

**Kamila Soares Leal**  
(Organizadora)



# Direito e justiça:

práticas que garantem igualdade  
Volume 2

**Kamila Soares Leal**  
(Organizadora)

# **Direito e justiça práticas que garantem igualdade**

## **Vol. 2**

**Ponta Grossa**  
**2023**

---

## Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

## Organizadora

Prof.ª Ma. Kamila Soares Leal

## 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 Chiroli

*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 e justiça: práticas que garantem a igualdade [recurso eletrônico]. / Kamila Soares Leal (organizadora). -- Ponta Grossa: Aya, 2023. 337 p.

v.2

Inclui biografia

Inclui índice

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN: 978-65-5379-300-2

DOI: 10.47573/aya.5379.2.210

1. Direito. 2. COVID-19, Pandemia de, 2020 - Aspectos sociais. 3. Ensino à distância. 4. Prisões- Brasil. 5. Ressocialização. 6. Direito à alimentação - Brasil. 6. Direitos humanos – Brasil. 7. Política alimentar – Brasil. 8. Violência contra as mulheres – Legislação – Brasil. 9. Síndrome da alienação parental - Legislação - Brasil. 10. Direito tributário – Brasil. 11. Ação possessória - Brasil. 12. Democracia – Brasil. I. Leal, Kamila Soares 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..... 12

## 01

**Biopoder camponês: agricultura sintrópica como garantia ao direito humano à alimentação adequada...**  
..... 13

Tiago Marques Marinho de Alencar  
Kamila Soares Leal

DOI: 10.47573/aya.5379.2.210.1

## 02

**A problemática do acúmulo de crédito de ICMS e a sua relação com os obstáculos criados pela fazenda pública estadual que impactam em constante violação do princípio constitucional da não cumulatividade tributária e da lei complementar 87/96.....** 32

Guilherme Assis de Carvalho

DOI: 10.47573/aya.5379.2.210.2

## 03

**Obrigações contratuais durante a pandemia da COVID-19 .....** 57

Karen Kawane Aguiar Azevedo  
Adriano dos Santos Iurconvite

DOI: 10.47573/aya.5379.2.210.3

# 04

## **Lei Maria da Penha: medidas de efetividade durante a pandemia da COVID-19 ..... 71**

Almir Gallassi

Claudia Helena do Vale Pascoal Rodrigues

Stefani Renata Martyres Pagoti

DOI: 10.47573/aya.5379.2.210.4

# 05

## **A importância de inserir a inteligência emocional no sistema carcerário brasileiro para a ressocialização dos presos ..... 93**

Líliã de Sousa Nogueira Andrade

Emanuela Vieira Gomes

DOI: 10.47573/aya.5379.2.210.5

# 06

## **Direitos civis dos embriões in vitro ..... 101**

Ana Maria Bezerra Pinheiro

Diana Sales Piveta

Geraldo Uchoa de Amorim Júnior

Rebeca Cruz Lisboa

Roselma Coelho Santana

Sâmara Christina Souza Nogueira

Sarah Clarimar Ribeiro de Miranda

Verônica Maria Félix da Silva

Viviane Ribeiro

DOI: 10.47573/aya.5379.2.210.6

# 07

## **Democratizar a democracia: Boaventura de Sousa Santos e a ampliação da participação política ..... 112**

Antonio Kevan Brandão Pereira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.210.7

# 08

**Caracterização dos valores pagos à pessoa física a título de indenização - compensação como acréscimo patrimonial e a incidência de imposto de renda ..... 124**

Guilherme Assis de Carvalho

DOI: 10.47573/aya.5379.2.210.8

# 09

**Direito e justiça tributária a luz do conceito de bens e serviços do setor de tecnologias da informação e comunicação: atividades de P.D&I versus serviços de P.D&I e os reflexos tributários da lei 8.387/1991 sobre ISS ..... 141**

Ana Maria Oliveira de Souza

DOI: 10.47573/aya.5379.2.210.9

# 10

**Feminismo e tributação sobre o consumo..... 157**

Thécio Antônio Silveira Braga

DOI: 10.47573/aya.5379.2.210.10

# 11

**Alienações sucessivas, fraude à execução fiscal e terceiro de boa-fé: uma análise sobre o julgamento do recurso especial repetitivo N. 1.141.990/PR ..... 172**

Rubia Mafort Clementino Silva

Marina Minassa Manzano

Vinicius Sena Gomes de Moraes

DOI: 10.47573/aya.5379.2.210.11



# 12

**O ensino jurídico e o direito atento à realidade social .... 185**

Victor Volpe Albertin Fogolin  
Luiza Dias Seghese

DOI: 10.47573/aya.5379.2.210.12

# 13

**Tutela interdita possessória ..... 191**

Vinicius Sena Gomes de Moraes  
Rubia Mafort Clementino Silva  
Marina Minassa Manzano

DOI: 10.47573/aya.5379.2.210.13

# 14

**A justiça fora do ordenamento jurídico: a ausência de garantia de direitos fundamentais sob a ótica da relação entre soberania e biopolítica empreendida por Giorgio Agamben ..... 204**

Luciana Regina de Macêdo Ferreira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.210.14

# 15

**O clientelismo entre “táticas” e “estratégias”: os limites da democracia brasileira. .... 226**

Rodrigo Galdino dos Santos

DOI: 10.47573/aya.5379.2.210.15

# 16

**A síndrome da alienação parental e a aplicabilidade da Lei 12.318/10: Seria uma lei capaz de modificar uma problemática tão antiga? ..... 234**

Faelem da Silva Nascimento

DOI: 10.47573/aya.5379.2.210.16

# 17

**Contribuições dos estudos sobre emancipação e serviço social para a pesquisa intitulada “juventude e a proteção integral: vivas memórias do acolhimento institucional” ..... 255**

Thais Pereira da Silvar

Maria Cristina Piana

DOI: 10.47573/aya.5379.2.210.17

# 18

**As principais mudanças da nova lei de licitação 14.133/21 ..... 262**

Anielle Lima Rodrigues

Anikelle Lima Rodrigues

Delner do Carmo Azevedo

DOI: 10.47573/aya.5379.2.210.18

# 19

**Controle de convencionalidade como motor da justiça social: fortalecendo os direitos fundamentais em um contexto global ..... 279**

Edinaldo Inocência Ferreira Junior

DOI: 10.47573/aya.5379.2.210.19

# 20

**Ensino remoto e a construção de um apartheid educacional na Educação Básica em tempos de pandemia de COVID-19 ..... 287**

Priscila Guadalupe dos Santos Guterres

DOI: 10.47573/aya.5379.2.210.20

# 21

**Análise crítica da obra escrita “Como as democracias morrem” ..... 293**

Alessandra Frei Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.210.21

# 22

**A responsabilidade civil do estado no ordenamento jurídico brasileiro e sua aplicação nos tribunais..... 305**

Marianne Matos Souza

DOI: 10.47573/aya.5379.2.210.22

# 23

**Mudanças com o sistema processual penal do Uruguai e aprendizados ..... 317**

Celina de Fátima Sobrinha

DOI: 10.47573/aya.5379.2.210.23

**Organizadora ..... 329**

**Índice Remissivo..... 330**

---

# Apresentação

---

É com grande honra e satisfação que me dirijo aos estimados leitores para introduzir o segundo volume da obra **“Direito e Justiça: Práticas que Garantem Igualdade”**. Neste compêndio, uma ampla gama de capítulos se desdobra, abrangendo um leque diversificado de tópicos jurídicos de relevância singular. Esta obra é uma demonstração inegável do comprometimento dos autores e pesquisadores em explorar, analisar e disseminar o conhecimento no âmbito das complexidades legais que permeiam nossa sociedade.

Os capítulos aqui apresentados ecoam a dinâmica atual do mundo jurídico, abordando questões desde a intersecção entre a agricultura sintrópica e o direito humano à alimentação adequada até as implicações legais das relações em tempos de pandemia de COVID-19. Cada capítulo, meticulosamente elaborado, destaca-se por sua profundidade analítica e pela aplicação prática de princípios legais em contextos complexos e em constante evolução.

Os temas abordados, como a análise crítica da Lei Maria da Penha em tempos de pandemia, a inserção da inteligência emocional no sistema carcerário e as reflexões sobre democracia sob a perspectiva de Boaventura de Sousa Santos, refletem a busca incansável por justiça e equidade em nossa sociedade em transformação. Ao mesmo tempo, questões atemporais, como a responsabilidade civil do Estado e os desafios do ensino jurídico, são exploradas com uma visão contemporânea e reflexiva.

Neste volume, a pluralidade de temas não é apenas uma constatação da diversidade dos interesses jurídicos, mas também um tributo à riqueza da disciplina. O livro nos convida a refletir sobre as interconexões entre áreas aparentemente diversas do direito, assim como nos instiga a contemplar os desafios e oportunidades que emergem das interações entre legislação, prática judicial e desenvolvimentos sociais.

Cada autor contribui para o enriquecimento do diálogo acadêmico e jurídico, trazendo à tona questões cruciais para a construção de um sistema jurídico mais justo, inclusivo e eficaz. A presente obra não só atesta a profundidade do conhecimento desses estudiosos, mas também reflete a importância de seus esforços na promoção da justiça social, na defesa dos direitos fundamentais e na compreensão das complexidades legais que moldam nossa sociedade contemporânea.

Neste contexto, convido todos os leitores a mergulharem nas páginas a seguir, a absorverem as análises aprofundadas e as perspectivas críticas, e a refletirem sobre a influência do direito e da justiça nas vidas de todos os cidadãos. Que este volume inspire debates e ações que, em última instância, fortaleçam os alicerces da igualdade, da ética e do progresso em nosso sistema jurídico e na sociedade como um todo.

Boa leitura!

**Prof.<sup>a</sup> Ma. Kamila Soares Leal**

## Biopoder camponês: agricultura sintrópica como garantia ao direito humano à alimentação adequada

### *Peasant biopower: syntropic agriculture as a guarantee of the human right to adequate food*

**Tiago Marques Marinho de Alencar**

*Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS.*

**Kamila Soares Leal**

*Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Taubaté - UNITAU (2020); Especialista em Prática Avançada Previdenciária pelo Damásio (2020); Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER (2016); Especialista em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Rio Sono (2015); Bacharel em Direito pela Faculdade do Bico do Papagaio - FABIC (2013); Membro do NDE, CPA e PDI - Universidade Estadual do Tocantins - UNITINS; Exerce à Docência no Ensino Superior desde 2015.*

#### RESUMO

O presente trabalho nasce da necessidade de cooperação mútua, de ideias sintrópicas que ajudem na permanência saudável da espécie humana, que nos ponham em sintonia com a abundância natural do nosso planeta. O objetivo é conceituar quem é o camponês, abordando fundamentos do Direito Humano à Alimentação e à Nutrição Adequadas bem como analisar o modelo hegemônico na agricultura e apresentar a Sintropia como modelo agrícola regenerativo. Quanto a metodologia, utilizou-se métodos mistos, combinando formas qualitativas e quantitativas, ainda com pesquisa descritiva/explicativa pois descreve e explica as condições que levaram a ocorrência da insegurança alimentar e outros fenômenos relacionados. Assim, foi possível concluir que o Brasil tem potencial de produzir alimentos para si e para uma grande parte da população mundial, como será demonstrado no desenvolvimento do estudo.

**Palavras-chave:** direito. agroecologia. alimentação. sintropia. Dhana.

#### ABSTRACT

The present work is born out of the need for mutual cooperation, for syntropic ideas that help the human species remain healthy, that put us in tune with the natural abundance of our planet. The objective is to conceptualize who the peasant is, addressing fundamentals of the Human Right to Food and Adequate Nutrition, as well as analyzing the hegemonic model in agriculture and presenting Syntropy as a regenerative agricultural model. As



for methodology, mixed methods were used, combining qualitative and quantitative forms, still with descriptive/explanatory research as it describes and explains the conditions that led to the occurrence of food insecurity and other related phenomena. Thus, it was possible to conclude that Brazil has the potential to produce food for itself and for a large part of the world's population, as will be demonstrated in the development of the study.

**Keywords:** right. agroecology. feeding. sintropia. Dhana.

## INTRODUÇÃO

A alimentação é um direito. Esse direito humano não se completa com o simples ato de encher a barriga, mas sim quando essa nutrição se transforma em energia e saúde. Esse mesmo direito fundamental só pode ser realizado em um sistema alimentar sustentável, apontando assim a Agroecologia como um caminho necessário.

A discussão em curso busca refletir sobre as contradições das políticas agrícolas brasileiras e os caminhos possíveis para os avanços necessários no interior da sociabilidade capitalista. Abordando algumas considerações acerca do campesinato e o contexto da Revolução Verde apontando a agroecologia como alternativa ao modelo convencional da agricultura.

É evidente que existem dois modelos distintos de desenvolvimento rural, um atrelado ao agronegócio e outro à agricultura camponesa, buscaremos contextualizar esse cenário de constantes disputas e contradições. Será apontada a necessidade da consolidação de políticas de caráter emancipador.

Há uma percepção de que muitos procuram fórmulas eficazes que melhorem os indivíduos, nesse aspecto acreditam que existem técnicas que produzam pessoas melhores. Vejamos, existem modelos metodológicos diversos e interessantes. Entretanto não são os métodos que simplesmente produzem seres humanos melhores. A evolução do pensamento ético, que origina bons métodos de cooperação social, surge da consciência dos danos causados, da compreensão da dependência orgânica no meio ambiente. Ou seja, é necessária uma base com princípios éticos que conceba bons métodos, e não o contrário.

Na medida em que tais indivíduos despertam para a realidade dos danos que causam e se desenvolvem eticamente, criam métodos eficazes. Por isso existem tantas receitas, pois a produção é diversa e a possibilidade de diversificação é proporcional a pluralidade de pessoas no planeta. Daí surge à necessidade de cooperação mútua, de ideias sintrópicas que ajudem na permanência saudável da nossa espécie humana, que nos ponham em sintonia com a abundância natural do nosso planeta.

Perquirindo o conhecimento, sem perder a tradição ensaística da ciência e valorizando o momento empírico, compreenderemos melhor a Agroecologia.

É certo que a Agroecologia é a melhor proposta de permanência da espécie humana no planeta Terra. Ela traz uma asserção de reconexão com a prosperidade natural dos ecossistemas. Nesse cenário o humano não se põe como produtor, mas como cooperador.

É importante ter um olhar de coexistência, deixando de lado todo o engano da superioridade e assumindo um papel cocriador em harmonia com o todo, consciente das diversas formas que a natureza desenvolveu em milhares de anos para tornar as diversas espécies dependentes umas das outras, em ciclos de morte e renascimento, de frio e calor, de luz e escuridão. Sim, compreender que os antagônicos são a maior expressão de completude e que inevitavelmente precisamos nos adaptar a essas mudanças constantes.

Essa relação ecológica que ocorre entre indivíduos de espécies diferentes é denominada Simbiose, tal compreensão é de fundamental importância, principalmente para a autonomia do Camponês na produção de alimentos, viabilizando a real aplicação do Direito Humano à Alimentação e à Nutrição Adequadas (DHANA).

O problema de pesquisa traz a indagação de quando o camponês perdeu autonomia de cultivar seu alimento e como esse distanciamento atinge a soberania alimentar fortalecendo o sistema agroalimentar hegemônico?

O objetivo Geral é identificar quem é o camponês, elucidando acerca do Direito Humano à Alimentação e à Nutrição Adequadas (DHANA) tendo a Agricultura Sintrópica como modelo de sistema agroalimentar sustentável.

Especificamente o objetivo é conceituar o camponês como protagonista, abordando fundamentos do Direito Humano à Alimentação e à Nutrição Adequadas bem como analisar o modelo hegemônico na agricultura e apresentar a Sintropia como modelo agrícola regenerativo.

A metodologia quanto à abordagem foi utilizada método misto, combinando formas qualitativas e quantitativas. Quanto aos objetivos trata-se de pesquisa descritiva/explicativa pois descreve e explica as condições que levaram a ocorrência da insegurança alimentar e outros fenômenos relacionados. Quanto ao procedimento é pesquisa documental e bibliográfica de natureza aplicada pois traz um resultado concreto, que terá aplicação prática.

Como destacam Caporal e Petersen (2012), os grupos do agronegócio mantêm sua iniciativa sobre as orientações do Estado, reafirmando sua hegemonia nos planos político, econômico e ideológico. Há assim um desequilíbrio do poder político, favorável aos interesses do capital financeiro, das grandes corporações transnacionais e da propriedade fundiária.

Nesse cenário o Estado/governo tem defendido a possibilidade de uma convivência equilibrada entre o agronegócio e a agricultura familiar (Caporal e Petersen, 2012). Uma das expressões máximas dessa política dual adotada pelo governo brasileiro é a criação do Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA) e sua coexistência com o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA). Dentre as atribuições do MDA está a reforma agrária e a promoção do desenvolvimento sustentável da agricultura familiar (Brasil, 2010). Já o MAPA tem por sua responsabilidade a gestão das políticas públicas de estímulo à agropecuária, o fomento do agronegócio e a regulação e normatização de serviços vinculados ao setor (Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, 2016).

O MDA foi criado durante o governo Fernando Henrique Cardoso, no ano 2000. A

intensificação dessa política dual a partir da coexistência dos dois Ministérios foi mantida nos governos posteriores de Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff, ambos do Partido dos Trabalhadores (PT). O que vemos aí é a manutenção do favorecimento dos interesses de elite agrária brasileira travestida de uma tentativa de negociação, em que se busca atender, ao mesmo tempo, os interesses das classes dominantes e das classes dominadas, nesse caso, os interesses do agronegócio e da agricultura camponesa (Rosa, 2018).

A exemplo de Silva (2012), consideramos que pensar a quem as políticas públicas se destinam, com que objetivos e com qual concepção de sujeito elas nascem e são implementadas não consiste em um mero detalhe, já que os aspectos subjetivos nelas implicados e o modo como historicamente eles foram tratados nos revelam posições ideológicas.

Há uma diversidade de categorias utilizadas nas políticas públicas para o campo, sendo que cada uma delas carrega um significado singular, política e historicamente determinado. O termo “camponês” aparece frequentemente associado ao movimento camponês, que durante a ditadura militar era considerado subversivo pelos governos militares, por isso é um termo que carrega um forte conteúdo político. Nesse período a busca por uma expressão que fosse considerada mais neutra levou à adoção oficial de termos como “pequenos produtores”, “agricultores de subsistência” e “agricultores de baixa renda”, que, por sua vez, tinham um caráter depreciativo (Wanderley, 2015).

Com a formulação do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf) nos anos 1990, o governo passou a adotar oficialmente o termo “agricultura familiar”. Isso fez com que houvesse uma ressignificação do termo “campesinato” no sentido de negar a existência histórica da classe camponesa brasileira e de apontar para sua superação, diluindo o conteúdo histórico-político que essa categoria inspirava e esvaziando as reivindicações políticas e sociais do movimento camponês (Abramovay, 1998; Cunha, 2012; Wanderley, 2015). Via de regra, as políticas públicas destinadas à “agricultura familiar” vêm sendo implementadas no sentido de incentivar a modernização da agricultura, tendo como referência os padrões da Revolução Verde. Ao mesmo tempo em que buscam fortalecer uma modalidade de agricultura oposta ao agronegócio, o fazem de acordo com os padrões da modernização capitalista, impondo à família camponesa outro modo de produção e de vida. Localizamos aí o que Guzmán e Montiel (2009) compreendem ser um neocolonialismo interno, característico dos países industrializados, em que o meio urbano busca impor ao meio rural um modo industrial de produção e manejo dos recursos naturais que rompe com a identidade camponesa.

Assim, temos compreendido que a adoção do termo “agricultura familiar” caracteriza, de certa forma, uma violência do Estado em relação aos camponeses. Por isso, optamos por fazer uso das categorias campesinato, camponeses ou agricultura camponesa (Rosa, 2018). Outras categorias são usadas apenas quando referenciamos autores que fazem uso delas.

## BIPODER CAMPONÊS

O(A) camponês é aquele(a) que vive e/ou trabalha no campo, que se materializa



enquanto classe na relação **terra, trabalho e capital**. Esse conceito é construído historicamente pela sociologia rural. A compreensão desse tripé constitui o Biopoder Camponês que se expressa no modelo de agricultura denominado Agroecologia.

O professor Caetano (2020) elucida acerca do campesinato após a abolição da escravidão; essa classe social que vai ter a sua base negra, indígena e também na população pobre branca brasileira principalmente os imigrantes no caso do sul do Brasil. Essa classe vai forjar o que compreendemos hoje como culinária regional, tradição local, folclore, cultura local e é essa mesma classe que vai fornecer ao meio rural brasileiro uma alternativa que seja economicamente viável, mas que também não extermine vidas, populações tampouco a natureza. Que seja resiliente e sustentável com o meio ambiente e que valorize a produção local.

O desenvolvimento de técnicas sustentáveis e a tradução dos avanços científicos para o trabalhador rural é a construção do Biopoder Camponês, como atesta Pinheiro (2020), facilitar a vida, tirar a complexidade das coisas, é o biopoder camponês. A liberdade do camponês é seu território. Os direitos e deveres do camponês se chamam questão agrária e modelo agrícola.

A agricultura familiar é o termo mais usados dentro do sistema capitalista, e é oriunda e composta pelo campesinato. Sem adentrar a nomenclaturas, é importante evidenciar que não é o sistema do agronegócio, os grandes exportadores, os grandes latifundiários, que produzem a maior parcela dos alimentos que chegam à mesa das pessoas. Como demonstra o Ministério da Agricultura e Pecuária (2023):

A Agricultura Familiar é a principal responsável pela produção dos alimentos que são disponibilizados para o consumo da população brasileira. Conforme o censo, os agricultores familiares têm participação significativa na produção dos alimentos que vão para a mesa dos brasileiros. Nas culturas permanentes, o segmento responde por 48% do valor da produção de café e banana; nas culturas temporárias, são responsáveis por 80% do valor de produção da mandioca, 69% do abacaxi e 42% da produção do feijão.

O abastecimento alimentar para toda a população de maneira suficiente, começa pela qualidade das técnicas agrícolas que são compreendidas pelo campesinato. Por isso é de fundamental importância que as políticas públicas de fomento à produção agrícola estejam voltadas a esse público.

A agricultura brasileira, que até o final da II Guerra Mundial era marcada pelo campesinato, vem passando por uma série de transformações, que exercem grande impacto sobre o modo de vida camponês. Nesse período teve início em vários países o processo de “modernização” da agricultura conhecido como Revolução Verde. Arelado a um modelo de produção economicista, esse processo baseia-se na utilização de máquinas, insumos e técnicas de produção empregadas com o intuito de ampliar a produtividade do trabalho e da terra através do uso intensivo de venenos, insumos químicos e da monocultura (Nunes, 2007; Instituto Equipe de Educadores Populares [IEEP], 2010).

Como resultado desse modelo convencional de desenvolvimento e de agricultura os problemas socioambientais foram surgindo e se acumulando (Caporal e Costabeber, 2015). Para Caporal (2008), os monocultivos têm sido responsáveis por uma crise socioambiental sem precedentes na história da humanidade. Os impactos da Revolução Verde são

inúmeros: a continuada destruição dos diferentes biomas, o aumento das áreas em processo de desertificação, o aumento da erosão dos solos, a perda da água, a contaminação dos aquíferos, dos rios, dos mares e também dos alimentos.

Como explica Guzmán (2015), foi em resposta às manifestações da crise ecológica e social no campo, gerada pela intensificação do desenvolvimento do capitalismo na agricultura, que a agroecologia surgiu na América Latina em fins dos anos setenta do século passado, resultante de distintas formas de resistência praticadas por grupos camponeses e indígenas. A partir da aliança entre esses grupos e técnicos dissidentes do manejo industrializado, foram sendo construídas reflexões teóricas e avanços epistemológicos que culminaram na compreensão de uma necessária complementaridade entre o conhecimento científico e a epistemologia popular. Assim, para Guzmán (2015), a agroecologia é uma construção popular surgida da aliança entre setores camponeses e indígenas e técnicos de diferentes áreas (ecologistas, agrônomos, sociólogos, antropólogos, entre outros).

A partir das definições de Caporal e Costabeber (2015) temos que a agroecologia consiste em um enfoque científico destinado a apoiar a transição dos atuais modelos de desenvolvimento rural e de agricultura convencionais para modelos sustentáveis. Ela constitui um enfoque teórico e metodológico que lança mão de diversas disciplinas científicas no intuito de estudar a atividade agrária sob uma perspectiva ecológica. Assim, mais do que uma disciplina específica, a agroecologia apresenta-se como uma nova ciência em construção, um campo de conhecimento que reúne várias reflexões teóricas e avanços científicos, provenientes de distintas disciplinas. Nas palavras de Guzmán e Montiel (2009, p.35) *“la agroecología es, simultáneamente, un enfoque científico para el análisis y evaluación de los agroecosistemas y sistemas alimentarios y una propuesta para la praxis técnico-productiva y sociopolítica en torno al manejo ecológico de los recursos naturales”*.

A agroecologia nos coloca frente à possibilidade de reorientar o curso dos processos de uso e manejo dos recursos naturais, ampliando a inclusão social, reduzindo os danos ambientais e fortalecendo a segurança alimentar e nutricional a partir da oferta de alimentos saudáveis e de qualidade para todos os brasileiros (Caporal, 2008). Um dos pontos que merecem destaque é que a agroecologia não se restringe aos aspectos da produção, mas tem uma abrangência que envolve as relações sociais, mesclando ciência, conhecimento de popa partir e a partir da preservação ambiental e inclusão social. Quando falamos em agroecologia estamos tratando “de uma orientação cujas contribuições vão muito além de aspectos meramente tecnológicos ou agrônômicos da produção, incorporando dimensões mais amplas e complexas, que incluem tanto variáveis econômicas, sociais e ambientais, como variáveis culturais, políticas e éticas da sustentabilidade” (Caporal e Costabeber, 2015, p.268).

## **DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO E À NUTRIÇÃO ADEQUADAS (D.H.A.N.A.)**

Compreende-se que grande parte da fome e da desnutrição existente não resulta da escassez de alimentos, mas são resultados de estruturas altamente desiguais que violam o DHANA.

“O direito à alimentação adequada é um direito humano inerente a todas as pessoas de ter acesso regular, permanente e irrestrito, quer diretamente ou por meio de aquisições financeiras, a alimentos seguros e saudáveis, em quantidade e qualidade adequadas e suficientes, correspondentes às tradições culturais do seu povo e que garanta uma vida livre do medo, digna e plena nas dimensões física e mental, individual e coletiva” (Ziegler, 2002 *apud* Abrandh, 2010, p.15).

A fome é o avesso do DHANA, não apenas por representar sua não realização absoluta, mas também por violar o direito de viver livre do medo e da miséria, o princípio da dignidade humana é o direito a um nível de vida suficiente para ter saúde e bem-estar, como assegura a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948).

Na Cartilha do 7º Concurso de redação da DPU (2022), mostra que os documentos internacionais evidenciam que a realização do DHANA decorre de políticas estruturais que definem as condições necessárias para sua garantia de acordo com as diferentes necessidades. Conforme os tratados internacionais de direitos humanos, existem duas dimensões indivisíveis do direito humano à alimentação e à nutrição adequadas (DHANA): i) o direito de estar livre da fome e da má nutrição e, II) o direito à alimentação adequada.

Isso significa que a realização desse direito se inicia com a luta contra a fome, mas não pode se limitar a ela.

Nos termos dos artigos 2º e 11º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc), as obrigações do Estado no que concerne ao DHANA são as seguintes:

Obrigação de adotar medidas, com o máximo de recursos disponíveis, para realizar progressivamente o direito humano;

Obrigação de adotar as medidas necessárias para assegurar o direito fundamental de todas e todos estarem livres da fome;

Obrigação de não discriminação;

Obrigação de cooperar internacionalmente.

O Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas (Cdesc/ONU), por meio do Comentário Geral 12, prevê que cabe ao Estado, para realizar progressivamente o DHANA, observar as obrigações de **respeitar, proteger, promover e prover esse direito**.

A Cartilha do 7º concurso de redação da DPU (2022) enfatiza que ao assinar instrumentos de direitos humanos, o Estado se compromete em dar prioridade à realização desses direitos e, para isso, o orçamento governamental deve priorizar políticas públicas e ações que os realizem.

A lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006 cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Elencando no seu artigo 2º que:

A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população.

O Decreto 7.272/2010 define as diretrizes e objetivos da Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – PNSAN Diretrizes da Política Nacional de Alimentação e Nutrição (PNAN):

1. Organização da Atenção Nutricional;
2. Promoção da Alimentação Adequada e Saudável;
3. Vigilância Alimentar e Nutricional;
4. Gestão das Ações de Alimentação e Nutrição;
5. Participação e Controle Social;
6. Qualificação da Força de Trabalho;
7. Controle e Regulação dos Alimentos;
8. Pesquisa, Inovação e Conhecimento em Alimentação e Nutrição;
9. Cooperação e articulação para a Segurança Alimentar e Nutricional.

É importante que haja um reconhecimento da transgressão jurídica no caso da fome e das outras violações, é uma situação identificável.

Operadores do direito, advogados, defensores, promotores de justiça e juízes igualmente devem reconhecer às violações do DHANA e dar seguimentos às demandas (Recomendações CDESC 2007 ao Brasil)

Operadores do direito devem ter total clareza de que são peças fundamentais na tradução dos direitos para as pessoas para que elas possam ter uma vida digna. Com essa compreensão os titulares do direito precisam se mobilizar para garantir que o judiciário também tenha essa postura, temos que cobrar do judiciário a sua função de corrigir erros nas implementações das leis. É importante que haja um controle social respeitoso, relativamente sobre o sistema judiciário.

Em um cenário de constantes embates com o agronegócio, as iniciativas ligadas aos chamados estilos sustentáveis de agricultura no âmbito das políticas públicas apresentam um caráter pontual, que não lhe conferem a força necessária para suplantar o padrão convencional de produção agrícola. Engendradas num modelo político que, como apontamos, favorece a coexistência de dois modelos distintos de desenvolvimento rural, essas iniciativas tornam-se frágeis, como vimos ocorrer com a política do PAA, em que os últimos esforços no âmbito de sua gestão se deram no sentido da burocratização, acarretando na dificuldade do acesso de famílias agroecologistas a esse programa (Rosa, 2018).

Inserese aí uma importante dimensão psicossocial da implementação dessas políticas, a saber, o processo de recuperação e reafirmação da identidade camponesa, dado que a agroecologia, como destacam Guzmán e Montiel (2009), ao propor um desenvolvimento rural sustentável, propõe recuperar os elementos culturais e ecológicos positivos do campesinato. Acreditamos que esse processo incide também na dimensão psicossocial da vida dos sujeitos, ao contribuir com o processo de reapropriação da identidade e cultura camponesa, que mobilizam outras relações, outros modos de vida e

de subjetivação. Assim, tal processo parece estar ligado de alguma forma à possibilidade de reenraizamento dos trabalhadores, na medida em que envolve uma reapropriação e elaboração do passado, a abertura de espaços de participação política no presente e a construção de projetos de futuro (Weil, 1996).

## MODELO AGROALIMENTAR HEGEMÔNICO

Infelizmente no Brasil ainda não existe um código específico para o DHANA, por isso uma questão fundamental é deixada sem leis que penalizem seus transgressores, criando muitas vezes um cenário de impunidade. A violação moral e ética da insegurança alimentar acaba sendo ignorada nos seus mais diversos âmbitos.

A forma que o modelo agrícola se estabelece traz o seguinte questionamento, ALIMENTO: Direito ou Mercadoria? Essa retórica não pode ser minimizada, pois o alimento é a essência da vida humana, e o DHANA não pode depender de mera caridade. As conquistas dos povos por seus direitos é uma luta histórica e diária, pois muitas vezes os mecanismos de proteção que outrora deveriam proteger os mais vulneráveis acabam sendo usurpados para manter privilégios. Tais privilégios ficam mais evidenciados quando abordamos a questão agrária no Brasil.

O atual sistema agroalimentar hegemônico tem sua base na Revolução Verde, essa revolução tem sua origem após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) com a promessa de erradicar a fome mundial usando tecnologias que produziriam mais alimentos no mesmo espaço de terra.

Entretanto a promessa de erradicar a fome nunca foi alcançada e a constatação é de efeitos que estão levando a humanidade e o planeta Terra a uma rápida extinção. É o que atestam várias análises dos impactos causados que resultam na quebra do equilíbrio ambiental, poluição de fontes de água, compactação e salinização do solo, desmatamento e outros danos incontáveis que ramificam dessa estrutura que suprime a vida.

Um relatório publicado pela conceituada revista médico-científica The Lancet (2019), aponta que as epidemias simultâneas de obesidade e desnutrição além das mudanças climáticas em todo o mundo constituem a maior ameaça global à saúde humana e à do planeta e que deverão ser enfrentadas neste século. No periódico, os pesquisadores utilizam o termo “sindemia global” para definir as três pandemias que representam múltiplas doenças que interagem entre si, produzem sequelas complexas e compartilham atores-sociais comuns (Quirino, 2019, p. 1).

O Sistema Agroalimentar tem influência direta na Sindemia global.

Entre as principais soluções para atuar nas três epidemias globais simultaneamente está um maior monitoramento e exposição das atividades políticas corporativas das indústrias e a elaboração de um tratado global sobre sistemas alimentares, semelhante ao que resultou no avanço das políticas públicas de redução do consumo de tabaco em todo o mundo (Quirino, 2019, p. 1).

A Cartilha da DPU (2022, p.14) enfatiza que:

É importante ter em mente que o sistema alimentar hegemônico, não apenas no Brasil, mas internacionalmente, prioriza a produção de monoculturas, sem compromisso com a natureza, de produtos que não necessariamente são alimentos adequados e que responde primeiro ao objetivo de gerar lucros do que de alimentar a população mundial. Tanto esta é uma verdade indiscutível que a humanidade produz alimentos suficientes para alimentar a todas as pessoas e, no entanto, centenas de milhões vivem uma situação de fome. Nesse sistema em que alimento é mercadoria, come quem pode pagar por alimentos ou tem acesso à terra e recursos naturais. Assim, o sistema alimentar reproduz as desigualdades do sistema econômico vigente. A fome no Brasil tem lugar, renda, idade, escolaridade, gênero e raça.

A representação social da agricultura brasileira frequentemente aparece atrelada aos grandes latifúndios monocultores, retrato do agronegócio e sua proposta de modernização. A associação desse modelo com as noções de modernidade científica, eficiência econômica, competitividade nos mercados e produtividade tem sido eficaz na tarefa de vincular o agronegócio a um sistema de referências ideológicas positivas para a população. Atrás desta ideia de modernidade científica camufla-se um modelo de desenvolvimento rural predatório, de elevado custo social e ambiental (Petersen, 2005).

Para Wanderley (2015) essa representação da agricultura atrelada ao agronegócio é fruto de uma “amnésia social”, que nega as contribuições do campesinato para a sociedade brasileira. Nessa mesma linha, Guzmán (2015) nos fala de uma “ocultação moderna” que invisibiliza experiências divergentes da agricultura convencional, que democratizam o conhecimento e desmercantilizam os bens ecológicos comuns. A nosso ver essa negação/ocultação serve claramente aos interesses das elites agrárias, que têm na marginalização do campesinato uma das vias para reafirmar-se em seu projeto capitalista.

Uma clara explicação da temática transmitida por Rosa (2018) fica evidenciada que no contexto da agricultura brasileira, a agroecologia, embora de maneira ainda tímida, vem se apresentando como alternativa ao modelo hegemônico do agronegócio. Mais do que uma forma de organização do trabalho, é defendido a ideia de que a agroecologia engendra um modo de vida que articula e apoia formas de resistência do campesinato e, com isso, a insubordinação do camponês ao modelo dominante.

Como lembram Caporal e Petersen (2012), até o momento o Brasil não foi palco de uma ação efetiva e ampla de políticas públicas indutoras de uma nova perspectiva paradigmática para o desenvolvimento rural. Para os autores, as iniciativas de políticas públicas que favorecem uma transição agroecológica têm caráter pontual e não vêm respondendo ao que pode ser compreendido como uma política pública, mas sim como fragmentos isolados de iniciativas incluídas em projetos e programas. É o que vemos acontecer no caso do Programa de Aquisição de Alimentos (PAA) e do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE).

O PAA foi instituído no ano de 2003 com duas finalidades principais: a promoção do acesso à alimentação e o incentivo à agricultura familiar. O programa compra alimentos produzidos pela agricultura familiar com dispensa de licitação para destiná-los às pessoas em situação de insegurança alimentar e nutricional e àquelas atendidas pela rede socioassistencial e pelos equipamentos públicos de alimentação e nutrição (Brasil, 2012a). Em relação à agroecologia, destacamos que uma das finalidades do PAA é promover e valorizar a biodiversidade e a produção orgânica e agroecológica de alimentos e incentivar hábitos alimentares saudáveis em nível local e regional. Além disso, fica estabelecido que

o Grupo Gestor do PAA (GGPAA) deve estabelecer metodologia de definição de preço diferenciado para alimentos agroecológicos ou orgânicos, que poderão ter um acréscimo de até 30% em relação aos preços estabelecidos para produtos convencionais (Brasil, 2012b).

Já o PNAE, foi criado em 1979, embora suas primeiras iniciativas datem da década de 1950, com a criação da Campanha Nacional da Merenda Escolar (Peixinho, 2013). O PNAE consiste na transferência de recursos financeiros para a aquisição de gêneros alimentícios destinados à merenda escolar, visando garantir aos estudantes da rede pública uma alimentação saudável e de qualidade. Uma das diretrizes do programa é o apoio ao desenvolvimento sustentável, incentivando a aquisição de gêneros alimentícios diversificados, produzidos em âmbito local e preferencialmente pela agricultura familiar e pelos empreendedores familiares rurais, priorizando as comunidades tradicionais indígenas e quilombolas. Os recursos financeiros são repassados aos municípios e estados pelo FNDE (Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação), sendo que 30% do total deve ser destinado à aquisição de produtos da agricultura familiar (Brasil, 2009). Conforme consta na Resolução nº 26, de 17 de junho de 2013 (Brasil, 2013a), do FNDE, a aquisição de gêneros alimentícios no âmbito do PNAE deve priorizar, sempre que possível, os alimentos orgânicos e agroecológicos. Além disso, tal como ocorre no PAA, estabelece que a entidade executora poderá crescer aos preços desses produtos em até 30% em relação aos preços estabelecidos para produtos convencionais (Brasil, 2013a).

Tanto o PAA quanto o PNAE têm exercido ampla contribuição no fortalecimento da agricultura camponesa, ampliando o mercado e assegurando às famílias agricultoras a comercialização de seus produtos. Além disso, contribuem para elevar a qualidade da alimentação das pessoas que têm acesso a ela, colaborando com a segurança alimentar e nutricional da população. Silva, Bezerra e Furtado (2013) destacam dentre os ganhos proporcionados pelos programas, o fato de que a venda para o mercado institucional permite aos camponeses perceberem-se como sujeitos capazes de alterar o curso histórico de exclusão e de invisibilidade a que estão submetidos a partir do momento em que se enxergaram como fornecedores de alimentos, saberes e culturas.

A respeito da agroecologia e sua inserção no PAA, Coutinho e Hartmann (2012), afirmam que esse programa se transformou em uma importante ferramenta de fortalecimento do processo de transição agroecológica das famílias envolvidas, contribuindo para o redesenho da unidade produtiva, a diversidade do cultivo, e a organização e dinamização da comercialização de produtos. Assim, o PAA tem contribuído para a promoção da alimentação adequada e saudável, para a valorização da agroecologia e para a inclusão produtiva de milhares de famílias no mercado formal (Porto, 2014).

No ano de 2014 a Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO), organizou em Roma o Simpósio Internacional sobre Agroecologia para a Segurança Alimentar e Nutricional, reconhecendo no crescimento contínuo da Agroecologia sua potencialidade no combate à crise alimentar e promovendo o debate sobre a internalização da perspectiva agroecológica nas políticas agrícolas e agrárias (Petersen e Londres, 2015). Embora tal iniciativa represente um grande passo em direção ao fortalecimento da agroecologia, os movimentos ligados à Via Campesina localizam nela um risco ao qual devem estar atentos, já que a proposta da FAO busca consolidar uma agroecologia comercial.

Na contramão dessa perspectiva os movimentos sociais defendem uma agroecologia transformadora, de resistência e de luta popular (Pacheco, 2015).

Para Peter Rosset, membro da Via Campesina Internacional, a mobilização que muitos países vêm efetivando no intento de gerar políticas públicas agroecológicas é uma grande oportunidade, ao mesmo tempo em que pode ser uma ameaça, já que há uma disputa entre duas visões da agroecologia e essas iniciativas podem vir a apoiar a perspectiva da comercialização, caso os movimentos não se organizem (Pacheco, 2015). Com isso é possível perceber as controvérsias que passam a existir no interior da própria agroecologia, no momento em que há uma apropriação dessa proposta por parte do capital, que visa seu uso técnico em favor de interesses mercadológicos.

Nesse sentido, é preciso que as organizações e movimentos sociais se mobilizem para incidir sobre as novas políticas de enfoque agroecológico, a fim de que elas se tornem um respaldo para a agroecologia popular camponesa (Pacheco, 2015) e não uma apropriação dessa perspectiva para fins mercadológicos. Assim, a organização e mobilização social surgem como elemento imprescindível na consolidação de uma perspectiva agroecológica transformadora no âmbito das políticas públicas.

Almeida, em uma publicação que data de 2002, destaca que a consolidação de um movimento social é condição *sine qua non* para a afirmação da proposta agroecológica, o que em sua opinião ainda não havia se concretizado:

A agroecologia [...] não constituiu ainda no que se poderia chamar de um movimento social *stricto sensu*, ou seja, uma ação social organizada contra o poder de adversários que têm as rédeas do modo de desenvolvimento agrícola. A luta agroecológica poderá provocar uma autêntica e profunda transformação no campo político [...] desde que saiba “costurar” as alianças capazes de provocar uma ampliação de seu poder de luta. Essas lutas deverão se encaminhar na direção da convergência (e da complementaridade) com outras formas de combate e movimentos sociais, a fim de fazer desta ação a precursora por excelência de um movimento social mais amplo e dirigido contra a tecnocracia que dita as necessidades de uma população a qual domina. Por enquanto, a agroecologia é a expressão de iniciativas de grupos ou agentes sociais mais ou menos isolados, com resultados técnicos e sociais em diferentes amplitudes, agentes estes que poderão vir a integrar um movimento social, mas que atualmente não constituem e não representam um movimento social (Almeida, 2002, p.36, grifos da autora).

No mesmo ano constituía-se no cenário brasileiro a Articulação Nacional de Agroecologia (ANA). Definida como um espaço de articulação e convergência entre movimentos, redes e organizações da sociedade civil brasileira que se engajam em experiências concretas de promoção da Agroecologia, de fortalecimento da produção familiar e de construção de alternativas sustentáveis de desenvolvimento rural, a ANA articula atualmente vinte e três redes estaduais e regionais, as quais reúnem centenas de grupos, associações e organizações, além de quinze movimentos sociais de abrangência nacional (ANA, 2015).

A atuação da ANA ocorre através de três frentes:

A primeira delas consiste em articular iniciativas realizadas pelas organizações que fazem parte da ANA em seus programas de desenvolvimento local/territorial, promovendo o intercâmbio entre elas e fomentando a reflexão coletiva sobre as lições delas extraídas. Dessas lições, são retirados subsídios para a segunda frente de ação: o trabalho de



incidência sobre as políticas públicas. Através da prática da troca de experiências e de debates, são identificados gargalos e desafios para o desenvolvimento da agroecologia e elaboradas propostas para a criação e o aprimoramento de políticas públicas que promovam o aumento de escala da agroecologia nos territórios. Esse esforço tem fortalecido a ANA como ator político representante do campo agroecológico, legitimado para propor e negociar o aprimoramento de políticas junto ao governo. A terceira frente de ação da ANA se refere à comunicação com a sociedade, que busca dar visibilidade à realidade da agricultura familiar e às propostas defendidas pelo campo agroecológico e, assim, estimular uma atitude proativa em defesa dessas propostas (ANA, 2015, s/p).

Através dessas frentes de ação, a ANA surge no cenário nacional como importante ator político em defesa da agroecologia. Ao articular os movimentos existentes e assumir a responsabilidade de incidir sobre as políticas públicas, a ANA pode contribuir com as transformações necessárias no campo político do enfrentamento ao agronegócio.

Outro importante ator no campo agroecológico brasileiro é a Associação Brasileira de Agroecologia (ABA-Agroecologia), criada em 2004 no II Congresso Brasileiro de Agroecologia. A Associação reúne profissionais, acadêmicos, técnicos e agricultores e tem como objetivo principal incentivar e contribuir para a produção de conhecimento científico no campo da agroecologia. Dentre suas iniciativas também está a de analisar e propor políticas públicas, defendendo a proteção da biodiversidade como condição indispensável para o alcance de agroecossistemas sustentáveis (Associação Brasileira de Agroecologia, 2016).

Essas iniciativas da ANA e ABA em relação às políticas públicas são de fundamental importância e grande potencialidade no avanço da agroecologia no Brasil. Defendemos aqui, a ideia de que a incidência dos movimentos sociais no campo das políticas públicas é indispensável para que elas sejam implementadas no sentido de atender as reais necessidades das maiorias populares. Em relação às políticas agrícolas e agrárias, essa incidência permite constituir um espaço de resistência aos interesses das elites dominantes do agronegócio no interior das disputas travadas nesse cenário, transformando as políticas públicas para o campo em políticas públicas do campo.

Importantes avanços no campo da agroecologia brasileira já foram alcançados a partir da organização e mobilização social, como a instituição da Política Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica - Pnapo, em 2012, através do Decreto nº 7.794 de 20 de agosto de 2012 (Brasil, 2012c). Construída com a participação de vários movimentos, no campo da agroecologia os debates foram conduzidos pela ANA, ABA-Agroecologia e Articulação Semiárido (ASA). No campo da produção orgânica o diálogo ocorreu por meio da rede de Comissões da Produção Orgânica das Unidades da Federação (CPOrgs) e pela Câmara Temática de Agricultura Orgânica (CTAO) do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA). Movimentos sociais como a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (Contag), a Federação Nacional dos Trabalhadores e Trabalhadoras na Agricultura Familiar (Fetraf), a Via Campesina e a Marcha das Margaridas também exerceram papel fundamental na construção da Pnapo (Brasil, 2013b).

Com a instituição dessa Política surgiu a necessidade de construir um Plano Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica - Planapo. As metas, estratégias e iniciativas

desse Plano vêm sendo reconhecidas como um esforço do Estado, que partiu de intensa mobilização da sociedade civil organizada, provocadora e impulsionadora de avanços (Brasil, 2013b).

Certamente todo esse processo não se deu isento de contradições, o que pode ser notado já de início pelo envolvimento do MAPA nas discussões, Ministério que, como vimos, está ligado aos interesses do agronegócio. Ainda que a Pnapo e o Planapo possam ser considerados um marco no reconhecimento institucional e na formulação de políticas públicas que incorporam os princípios da agroecologia, constatamos que não são grandes os avanços efetivos no âmbito das políticas públicas nesse sentido.

Agroecologistas de todo o país, reunidos na 14<sup>a</sup> Jornada de Agroecologia, realizada no município de Irati, Estado do Paraná, em 2015, enfatizaram na Carta Final do evento que, apesar da instituição da Política e do Plano Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica, o governo brasileiro segue “a lógica fragmentada de editais públicos com disponibilidade de recursos limitados e absolutamente insuficientes frente às demandas da agricultura camponesa agroecológica”, ao invés de constituir um plano estruturante para a agroecologia. Afirmaram ainda, que o Planapo é reconhecidamente uma conquista efetiva para o avanço da agroecologia, mas exige medidas sem as quais não irá alcançar sua efetividade. Frente a isso, os agroecologistas reivindicam a melhoria, ampliação e qualificação do Planapo, efetivando-o como um programa estruturante da agroecologia (Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, 2015).

No contexto em que impera a hegemonia do agronegócio, a consolidação de políticas públicas de base agroecológica exige a incidência dos movimentos sociais em todo seu processo de construção, desde a formulação até a implementação, monitoramento e avaliação - o que, por certo, é imprescindível, não apenas em relação à agroecologia, mas em qualquer política pública. Como é possível constatar, a constituição de uma Política e de um Plano Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica não foi suficiente para que as mudanças almejadas pelos movimentos populares fossem alcançadas. Por isso é necessário que os movimentos sociais em luta pela agroecologia se fortaleçam e se organizem no sentido de pressionar o governo para que as iniciativas cabíveis, não só sejam implementadas, mas que sejam implementadas com a ampla participação desses mesmos movimentos (Rosa, 2018).

Concordamos com Silva (2012), que, ao reconhecer os movimentos sociais como atores políticos estratégicos na construção da agenda pública e das políticas dela derivadas, destaca seu importante papel durante todo o processo de produção das políticas públicas. Compreende-se que as contribuições dos movimentos sociais podem favorecer a construção de políticas públicas que estejam em maior conformidade com a realidade das pessoas que delas necessitam. Além disso, “a pressão que exercem os movimentos sociais (assim como as redes que estes formam) contribui para o desenvolvimento democrático e para uma maior transparência do espaço público, condizente com o fazer ético que se espera dos atores públicos e do próprio público” (Silva, 2012, p.224, grifos do autor).

Concluimos, assim, que um adensamento das forças sociais que se colocam em defesa de um projeto popular de agroecologia faz-se imperativo no processo de constituição de políticas públicas afinadas com essa proposta. Para isso esses atores sociais deverão

impreterivelmente afirmar-se contra os interesses das elites agrárias e opor-se às políticas reformistas e conciliatórias que o Estado, a serviço dessas classes, tenta lhes impor. Como coloca Petersen (2005, p. 38),

Esperar que mudanças estruturais se efetivem em aliança com o sistema de poder que faz perpetuar o status quo é um engano estarrecedor. É preciso ter claro desde já que essas transformações não se efetuarão sem que interesses sejam contrariados. [...] é preciso que [a sociedade] formule sua própria agenda de desenvolvimento. No que concerne ao movimento agroecológico, isso significa imprimir sinergia às forças sociais transformadoras emergentes em todas as regiões do país e canalizá-las em prol da concepção e defesa de um projeto político orientado para promoção de estilos democráticos e sustentáveis de desenvolvimento rural.

## AGRICULTURA SINTRÓPICA

Como explica Andrade (2019), a Agricultura Sintrópica é constituída por um conjunto teórico e prático de um modelo de agricultura desenvolvido por Ernst Götsch, no qual os processos naturais são traduzidos para as práticas agrícolas tanto em sua forma, quanto em sua função e dinâmica. Assim podemos falar em regeneração pelo uso, uma vez que o estabelecimento de áreas agrícolas altamente produtivas, e que tendem à independência de insumos e irrigação, tem como consequência a oferta de serviços ecossistêmicos, com especial destaque para a formação de solo, a regulação do microclima e o favorecimento do ciclo da água. Ou seja, o plantio agrícola é concomitante à regeneração de ecossistemas.

A Agricultura Sintrópica capacita o agricultor a replicar e acelerar os processos naturais de sucessão ecológica e estratificação, dando às plantas condições ideais para seu desenvolvimento, cada qual ocupando sua posição natural no espaço (estratificação) e no tempo (sucessão). É uma agricultura baseada em processos, e não insumos. A colheita agrícola passa a ser vista como um efeito colateral da regeneração de ecossistemas, ou vice-versa.

Com a concretização da Revolução Verde o modelo hegemônico agrícola se solidifica com técnicas que degradam o meio ambiente, há muito também foi dito sobre preservação. Atualmente não é suficiente preservar, o Estado deve fomentar práticas regenerativas. A Agricultura Sintrópica representa a esperança de um modelo Agroecológico capaz de regenerar a simbiose e garantir o Direito de todas e todos a uma alimentação adequada e suficiente.

A participação popular é outro aspecto relevante na Agricultura Sintrópica, já que seu desenvolvimento depende da troca de experiências entre agricultores, do repasse de conhecimento às gerações mais novas e do grau de organização dos agricultores para que possam manter-se frente ao modelo convencional de produção. Há um necessário resgate do agricultor como agente do processo de geração de conhecimento, o que para Balem e Silveira (2002) significa dar um sentido radical à agroecologia enquanto superação de um modelo de desenvolvimento. Por tudo isso se pode dizer que a agroecologia, além de expressar a resistência da agricultura camponesa, consiste em uma alternativa de agricultura socialmente justa, economicamente viável e ecologicamente sustentável (IEEP, 2010).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Escrever sobre agroecologia é um privilégio. Expor através de palavras a honrosa missão de compartilhar conhecimento tem um valor moral e social inegável. Mas é importante ressaltar a simplicidade que existe em um texto, pois as palavras são muitas vezes frias, carregadas de subjetividades e de necessidade de interpretação. Os sentidos se escondem em meio a significados e dão ao leitor a missão de decifrá-los.

Além das palavras, no cotidiano, nos encontros que a vida em sociedade possibilita, viver e falar de agroecologia, propor um modelo de produção sustentável não é fácil. Pois no dia-a-dia as pessoas têm formas, cores, expressões, práticas diversas. É nessa diversidade que se fortalece a necessidade de compreensão que sem respeito a pluralidade de seres, corpos e gêneros, não existe agroecologia. Pois a sociedade está em simbiose e não é homogênea.

O Brasil tem potencial de produzir alimentos para si e para uma grande parte da população mundial, o povo, de onde emana o poder, direto ou indireto, deve ser protagonista para que o modelo agroalimentar seja autônomo e autêntico.

O Biopoder Camponês é um caminho possível para erradicar a fome, é preciso que aja um confronto ideológico ao sistema agroalimentar, que investe altamente em propagandas de fomento. E que sejam fortalecidos os mecanismos de exigibilidade, nacionalmente e internacionalmente, para promover uma respeitosa regulação do mercado pelo Estado, a fim de amenizar o monopólio de empresas que detêm o mercado para si e apenas atendem seus interesses de acumulação de capital. Tais mecanismos de controle também devem apresentar massivamente novos modelos regenerativos de produção de alimentos, como a Agricultura Sintrópica.

Não pode ser permitido que a interferência das indústrias transnacionais de alimentos continue sendo responsável pela inércia política de governos que são coibidos a colocarem a saúde pública a baixo dos interesses comerciais.

## REFERÊNCIAS

Abramovay, R. (1998). Bases para formulação da política brasileira de desenvolvimento rural: agricultura familiar e desenvolvimento territorial. Brasília, NEAD/IICA.

Almeida, J. (2002). Agroecologia: paradigma para tempos futuros ou resistência para o tempo presente? *Desenvolvimento e Meio Ambiente*, 6,29-40. Recuperado em 25 de junho de <https://revistas.ufpr.br/made/article/view/22126/14490>

Andrade, Dayana (2019); Disponível em: <https://agendagotsch.com/pt/what-is-syntropic-farming/>

ANA - Articulação Nacional de Agroecologia (2015, 13 de novembro de). O que é a ANA. Recuperado em 20 de junho de 2016, de <http://www.agroecologia.org.br/o-que-e-a-ana/>

Associação Brasileira de Agroecologia (2016). Quem somos. Recuperado em 20 de junho de 2016 de <http://aba-agroecologia.org.br/sobre-a-aba-agroecologia/sobre-a-aba/>

Balem, T. A. & Silveira, P. R. (2002). Agroecologia: além de uma ciência, um modo de vida e

uma política pública. Em Anais do V Simpósio Latino-Americano sobre Investigação e Extensão em Sistemas Agropecuários e V Encontro da Sociedade Brasileira de Sistemas de Produção. Florianópolis - SC.

Brasil (2009). Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica; altera as Leis nos 10.880, de 9 de junho de 2004, 11.273, de 6 de fevereiro de 2006, 11.507, de 20 de julho de 2007; revoga dispositivos da Medida Provisória no 2.178-36, de 24 de agosto de 2001, e a Lei no 8.913, de 12 de julho de 1994; e dá outras providências. Brasília, DF. Recuperado em 25 setembro 2016 de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l11947.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11947.htm)

Brasil (2010). Decreto nº 7.255, de 4 de agosto de 2010. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério do Desenvolvimento Agrário, e dá outras providências. Brasília, DF. Recuperado em 23 setembro 2016 de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7255.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7255.htm)

Brasil (2012c). Decreto nº 7.794, de 20 de agosto de 2012. Institui a Política Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica. Brasília, DF. Recuperado em 23 de julho de 2016 de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7794.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7794.htm)

Brasil. Ministério da Educação. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. (2013a). Resolução nº 26, de 17 de junho de 2013. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE. Brasília, DF. Recuperado em 27 julho 2016 de <https://www.fnde.gov.br/fndelegis/action/UrlPublicasAction.php>

Brasil. Ministério do Desenvolvimento Agrário. (2012a). Programa de aquisição de alimentos da agricultura familiar: renda para quem produz e comida na mesa de quem precisa. Brasília: MDA/ MDS.

Brasil (2012b). Decreto nº 7.775, de 4 de julho de 2012 Regulamenta o art. 19 da Lei no 10.696, de 2 de julho de 2003, que institui o Programa de Aquisição de Alimentos, e o Capítulo III da Lei no 12.512, de 14 de outubro de 2011, e dá outras providências. Brasília, DF. Recuperado em 25 setembro 2016 de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/Decreto/D7775.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7775.htm)

Brasil. Ministério do Desenvolvimento Agrário. Câmara Interministerial de Agroecologia e Produção Orgânica (2013). Plano Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica - PLANAPO. Brasília, DF: MDS; CIAPO.

Caetano, Questão Agrária. Teoria do Campesinato. Youtube, 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=R8Nr2VGnn8s>

Caporal, F. R. (2008). Agroecologia: uma nova ciência para apoiar a transição a agriculturas mais sustentáveis. Em Fakeiro, F.G.; Farias Neto, A.L. (Orgs.). Savanas: desafios e estratégias para o equilíbrio entre sociedade, agronegócio e recursos naturais. Brasília: Embrapa Cerrados.

Caporal, F. R. & Costabeber, J. A. (2015). Agroecologia: conceitos e princípios para a construção de estilos de agriculturas sustentáveis. Em Novaes, H.; Mazin, A.D. & Santos, L. (Orgs.). Questão agrária, cooperação e agroecologia. São Paulo: Outras Expressões.

Caporal, F. R. & Petersen, P. (2012). Agroecologia e políticas públicas na América Latina: o caso do Brasil. Agroecología. 6, 63-73. Recuperado em 30 de julho de 2016 de <http://revistas.um.es/agroecologia/article/view/160681>

Cartilha do 7º Concurso de Redação da Defensoria Pública da União (2022), Tema: “Prato feito: Alimentação de qualidade é sinal de dignidade”. Disponível em:

chrome-extension://efaidnbmninnibpcapjpcglclefindmkaj/https://concursoderedacao.dpu.def.br/concurso-api/storage/app/public/Concursos/07/cartilha.pdf

Coutinho, A. D. L. & Hartmann, L. C. (2012). A contribuição do Programa de Aquisição de Alimentos (PAA) para Agroecologia e Comercialização nos Assentamentos Rurais. *Cadernos de Agroecologia*. 7(1). Recuperado em 07 de julho de 2016, de <http://revistas.aba-agroecologia.org.br/index.php/cad/article/view/12979>

Cunha, M. das G. C. (2012). Campesinato brasileiro: origens e ressignificações de um modo de vida tradicional. *Anais do II Colóquio Cidade e Região: urbanidades e ruralidades contemporâneas*, Montes Claros, MG, Brasil.

Guzmán, E. S. (2015). La participación en la construcción histórica latino-americana de la Agroecología y sus niveles de territorialidade. *Política y Sociedad*, 52 (2), p. 351-370. Recuperado em 07 de julho de 2016 de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5164371>

Guzmán, E. S. & Montiel, M. S. (2009). Del desarrollo rural a la agroecología. *Hacia un cambio de paradigma. Documentación Social*, 155, p. 23-39.

IEEP - Instituto Equipe De Educadores Populares (2010). *Cartilha de Agroecologia: articulação dos agroecologistas região Centro-Oeste e Centro-Sul*. Irati: Criart Digital.

Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. (2016). Institucional. Recuperado em 27 de junho de 2016, de <http://www.agricultura.gov.br/aceso-a-informacao/institucional>

Ministério da Agricultura e Pecuária (2023), Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/mda/agricultura-familiar-1>

Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra. (2015, 28 de julho de). Carta da 14ª Jornada de Agroecologia. Recuperado em 31 de julho de 2016, de <http://www.mst.org.br/2015/07/28/cartada-14a-jornada-de-agroecologia.html>

Nunes, S. P. (2007). O desenvolvimento da agricultura brasileira e mundial e a idéia de desenvolvimento rural. *Boletim Eletrônico nº157: conjuntura agrícola*. s/l. Recuperado em 15 de agosto de 2015, de <http://www.deser.org.br/documentos/doc/DesenvolvimentoRural.pdf>

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>.

Pacheco, I. (2015, 26 de junho). Via campesina critica apropriação da agroecologia pelo capital. Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra. Recuperado em 12 de julho de 2016, de <http://www.mst.org.br/2015/06/26/via-campesina-critica-apropriacao-da-agroecologia-pelo-capital.html>

Peixinho, A. M. L. (2013). A trajetória do Programa Nacional de Alimentação Escolar no período de 2003-2010: relato do gestor nacional. *Ciência & Saúde Coletiva*, 18(4), p. 909-916. Recuperado em 10 de junho de 2016 de [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232013000400002&script=sci\\_abstract&lng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232013000400002&script=sci_abstract&lng=pt)

Petersen, P. (2005). Agricultura sustentável: um desafio político. *Revista Ação Ambiental*, 27,35-38.

Petersen, P. & Londres, F. (2015, 23 de novembro de). Seminário Regional sobre Agroecologia na América Latina e Caribe. Recuperado em 12 de junho de 2016, de <http://aspta.org.br/2015/11/fao/>

Pinheiro, Sebastião (2020), Memorial Curso Nacional Agroecologia e Biopoder Camponês, organização MPA e ANA; Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmninnibpcapjpcglclefindmkaj/https://mpabrasil.org.br/wp-content/uploads/2021/02/AGROECOLOGIA.pdf>

Porto, S. I. (2014). Programa de Aquisição de Alimentos (PAA): política pública de fortalecimento da Agricultura Familiar e da Agroecologia no Brasil. Dissertação de mestrado. Programa Oficial de Pós-graduação - Agroecologia: un enfoque sustentable de la agricultura ecológica, Universidade Internacional de Andalucía, Jaén, Espanha.

Quirino, Flávia (2019), disponível em: <https://fianbrasil.org.br/obesidade-desnutricao-e-mudanca-climatica-representam-desafio-global/>

Rosa, Marcela (2018), Agroecologia e políticas públicas reflexões sobre um cenário em constantes disputas, disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1519-549X2018000100003](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-549X2018000100003)

Silva, A. S. (2012). Psicologia Política, Movimentos Sociais e Políticas Públicas. Tese de Livre-Docência. Escola de Artes, Ciências e Humanidades, Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil.

Silva, O. H. da; Bezerra, I. & Furtado, A. C. (2013). “Tapetes fartos de folhas, flores e frutos”: a Agroecologia nos Faxinais. *Cadernos de Agroecologia*. 8(2). Recuperado em 10 de julho de 2016 de <http://revistas.aba-agroecologia.org.br/index.php/cad/article/view/14664/9860>

The Lancet (2019), Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(18\)32822-8/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(18)32822-8/fulltext)

Wanderley, M. de N. B. (2015). O campesinato brasileiro: uma história de resistência. *Revista de Economia e Sociologia Rural*. Piracicaba, 52(1),25-44. Recuperado em 5 de junho de 2016 de <http://www.scielo.br/pdf/resr/v52s1/a02v52s1.pdf>.

Weil, S. (1996). A condição operária e outros estudos sobre a opressão. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

**A problemática do acúmulo de crédito de ICMS e a sua relação com os obstáculos criados pela fazenda pública estadual que impactam em constante violação do princípio constitucional da não cumulatividade tributária e da lei complementar 87/96**

***The issue of accumulation of ICMS credits and its relationship with the obstacles created by the state tax authority impacting constant violation of the constitutional principle of non-cumulative taxation and the complementary law 87/96***

Guilherme Assis de Carvalho

## RESUMO

Esta monografia apresenta um breve estudo sobre o ICMS e a sua relação com o princípio da não cumulatividade, bem como a inviabilização da efetiva aplicação deste último em decorrência do comportamento estatal. Serão abordados vários temas, começando pela história e desenvolvimento do ICMS no Brasil e a definição dos principais conceitos que o envolvem, em seguida passando por sua aplicação conjunta ao princípio da não cumulatividade. Logo após, será aberta discussão acerca da natureza do crédito de ICMS, a problemática do acúmulo desse crédito e as operações que lhe dão causa, bem como suas formas de utilização. Por fim, haverá destaque para as restrições promovidas pelos Estados no que tange ao escoamento dos créditos acumulados e as consequentes violações à lei regulamentadora do ICMS e à Constituição Federal.

**Palavras-chave:** ICMS. crédito de ICMS. acúmulo de crédito de ICMS. transferência de crédito de ICMS. princípio da não cumulatividade.

## ABSTRACT

This monograph presents a brief study on the ICMS and its relationship with the non cumulativity principle, and the impracticability of the effective





application of this principle as result of the state behavior. Various topics will be discussed, beginning with the history and development of the ICMS in Brazil and the definition of key concepts that surround it, then going through its joint to the non cumulativity principle application. Shortly after, opens discussion about the nature of ICMS, the problem about accumulation of its credit and operations that gives cause to this, as well as the forms of using accumulated credit. Finally, there will be emphasis on the restrictions promoted by states regarding the disposal of accumulated credits and the consequent violations of regulatory law of the ICMS and the Federal Constitution.

**Keywords:** ICMS. ICMS credit. ICMS credit accumulation. transfer of ICMS credit. non cumulativity principle.

## INTRODUÇÃO

Este estudo tem como foco principal discutir a incoerência encontrada no sistema tributário relacionado ao acúmulo de crédito de Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) proveniente de algumas operações, principalmente as que se referem à saída interestadual de produto importado, saída para exportação, entre outras.

A relevância desse estudo se dá porque a referida incoerência acerca do tema se refere a instituto idealizado na Constituição que visa tornar efetiva a tributação do consumo, bem como expurgar o caráter confiscatório do ICMS, mas que tem na sua aplicação prática efeito adverso, bem como ainda há constante violação do texto infraconstitucional, promovida pela maioria dos Estados.

A preocupação principal é a consequência negativa que impacta diretamente na saúde das empresas que atuam no mercado brasileiro, isto porque a incoerência se manifesta na cumulação de crédito de ICMS, visto que determinadas operações dão direito a tomada desse crédito, o qual pode ser compensado posteriormente. Todavia existem operações posteriores que não permitem a utilização do referido crédito, gerando o acúmulo de crédito.

A problemática se encontra justamente quando a operação posterior não permite que a empresa contribuinte se utilize da compensação desse crédito de ICMS, causando o acúmulo, e principalmente quando essa Empresa executa a exploração de sua atividade com foco nesse tipo de operação.

Portanto, quando a empresa tem acúmulo de crédito de ICMS e ainda possui como principais as atividades que geram esse acúmulo, há grande risco para a saúde financeira da mesma, e risco indireto para a economia nacional, visto que esse tipo de situação afasta investimentos externos.

Com base nas questões apresentadas anteriormente, haverá estudo acerca do direito de crédito de ICMS, bem como das operações que geram o crédito acumulado e as formas instituídas pela legislação para utilização desse crédito acumulado, e por fim, as restrições impostas pelos Estados que inviabilizam a utilização efetiva do crédito acumulado

de ICMS.

Por fim, será proposta solução às incoerências encontradas no sistema tributário brasileiro no que tange ao tema discutido, bem como sua adequação ao diploma constitucional.

## ICMS E PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE

### Introdução ao ICMS e suas características

#### Origem e evolução do ICMS

Acerca do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS), trata-se de um imposto que onera às operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, além dos serviços de comunicação. Antes do advento do atual diploma constitucional, o ICMS incidia apenas sobre as operações de Circulação de Mercadorias, sendo comumente chamado de ICM.

Antes da instituição do ICM e posteriormente do ICMS, vigorava no sistema tributário brasileiro o Imposto Sobre Vendas e Consignações (IVC), que possuía finalidade idêntica à desses impostos, qual seja, tributar o consumo. O IVC possuía natureza mercantil, sendo que cada operação de venda caracterizava um fato gerador distinto, portanto, o referido imposto incidia em toda venda ocorrida durante o processo de produção do bem até chegar ao domínio do consumidor, sendo considerado um imposto com incidência em “cascata”, logo, a base de cálculo era sempre o valor da mercadoria na operação. Desta forma, a mercadoria chegava ao consumidor final com um valor muito mais elevado, o que gerava diversas consequências negativas, como a desaceleração do consumo, introduzindo caráter confiscatório ao referido imposto.

O ICM apareceu no cenário nacional instituído pela Emenda Constitucional 18 de 1965, substituindo o IVC, e tendo como grande mudança a apresentação da característica da não cumulatividade, isto é, o imposto passou a ser considerado um imposto sobre valor agregado à mercadoria, portanto, após cada operação em que incidia o fato gerador, através da sistemática empregada referente à não cumulatividade passou a ser cobrado o imposto apenas sobre valor que foi agregado na referida operação.

Com a Emenda Constitucional 03/93 foi consolidada a definição do ICMS da forma como é apresentada hoje, visto que a alteração realizada por esta emenda transferiu da União para os Estados a competência para tributar as prestações de serviços de transporte intermunicipal e interestadual, bem como os de comunicação. A título de curiosidade, mesmo que não seja o foco da presente monografia, cumpre ressaltar que a CF/88 também trouxe modificações, extinguindo os impostos federais sobre combustíveis e lubrificantes líquidos e gasosos, energia elétrica e minerais, alocando tais matérias no campo de incidência do ICMS.

## ICMS: Conceito, aplicação e características

Diante disso, temos que a hipótese de incidência do ICMS é a realização de operação relativa à circulação de mercadoria ou prestação de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação, pouco importando se o início da operação ou prestação se deu em território nacional ou no exterior. Em relação à prestação de serviços, não há margem para interpretações alheias ao sentido da norma, visto que é negócio jurídico que exprime uma obrigação de fazer. Todavia, no que tange à operação que circula a mercadoria é de suma importância ressaltar alguns conceitos para que haja uma compreensão inequívoca acerca do seu alcance.

Segundo a melhor doutrina de Geraldo Ataliba e Cleber Giardino, a circulação de mercadoria consiste em: “circular significa, para o direito, mudar de titular. Se um bem ou uma mercadoria muda de titular, circula para efeitos jurídicos.” (COELHO; DERZI, 2004, p. 144 *apud* ATALIBA; GIARDINO, 1997, p. 111)

Corroborando o conceito acima, se posiciona Paulo de Barros Carvalho: (...) circulação de mercadoria será sempre movimentação como forma de transferir o domínio, como mudança de patrimônio, como execução de um contrato translativo da titularidade da mercadoria. (COELHO; DERZI, 2004, p. 143 *apud* CARVALHO, 1981, p. 74)

Desta forma, imprescindível para esclarecer o alcance da norma o entendimento do conceito de mercadoria, que na lição de Paulo de Barros Carvalho:

A natureza mercantil do produto não está, absolutamente, entre os requisitos que lhe são intrínsecos, mas na destinação que se lhe dê. É mercadoria a caneta exposta à venda entre outras adquiridas para este fim. Não será aquela que mantenho em meu bolso e se destina a meu uso pessoal. Não se operou a menor modificação na índole do objeto referido. Apenas sua destinação veio a conferir-lhe atributos de mercadorias. (COELHO; DERZI, 2004, p. 144 *apud* CARVALHO, 1981, p. 207)

Diante disso, entende-se que os conceitos de operação, circulação e mercadoria devem ser interpretados, quando se trata de ICMS, de forma conjunta, considerando-os complementares um do outro, para que seja alcançado o efeito originariamente quisto pelo legislador, que é a tributação do consumo de forma justa e coerente.

Importante ressaltar também que o ICMS possui como característica a seletividade facultativa, isto é, fica a cargo do ente tributante instituir a seletividade, que consiste em tributar de forma mais amena bens de grande utilidade e necessários para a sociedade, fazendo com que estes cheguem ao consumidor com valor mais acessível.

## Princípio da Não Cumulatividade: origem, conceito, e a aplicação perante o ICMS

Imprescindível, antes de prosseguir, promover o esclarecimento sobre imposto plurifásico e monofásico. Entende-se por plurifásico o imposto que incide em cada etapa do ciclo econômico, enquanto o imposto monofásico incide sobre o valor final da mercadoria, no fim do ciclo econômico. Diante disso, o imposto plurifásico, incidindo em cada etapa, poderá tomar como base o valor total da operação ou apenas a diferença entre o valor total dessa operação subtraído do valor total da operação anterior, sendo cumulativo ou não

cumulativo, respectivamente.

Ainda, corroborando o entendimento do ICMS como imposto plurifásico, entende o Ministro Dias Toffoli, em pronunciamento de Repercussão Geral em sede de Recurso Extraordinário (RE 598.677/RS), do qual funcionou relator:

(...) Embora o ICMS seja tributo conferido à competência impositiva dos Estados-membros, a circunstância do mesmo qualificar-se como imposto 'plurifásico' ou de 'múltipla incidência' faz com que seus efeitos não se produzam, apenas, nos limites territoriais da entidade tributante, mas se estendam a outras Unidades Federadas. (BRASILIA, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE. 598.677/RS, Relator: Min. Dias Toffoli, 2011)

Isto posto, há a incidência dos impostos plurifásicos em várias etapas até chegar ao consumidor final, diante disso, a não cumulatividade consiste no instituto criado para viabilizar a incidência do imposto apenas sobre o valor adicionado e neutralizar o efeito confiscatório decorrente dessa excessiva tributação. A norma prevê que acerca do imposto sob a égide da não cumulatividade haverá o abatimento ou dedução do valor do tributo pago ou devido na operação anterior, permitindo, em tese, que seja tributado apenas o valor agregado ou adicionado.

Em que pesem as críticas feitas por Hugo de Brito Machado sobre a técnica de tributação baseada no princípio da não cumulatividade, quais sejam: (i) aumento da complexidade da administração do imposto; (ii) abertura da possibilidade de ocorrência de fraudes; (iii) necessidade de legislação detalhista; entre outras. O princípio da não cumulatividade tem aplicação imprescindível, tanto que surgiu como um norteador do sistema brasileiro no que tange aos impostos plurifásicos, no sentido de evitar as consequências negativas geradas pela cumulatividade que vigorava no cenário tributário, tais como: (i) injusta repercussão nos preços praticados no mercado; (ii) verticalização das empresas (formação de monopólios), que acabavam por procurar cada vez mais se integrar para evitar a incidência da cumulatividade do imposto; (iii) injusta distribuição da carga tributária sobre o consumo.

Nesse sentido, sobre a necessidade de aplicação da não cumulatividade, afirma Estrella (2014):

(...) desonera a produção econômica e desestimula a criação dos monopólios. Assim, as mercadorias básicas, que sustentam o mínimo existencial, podem ser consumidas pelos menos favorecidos na economia, a um custo mais baixo.

Corroborando o entendimento supra acerca das vantagens oriundas da aplicação da não cumulatividade, prossegue o referido autor:

(...) torna o tributo neutro, sob o ponto de vista da concorrência e competitividade, onera o consumo, e não a produção; apresenta maiores vantagens ao Fisco no que se refere à arrecadação e à fiscalização do tributo. (PIMENTA, Tributação Indireta no Direito Brasileiro, 2013, p. 360)

Foi na França onde houve o nascimento do princípio da não cumulatividade. Após percepção de todas as desvantagens geradas pelos impostos cumulativos, os franceses criaram no ano de 1954 a "Taxe sur la valeur ajoutée", que tributava apenas o valor agregado.

Através do sucesso proveniente da implementação do imposto não cumulativo na França houve a expansão dessa ideia para outras áreas do mundo, podendo citar como

exemplo a Dinamarca em 1967, a Alemanha em 1968 e Inglaterra em 1973.

Em se tratando de Brasil, a não cumulatividade foi adotada primeiro no Imposto de Consumo, no artigo 25 da lei 4.502/64, todavia, apenas foi considerada como princípio constitucional na Constituição de 1946, a partir da Emenda Constitucional n. 18/65, onde passou a abranger o Imposto Sobre Produtos Industrializados (IPI) e o ICM.

No diploma constitucional atual, qual seja CF/88, o princípio da não cumulatividade possui previsão no artigo 153, §3º, II em relação ao IPI, e no artigo 155, §2º, I em relação ao ICMS. O princípio da não cumulatividade é ferramenta crucial para a manutenção de um mercado justo e coeso, tanto que possui como fundamento a neutralidade da concorrência, de forma que os preços dos bens e serviços objeto do ICMS se mantenham justos e coerentes à realidade mercantil, não impactando negativamente no desenvolvimento econômico.

Nesse sentido, afirma Carraza (2005):

Por meio do princípio da não-cumulatividade do ICMS o Constituinte beneficiou o contribuinte (de direito) deste tributo e, ao mesmo tempo, o consumidor final (contribuinte de fato), a quem convêm preços mais reduzidos ou menos gravemente onerados pela carga tributária.

Portanto, com a não-cumulatividade, mereceram tutela constitucional o contribuinte do ICMS particularmente considerado e, de modo mais amplo, o interesse econômico nacional.

Sustentando o mesmo entendimento, os dizeres de Zanuto (2011, p. 98):

Não integrando a regra-matriz de incidência do imposto, a não cumulatividade produz efeitos sobre a etapa de extinção do crédito tributário: vale dizer, traduzindo-se em um direito a compensação do valor do imposto pago nas operações anteriores, a não cumulatividade assegura ao contribuinte o pagamento do crédito tributário - ou de parte do crédito tributário - resultante das operações de saída de mercadorias mediante compensação, liberando-o da obrigação de desembolsar o valor integral do crédito em dinheiro.

Diante disso, tem-se que o princípio da não cumulatividade torna o ICMS um imposto neutro, que não interfere na concorrência e na competitividade do mercado, tampouco no preço, além de adaptar-se à demanda do mercado, pois onera somente o consumo e não a produção ou comércio.

No que tange à aplicação do referido princípio ao ICMS, este é complementar e preponderante para que o tributo resguarde as características acima mencionadas. Vale ressaltar importante definição do STF sobre o tema:

O princípio da não cumulatividade de certos tributos, como o ICMS, tem por objeto impedir que, na composição do preço da mercadoria, nas diversas fases de seu ciclo econômico, mormente na última, de venda ao consumidor final, a parcela representativa do tributo venha representar percentual excedente do que corresponde à alíquota máxima permitida em lei. Em suma, previne excessos resultantes de tributações sucessivas. Opera ele, como disposto no art. 23 da CF/69 (art. 155, parágrafo 2º, I, da CF/88), por meio de compensação do tributo pago na entrada da mercadoria com o valor devido por ocasião da saída, significando, na prática, que a operação de venda é tributada tão somente pelo valor adicionado ao preço. Evita-se, por esse modo, cumulação do tributo. (BRASILIA, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE. 125.106/SP, Relator: Min. Ilmar Galvão, 1994)

Logo, o princípio da não cumulatividade contribui para a aplicação mais adequada do ICMS no sistema tributário brasileiro, visto que evita, como anteriormente mencionado,

os excessos resultantes de tributação sucessiva, bem como afasta o caráter confiscatório do tributo. Ainda, é capaz de proporcionar liberdade concorrencial e preço menor dos produtos em geral, tendo em vista que impacta diretamente na desoneração da cadeia de produção, abaixando seu custo.

Por fim, além de desencorajar a criação de monopólios, torna o ICMS um imposto neutro do ponto de vista concorrencial, não interferindo nesse aspecto.

## **ACÚMULO DE CRÉDITO DE ICMS E SUAS CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS**

### **Direito ao crédito de ICMS**

O crédito de ICMS surge em decorrência do princípio da não cumulatividade aplicado diante do referido tributo. É uma ferramenta importante na metodologia criada pelo legislador dentro do Sistema Tributário, visando dar efetividade ao instituto da não cumulatividade, tema que já foi anteriormente aprofundado no capítulo I.

Portanto, pode-se considerar o direito à tomada de crédito de ICMS como uma garantia à aplicação do princípio da não cumulatividade. Todavia, apenas o fato isolado de creditar-se da quantia destacada na nota fiscal quando houver entrada no estabelecimento de bens ou serviços anteriormente onerados pelo ICMS não garante a eficácia da aplicação da não cumulatividade, isto porque tal eficácia dependerá diretamente da possibilidade futura de o contribuinte utilizar esse crédito.

Ainda, sobre o crédito de ICMS, cumpre salientar que se trata de um crédito de natureza escritural, o que significa que apenas pode ser considerado caso esteja destacado em Nota Fiscal, diferentemente, a título de exemplo, do crédito tomado quando se trata de PIS/COFINS, que não necessita estar destacado em Nota Fiscal. Essa limitação tem fundamento no controle que o fisco exerce sobre as mercadorias e serviços, visto que é uma ferramenta para coibir a elisão fiscal, que pode ser proveniente de simulação e fraude, ou seja, sem esse controle focado nas obrigações acessórias envolvendo a escrituração o Sistema Tributário ficaria à mercê da boa vontade dos contribuintes, a qual notoriamente nem sempre está presente. O destaque em nota fiscal referente ao ICMS não é condição para a existência do crédito, mas funciona como principal meio de controle deste.

### **Metodologia de eficácia do princípio da não cumulatividade – Método contábil de compensação de débitos e créditos**

Segundo afirma Roque Antonio Carraza (2005), a não cumulatividade do ICMS surge em decorrência de que:

(...) em cada operação ou prestação é assegurado ao contribuinte, de modo peremptório, pela própria Carta Suprema, uma dedução (abatimento) correspondente aos montantes cobrados nas operações ou prestações anteriores. (CARRAZA, 2005, p. 291)

Diante disso, cumpre ressaltar que o cálculo de ICMS é uma obrigação tributária principal, e que não necessariamente pressupõe pagamento, podendo muitas vezes ser

essa obrigação devidamente adimplida através do instituto da compensação.

Portanto, em regra, ao longo de um determinado mês, tratando dos bens e serviços registrados como entrada, acerca dos quais incide o fato gerador de ICMS, não sendo a empresa adquirente consumidora final, é feito um controle, o qual consiste na tomada de crédito dos valores destacados nas notas fiscais como valor de ICMS cobrado, e que correspondem ao valor exato do ICMS que fora cobrado durante todo o processo.

Isto é, todos os produtos e serviços onerados pelo ICMS que entram no estabelecimento adquirente dão direito ao crédito, desde que condicionados à saída tributada. Em outras palavras, somente darão direito ao crédito se a eles não se puder aplicar a isenção ou não incidência trazidas no inciso II, § 2º, do artigo 155 da CF/88. Uma vez tomado esse crédito, ele será utilizado para realizar o abatimento do valor de ICMS devido relativo a determinado mês, que terá origem com as saídas tributadas pelo referido imposto. Se deste abatimento restar algum valor, esse será o ICMS a recolher. Por outro lado, se ainda sobrar crédito de ICMS a abater, esse poderá ser utilizado no período subsequente. Assim, estamos diante do método contábil de compensação de débitos e créditos, que é o nome dado à sistemática prevista no ordenamento jurídico pátrio para a efetivação do princípio da não cumulatividade no que tange ao ICMS.

Nesse sentido, segundo a melhor doutrina de Carraza (2005, p.291):

A não-cumulatividade no ICMS leva em conta as operações ou prestações realizadas num dado período de tempo (...). Sendo os débitos superiores aos créditos, há imposto a recolher. Do contrário, isto é, se os créditos forem maiores que os débitos, inexistirá o imposto a pagar, senão créditos a transferir para o próximo período de apuração.

Ainda sobre o tema, com excelente explanação acerca da referida sistemática, corrobora Estrella (2014):

(...) o contribuinte procede à escrituração contábil no livro fiscal de registro de apuração de ICMS dos débitos e créditos do imposto. Vale dizer, como regra geral, a cada 'entrada' de mercadoria em seu estabelecimento (operação anterior) gera um crédito contábil e a cada 'saída' de mercadoria de seu estabelecimento gera um débito contábil (operação posterior) (...)

Ainda, sobre o fato de haver transferência de créditos para abatimento dos débitos de ICMS do período subsequente, essa situação pode decorrer de duas hipóteses distintas, quais sejam: a existência de saldo credor ou de crédito acumulado.

Com a finalidade de esclarecer o entendimento acerca dos conceitos de saldo credor e crédito acumulado, cumpre ressaltar os dizeres de Alves (2011, p. 123) sobre o tema:

(...) 'saldo credor' é um mero resultado matemático favorável ao contribuinte no sistema de crédito e débito, e ocorre quando o contribuinte tem mais créditos do imposto do que débitos. (...)

Normalmente, para permitir que o 'saldo credor' seja transferido, os Estados exigem que ele seja 'transformado' em 'crédito acumulado', o que, no mais das vezes, depende da autorização das Secretarias da Fazenda. Na prática, trata-se de um processo em que as autoridades fiscais conferem os créditos e autorizam que eles passem a integrar o Demonstrativo de Créditos Acumulados (DCA) dos contribuintes, ocasião em que se tornam transferíveis.

O saldo credor origina-se do fato de que o valor total de ICMS devido em decorrência das saídas num determinado período é inferior ao valor total de ICMS creditado em decorrência das entradas. Isto significa que os produtos que entraram não são necessariamente os que saíram, ou não saíram todos no período em questão, mas quando houver a saída, o ICMS a ser destacado na nota de saída terá um valor superior ao ICMS que fora destacado na nota de entrada.

Todavia, sobre o crédito acumulado, este pode surgir do descompasso existente entre as alíquotas de entrada e saída ou do fato de a saída não sofrer incidência de ICMS e o legislador competente autorizar a manutenção do crédito. Há ainda a possibilidade de haver redução da base de cálculo na operação.

Sobre a redução da base de cálculo, cumpre mencionar o conceito trazido por Sacha Calmon Navarro Coelho e Misabel Abreu Machado Derzi, em consulta publicada na Revista Dialética de Direito Tributário nº 27 (1997, p. 111): “(...) base de cálculo reduzida é aquela resultante de incentivo ou regime especial de benefício.”

Em que pese o esclarecimento supramencionado sobre o conceito de crédito acumulado, tenho por bem dizer que não se trata de mero saldo credor com aval do fisco para haver transferência, mas de situação prejudicial ao contribuinte direto, tendo em vista que o direito ao abatimento se encontra prejudicado, e por consequência, o princípio da não cumulatividade fica impossibilitado de alcançar o efeito idealizado pelo legislador constituinte. Trata-se, portanto, de situação em que a metodologia de aplicação do princípio da não cumulatividade aliada à atividade explorada pelo contribuinte não é capaz de tornar eficaz o referido princípio, resultando no acúmulo de crédito, tornando o fato referente ao total de crédito de ICMS ser superior ao total de débitos uma situação permanente, ao contrário do saldo credor, em que a situação é momentânea.

Como forma de solução, na hipótese de existência de saldo acumulado de crédito de ICMS, o legislador instaurou outra metodologia de aplicação que visa dar eficácia ao princípio da não cumulatividade, que é a transferência de crédito para terceiros, prevista na lei complementar 87/96.

### **Natureza Jurídica do Crédito de ICMS**

Sobre a natureza jurídica do crédito de ICMS, há acalorada discussão doutrinária a respeito, na qual existem posicionamentos afirmando que o crédito de ICMS pode ter natureza referente à relação de caráter tributário, natureza de direito público subjetivo constitucional, natureza meramente escritural, e por fim natureza de crédito no sentido jurídico (exigível prestação patrimonial).

Com o intuito de melhor atender os fins a que a presente monografia se destina, discorrer-se-á apenas sobre os posicionamentos considerados mais relevantes.

O primeiro posicionamento a ser destacado versa sobre a consideração da natureza do crédito de ICMS como escritural, à qual é defendida por Paulo César Bergstrom Bonilha, afirmando que o crédito de ICMS além de ser de natureza meramente escritural, possui índole financeira. Além disso, Bonilha critica a utilização do termo “crédito”, visto que visa definir algo que possui características adversas ao do vocábulo em sua acepção jurídica. A



título de complemento cumpre reproduzir os dizeres de Bonilha, citado por Accacio (2001, p. 111), afirmando que o crédito:

(...) deve ser entendido dentro de um restrito alcance escritural, pois o ato não cria nem é representativo de direito de crédito na acepção jurídica de que o contribuinte tenha direito, por esse fato, de exigir prestação patrimonial a que alguém (ou o Estado) esteja obrigado.

Há ainda corrente doutrinária afirmando que o crédito de ICMS possui natureza de direito público subjetivo de caráter constitucional, posicionamento defendido por Geraldo Ataliba e Cléber Giardino.

Ainda, complementam o posicionamento afirmando que o direito ao crédito ou abatimento do ICMS seria de eficácia limitada, sendo esse limite trazido no bojo da Constituição, portanto, a compensação poderá ser feita apenas utilizando-se nas operações próprias o abatimento daquilo que já foi pago, não sendo possível em hipótese alguma a exigência perante do Estado de valor em dinheiro.

Por fim, a última corrente acerca da natureza do crédito de ICMS a ser tratada neste texto é idealizada por Alcides Jorge Costa, para quem o crédito tributário deve ser considerado um crédito tal qual na acepção jurídica do termo, isto é, oponível a outrem podendo sua exigibilidade alcançar o patrimônio. Todavia, a possibilidade de atingir o patrimônio tem caráter subsidiário, podendo ser utilizada somente na hipótese de não aplicação do método contábil de compensação de débitos e créditos.

Portanto, se restar impossibilitada compensação, a título de exemplo na hipótese de ocorrer encerramento da atividade da empresa, e não for autorizada a restituição em dinheiro, o imposto possuirá caráter cumulativo, e dessa forma ferirá o princípio da não cumulatividade previsto no ordenamento constitucional.

Nesse sentido:

Na impossibilidade de compensação (...) deve haver restituição sob pena de ocorrer a cumulatividade proibida pela Constituição. A não restituição equivaleria a uma verdadeira 'regra do teto' (règle du butoir) que a lei não refere e seria incompatível com a Constituição. (COSTA *apud* ACCACIO, 2001, p. 113)

Em que pese o caráter justo deste último posicionamento, a ideia de restituição em pecúnia do saldo de crédito acumulado perante a Fazenda Pública não é tão bem aceita por alguns autores, bem como pela própria Fazenda.

## Regime do crédito de ICMS

O regime de crédito de ICMS se apresenta sob duas formas: o regime físico, preconizado pela Constituição Federal e o regime financeiro, instituído pela Lei Complementar 87/96.

### Regime Físico

O regime físico, na acepção de Hugo de Brito Machado (1999 *apud* Estrella):

Pode ser definido como aquele segundo o qual somente geram créditos as entradas de mercadorias que se destinem a sair do estabelecimento, tal como entraram ou

integraram, fisicamente, o produto cuja fabricação constituem insumos.

Este regime é assegurado pela Constituição, visto que apenas aos bens caracterizados como mercadoria, isto é, apenas aos que circulam com finalidade econômica foi assegurada a não cumulatividade. Entendimento que se extrai de leitura sistemática do artigo 155, §2º, I, CF/88.

Ademais, André Estrella, em artigo sobre o tema traz trecho preciso em que Ricardo Lobo Torres discorreu sobre as características do referido regime:

(...) o regime do crédito de ICMS adotado pela CF/88 caracteriza-se por ser físico, real e condicionado. Físico, porque somente gera crédito a mercadoria e não os bens de capital associada, empregada ou participa fisicamente do processo de industrialização ou comercialização (22). Real, pois deve corresponder ao 'montante cobrado nas operações anteriores pelo mesmo ou outro Estado'. Condicionado, dado que necessita de posterior saída da mercadoria para evitar a sua anulação. Logo, o crédito fica sujeito à condição resolutória de ulterior desgravação fiscal.

Diante disso, pode-se concluir que o regime físico do crédito de ICMS é assegurado constitucionalmente, bem como autoriza a aplicação da não cumulatividade apenas sobre as mercadorias com destinação comercial.

## Regime Financeiro

Acerca do regime financeiro, cumpre transcrever definição ímpar:

(...) aquele no qual todos os custos, sem sentido amplo, que vierem onerados pelo ICMS, ensejam o crédito respectivo. Sempre que a empresa suporta um custo, seja ele substanciado no preço de um serviço, ou de um bem, e quer seja este destinado à revenda, à utilização como matéria-prima, produto intermediário, embalagem, acondicionamento, ou mesmo ao consumo ou à imobilização, o ônus do ICMS respectivo configura um crédito desse imposto. (MACHADO, Hugo de Brito. 1998, p. 133 *apud* ESTRELLA)

Diante disso, pode-se considerar que vigora no regime financeiro do crédito de ICMS da não cumulatividade absoluta, visto que leva em conta o elemento financeiro.

Ademais, cumpre salientar que, o regime financeiro tem natureza de benefício fiscal, pois é regulado por Lei Complementar, enquanto o regime físico, por ter previsão constitucional, tem natureza de direito fundamental.

## Principais operações que geram o acúmulo de crédito

Apresentadas as principais questões sobre o direito ao crédito de ICMS, cumpre destacar algumas das operações que dão ensejo ao acúmulo desse crédito, bem como explanar suas principais razões.

## Não Incidência de ICMS na Exportação

O legislador constituinte, nos termos do artigo 155, §2º, X da Constituição Federal (CF), decidiu retirar do campo de incidência do ICMS a exportação de serviços e mercadorias. Contudo, autorizou a manutenção do montante pago a título ICMS nas operações anteriores, ou seja, anuiu a manutenção do crédito como forma de viabilizar a aplicação da não cumulatividade, em consonância com o disposto no artigo 155, §2º, I da

CF, *ipsis literis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - Operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - Será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

(...)

X - Não incidirá:

a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores;

(...)

A Lei complementar nº 87/1996 (Lei Kandir), que visa regulamentar o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação, em harmonia com o diploma constitucional, aduz que não incidirá o ICMS sobre as operações de exportação, *in verbis*:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

(...)

II - operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, ou serviços; (...)

Diante disso, tendo em vista que nas operações de exportação não há o débito de ICMS nas saídas, a consequência é o acúmulo de crédito, pois a empresa exportadora tem o direito de se creditar nas entradas, todavia, esse crédito não é utilizado na compensação, por não ter o que compensar.

Analisando as empresas que realizam a exportação, consegue-se prever dois cenários: no primeiro à exportação representa parcela pequena dos negócios da empresa, logo, mesmo que as saídas não tenham débito de ICMS, se houverem outras saídas dentro do país com incidência do referido imposto, poderá ser realizada a compensação com os créditos de ICMS acumulados nas operações de exportação. Na medida em que as saídas nacionais forem mais representativas, maior chance de haver débito de ICMS e por consequência, maior a chance de não ter crédito acumulado proveniente da exportação.

No segundo cenário, temos a hipótese de a exportação representar a maior parte ou toda a atividade da empresa, neste caso, o montante de crédito de ICMS será elevado e em contrapartida, como sobre as saídas de exportação não incide o imposto, o total de

débitos será baixo ou nenhum, fazendo com que o saldo de crédito acumulado aumente de forma constante, se arrastando para os próximos períodos subsequentes.

### Operações em que há descompasso entre alíquota de entrada e saída

O valor de ICMS a ser pago resultará da aplicação da alíquota sobre a base de cálculo. Isto posto, o ICMS pago na operação de saída poderá ser tomado como crédito pelo adquirente, desde que a próxima saída seja tributada, ressalvadas as exceções.

Como já discutido anteriormente, o crédito “tomado” será utilizado na compensação com os débitos provenientes das saídas tributadas, de acordo com a metodologia empregada pelo sistema tributário nacional, entretanto, existem algumas operações em que mesmo empregando essa metodologia, resultará saldo credor depois de praticada a compensação. Havendo situação em que esse tipo de operação acima é predominante na atividade explorada pela empresa, a mesma acumulará crédito de ICMS, devendo recorrer a outras formas de utilização.

Destacada situação que gera esse acúmulo de crédito, cumpre agora introduzir a regra geral e citar algumas operações mais relevantes que dão causa a essa problemática.

A regra geral consiste no descompasso entre alíquota de ICMS aplicada na entrada e alíquota de ICMS aplicada na saída, sendo sempre a alíquota de entrada maior que a de saída. Não obstante esse descompasso, também é necessário que o binômio “alíquota x valor da mercadoria (base de cálculo)” na saída seja inferior ao da entrada, gerando um débito menor do que o crédito tomado. Exemplificando:

1º Exemplo - Saldo de ICMS a pagar		
	Entrada	Saída
Alíquota	12%	4%
Base de Cálculo	200	700
ICMS	24	28
Resultado do abatimento	4	

↙ ICMS a pagar

O primeiro exemplo retrata uma situação em que há ICMS a pagar, mesmo com a diferença entre o valor das alíquotas de entrada e saída, pois o valor da base de cálculo na saída é muito superior ao da entrada. Segue o segundo exemplo:

2º Exemplo - Acúmulo de crédito		
	Entrada	Saída
Alíquota	12%	4%
Base de Cálculo	200	250
ICMS	24	10
Resultado do abatimento	-14	

↙ Acúmulo de crédito

Na segunda situação tratada como exemplo, há o descompasso entre as alíquotas de entrada e saída, sendo a de entrada superior, e o valor da base de cálculo, mesmo que maior na saída, não é suficiente para equilibrar o débito de ICMS com o crédito tomado,

gerando uma situação de acúmulo de crédito.

### **Entrada proveniente de Importação e saída para outro Estado**

Às saídas interestaduais de mercadorias provenientes de importação, desde que possuam conteúdo de importação superior a 40% ou não sejam bens ou mercadorias que não tenham similar nacional, é aplicada uma alíquota de 4%, de acordo com o estabelecido na Resolução do Senado Federal nº 13/12.

A aplicação dessa alíquota considerada baixa teve como principal motivação à guerra fiscal entre os Estados, e sua finalidade é combater essa guerra.

A alíquota de ICMS aplicada na importação será equivalente à alíquota interna do Estado importador, sendo que a alíquota interna mínima encontrada nos Estados da federação é de 17%.

Diante disso, com uma alíquota de entrada de no mínimo 17% e de saída equivalente a 4%, está formado o descompasso entre as alíquotas de entrada e saída, portanto, caso não haja um aumento muito relevante no valor da mercadoria, o resultado da atividade empresarial concentrada nesse tipo de operação será o acúmulo de crédito de ICMS.

### **Entrada interna com saída para ZFM ou outro Estado**

Visando promover o desenvolvimento da Região Norte, foi criada a Zona Franca de Manaus, a qual tem como característica ser área de livre comércio, de exportação e importação e de incentivos fiscais, bem como a política tributária diferenciada do restante do País.

Diante disso, em termos de ICMS, há isenção desse imposto ao se tratar de saída destinada à Zona Franca de Manaus (ZFM) de produtos industrializados de origem nacional e desde que estes sejam destinados a comercialização ou industrialização nas referidas áreas. Portanto, acerca destes não é cobrado o ICMS. De suma importância ressaltar que mesmo se tratando de isenção é autorizada a manutenção desse crédito, não havendo necessidade de proceder estorno, nos termos artigo 93 do Decreto Nº 7.212, de 15 de junho de 2010.

Importante destacar que, a título de exemplo, no Estado de São Paulo, na saída para a ZFM é suspenso o ICMS, condicionando a isenção à real entrada da mercadoria dentro das localidades da ZFM.

Isto posto, à entrada interna de mercadorias é aplicada a alíquota também interna, descrita no item anterior, a qual será no mínimo de 17%, sendo que a saída, ou a saída para ZFM, de acordo com o explanado acima, é isenta de ICMS, sendo autorizada a manutenção do crédito, portanto, haverá crédito e não haverá débito. Se a atividade da empresa for concentrada nesse tipo de operação, não havendo outras operações em que há maior débito de ICMS do que crédito, haverá a problemática do acúmulo de crédito.

Nesse mesmo sentido, havendo a entrada interna de mercadorias e posterior saída para outro Estado, a qual ocorre sob a alíquota de ICMS de 7% ou 12%, a depender do Estado destinatário, haverá o descompasso entre as alíquotas, sendo a de entrada

sempre maior que a de saída. Logo, se não houver um aumento muito relevante no valor da mercadoria, o resultado da atividade empresarial concentrada nesse tipo de operação será o acúmulo de crédito de ICMS.

## **A NÃO EFETIVIDADE DAS FORMAS DE UTILIZAÇÃO DO CRÉDITO ACUMULADO DE ICMS E AS CONSTANTES AFRONTAS DOS ESTADOS MEMBROS À CONSTITUIÇÃO**

### **Formas de utilização do crédito acumulado vigentes no Sistema Tributário Brasileiro**

No Sistema Tributário brasileiro, com base no princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS, é utilizado o Método contábil de compensação de débitos e créditos, devidamente explicado no capítulo II da presente monografia, como forma de efetivar a aplicação do referido princípio. Todavia, nem sempre esse método consegue ser efetivo, havendo situações em que ocorre o acúmulo de crédito.

Diante dessas situações, foram criados outros métodos para utilização dos créditos que restam acumulados, quais sejam, nos termos dos parágrafos 1º e 2º do artigo 25 da Lei Complementar 87/96, a transferência desse saldo para outro estabelecimento da mesma empresa e para estabelecimento de outra pessoa jurídica, ambos localizados no mesmo Estado.

Logo, há a possibilidade de transferência dos créditos, seja para outro estabelecimento do contribuinte ou para estabelecimento de terceiros, desde que em ambas as situações os destinatários do crédito estejam localizados no mesmo Estado, sendo que o §1º do artigo 25 da LC 87/96 versa sobre os créditos oriundos de exportação, enquanto o §2º do mesmo artigo trata das demais hipóteses de crédito acumulado.

Portanto, a interpretação literal do trecho de lei destacado acima leva a algumas conclusões: (i) a primeira é de que a transferência de créditos oriundos de exportação não sofre limitação alguma, devido ao caráter de norma de eficácia plena que a LC 87/96 possui, sendo apenas subsidiária a forma trazida no inciso II do §1º em relação ao disposto do inciso I do mesmo parágrafo, ressalvada a necessidade de emissão de documento por parte do Estado na situação do inciso II do §1º, a qual não deve ser tratada como limitação, mas sim como ferramenta de controle imprescindível; (ii) a segunda conclusão é de que a transferência de créditos na forma no §2º, em qualquer das hipóteses, fica restrita à benevolência do legislador estadual, bem como a quaisquer condições que este queira impor, situações que gera desconforto aos contribuintes, visto que muitas vezes a legislação estadual não se limita a regulamentar a forma de transferência, mas acaba por impedir o aproveitamento dos créditos; (iii) a terceira conclusão é de que presumir-se-á a existência de uma regra de territorialidade oriunda da interpretação do artigo 25 da LC 87/96, vinculada ao crédito acumulado, a qual institui que independentemente da natureza de sua operação de origem, o crédito acumulado em determinado Estado por um contribuinte só poderá ser transferido para outro estabelecimento, seja desse contribuinte ou de terceiros, se respeitada a condição *sine qua non* instituída, qual seja, a de o estabelecimento destinatário

estar localizado no mesmo Estado da federação em que o estabelecimento que transfere.

Não obstante existem inúmeras inconstitucionalidades e ilegalidades promovidas pelo fisco estadual no que tange as formas de utilização do crédito acumulado, às quais será dada devida atenção em tópico posterior, cumpre agora discorrer sobre como se desenvolvem esses procedimentos.

### **Transferência de crédito acumulado proveniente de operações de exportação**

No campo teórico, a transferência de crédito acumulado proveniente de operações de exportação pode ocorrer de acordo com o disposto no artigo 25, §1º da LC 87/96. Primeiramente, diagnosticado este crédito acumulado, pode o contribuinte transferi-lo para qualquer outro estabelecimento que possua, desde que localizado no mesmo Estado. Essa transferência independe de qualquer ação da fazenda pública, sendo o contribuinte livre para operar a transferência, tendo em vista o caráter de norma de eficácia plena que a LC 87/96 possui, dispensando assim qualquer necessidade de regulamentação por parte do legislador estadual.

Nesse mesmo diapasão, também pode o contribuinte proceder com a transferência de crédito acumulado a estabelecimento de terceiros, desde que observadas duas condições: (i) observância da regra da territorialidade supramencionada; (ii) reconhecimento do crédito acumulado pela autoridade competente através de documento hábil.

No campo prático, alguns Estados restringem o direito à transferência de crédito oriundo de exportação, impondo inúmeras regras que tem por finalidade dificultar a efetivação da transferência. Referida conduta é manifestamente ilegal e a inconstitucional, pois viola diretamente o disposto no artigo 25 da LC 87/96, bem como indiretamente confronta o princípio da não cumulatividade.

### **Transferência de créditos acumulado proveniente de outras situações**

Como previsto na lei complementar 87/96, o legislador estadual estipulará nos casos em que houver crédito acumulado oriundo de quaisquer operações que não a de exportação a forma como deverá ocorrer a transferência para outros estabelecimentos, seja do mesmo contribuinte ou de terceiro, com o intuito de tornar possível a aplicação do princípio da não cumulatividade.

Diante disso, em que pese o fato de a lei estadual em muitos locais ir além de sua competência, não só regulamentando, mas também impondo restrições à transferência de crédito acumulado, este tópico somente discorrerá sobre o procedimento de transferência previsto na legislação estadual, restando à análise crítica ao tópico seguinte.

Ademais, tendo em vista o elevado número de Estados dentro do território nacional, sendo que cada qual possui seu próprio regulamento direcionado a tratar do ICMS, e ainda, por haver o fato de que quase todos tratam da referida transferência de crédito, não seria viável discorrer sobre o procedimento de transferência de crédito em cada Estado da federação. Diante disso, para fins didáticos e devido à maior disponibilidade e acessibilidade de obras sobre o tema, será abordado o procedimento de transferência de crédito acumulado vigente no Estado de São Paulo.

## O procedimento de transferência de crédito acumulado no Estado de São Paulo

O procedimento de transferência de crédito acumulado no que tange ao Estado de São Paulo está previsto nos artigos 73 e seguintes do RICMS/SP, e dispõe que o crédito poderá ser transferido se o destinatário for outro estabelecimento da mesma empresa, estabelecimento de empresa interdependente, desde que a interdependência seja reconhecida pela Secretaria da Fazenda e, para estabelecimento fornecedor, observada as condições trazidas no bojo do artigo 73 e para outros determinados estabelecimentos previstos no rol do mesmo artigo.

Também como condição *sine qua non* a transferência somente poderá ser feita entre estabelecimentos situados em território paulista. Para se concretizar a transferência do crédito acumulado precisa de uma autorização eletrônica, a qual deve ser requerida pelo estabelecimento que pretende transferir, por meio do sistema e-Credac (Sistema Eletrônico de Gerenciamento do Crédito Acumulado). Ademais, nos termos da Portaria CAT nº26/2010, existem outras formalidades peculiares a determinadas situações que precisam ser obedecidas, as quais, exprimem um nível de detalhamento que não será alcançado na presente monografia.

Ainda, o fisco estadual condiciona a possibilidade de o contribuinte pode solicitar a transferência de crédito a quatro fatores, quais sejam: i) a inexistência de débito fiscal relativo ao imposto; ii) conta corrente (eletrônica criada no sistema e-CredAC) em situação ativa e com saldo suficiente; iii) hipótese de transferência permitida pela legislação; iv) estabelecimento destinatário enquadrado no regime periódico de apuração e em situação regular perante o Cadastro de Contribuintes do ICMS. O deferimento da transferência do crédito acumulado é condicionado à aceitação do destinatário aliada ao preenchimento dos requisitos exigidos.

## Consequências negativas decorrentes do acúmulo de crédito

O acúmulo de crédito de ICMS possui inúmeras consequências negativas, prejudicando não só o contribuinte direto que sofre com o acúmulo, mas também terceiros. Diante disso, discorrer-se-á sobre algumas dessas consequências.

Os investimentos, que possuem caráter benéfico para a economia nacional, como um todo, sofrem desaceleração devido ao aumento de seu custo, tendo em vista a aplicação do sistema de recuperação de crédito de ICMS no que se refere ao ativo imobilizado, já que a recuperação por completo desse crédito demora 48 meses, nos termos da legislação vigente.

Nesse sentido, afirma Luiz Dias Martins Filho (2013):

(...) o custo dos investimentos é alto por causa do longo período envolvido na recuperação de créditos de impostos pagos sobre bens de capital. A empresa tem 48 meses para compensar o ICMS pago na compra de máquinas (à razão de 1/48 por mês) (...). O custo efetivo deste diferimento depende da situação financeira da empresa. Para uma empresa líquida, corresponde ao que ele não recebe, pois é incapaz de investir recursos no mercado financeiro. Para uma empresa ilíquida, corresponde aos juros pagos sobre o empréstimo o qual é forçada a obter com o fim de financiar a recuperação do imposto a longo prazo. (FILHO, Tributação Indireta no Direito Brasileiro, 2013, p. 316, tradução nossa)



Diante disso, se a demora na recuperação do crédito é capaz de aumentar o custo dos investimentos, bem como desacelerar sua realização no território nacional, o que dizer então da possibilidade de não recuperação dos créditos de ICMS (acúmulo de crédito), que se mostra infinitamente mais prejudicial.

Mais uma vez, partilhando desse entendimento, Luiz Dias Martins Filho: “(...) o acúmulo de créditos é uma das principais preocupações dos exportadores brasileiros e, em várias ocasiões, resultou em perdas de investimentos para outros países.” (FILHO, 2013, p. 317, tradução nossa)

Examinando a situação de crédito acumulado, em termos práticos, infere-se que se equipara à situação em que vigora a cumulatividade, isto é, a impossibilidade de se utilizar o crédito acumulado resulta na mesma situação na qual o contribuinte não pode tomar crédito. Esse cenário acarreta: “(...) em uma série de distorções econômicas: (i) organização ineficiente da estrutura produtiva; (ii) aumento dos custos de investimento e de exportação; (iii) favorecimento das importações”. (FILHO, 2013, p. 315, tradução nossa)

Diante do exposto, é notório o prejuízo causado pelo acúmulo de crédito, seja oriundo de operações com exportação ou quaisquer outras operações. Afeta diretamente o contribuinte, visto que em termos práticos acaba operando no regime cumulativo, aumentando significativamente o preço de seu produto ou serviço, o qual se torna cada vez menos competitivo. Analisando o acúmulo de crédito dentro do cenário nacional, devido à menor competitividade das empresas que sofrem com esse problema, o ritmo dos investimentos no mercado nacional resta prejudicado.

## **Limitações Inconstitucionais e ilegais impostas pelos Estados Membros ao contribuinte**

Como explicado anteriormente, o princípio da não cumulatividade é aplicado ao ICMS com a finalidade de desonerar a tributação desse imposto, afastando seu caráter confiscatório, bem como visa promover a neutralidade na concorrência entre as empresas e, por fim, visa onerar somente o consumo, tendo em vista que o ICMS é um imposto que tem a sua razão de ser na necessidade de onerar o consumo por parte do Estado, de sorte que o princípio da não cumulatividade apresenta-se como ferramenta capaz de tornar possível essa oneração.

A regra geral que visa efetivar de forma concreta a utilização do referido princípio é a aplicação do Método contábil de compensação de débitos e créditos, estudado no capítulo II da presente monografia. Todavia, existem situações em que o emprego desse método não é suficiente para garantir a fiel aplicação do princípio da não cumulatividade. Diante disso, procurando afastar todo resquício de imposto cumulativo que possa estar presente, foi prevista pelo legislador a possibilidade de transferência de créditos, assim como já trabalhado nos primeiros itens deste capítulo.

Ocorre que essa transferência sofre limitações no âmbito estadual, tanto sobre o crédito oriundo de exportação quanto sobre o crédito oriundo de outras situações. Nesse sentido, corrobora Alves (1996, p. 123):

(...) os Estados não permitem que o contribuinte transfira o 'saldo credor' livremente, mas exigem que trâmites e limitações sejam obedecidos. Isso ocorre até mesmo com os saldos credores decorrentes das exportações, em clara violação ao artigo 25, parágrafo 1º, da LC nº 87/1996.

No que se refere ao crédito da exportação, as restrições impostas no âmbito estadual atingem a esfera da ilegalidade, bem como são evitadas de inconstitucionalidade, de forma quase explícita, devido a clareza das violações.

Já no que tange ao acúmulo de crédito proveniente de outras situações que não as operações de exportação, as limitações e restrições estatais aparecem de forma discutível no campo doutrinário, não havendo muito respaldo no campo jurisprudencial.

### **Restrições impostas no âmbito estadual à transferência de crédito oriundo de operações de exportação**

Na esfera estadual, tem sido impostas muitas limitações impostas aos exportadores referentes à transferência de crédito de ICMS, tais como, a exigência de prévia autorização para que o crédito seja transferido para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, limitação do rol de pessoas sujeitas a receber a transferência de crédito e, por fim, demora excessiva no reconhecimento do crédito antes da transferência para terceiros, visto que o reconhecimento é condição legítima, de acordo com o entendimento do STJ, no Resp. 1.252.683, vejamos:

EMENTA. TRIBUTÁRIO. ICMS. LC 87/96. TRANSFERÊNCIA A TERCEIROS DE CRÉDITOS ACUMULADOS EM DECORRÊNCIA DE OPERAÇÕES DE EXPORTAÇÃO. ART. 25, §1º, DA LC 87/96. NORMA DE EFICÁCIA PLENA. DESNECESSIDADE DE EDIÇÃO DE LEI ESTADUAL REGULAMENTADORA. INVIABILIDADE DE VEDAÇÃO À TRANSFERÊNCIA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que, conforme o disposto no art. 25 da Lei Complementar n. 87/96, há duas hipóteses de transferência de crédito acumulado de ICMS a contribuintes do mesmo Estado: (a) nos termos do § 1º, os créditos oriundos de operações prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semielaborados, ou serviços; e (b) nos termos do § 2º, os demais casos de saldos credores acumulados, a serem definidos pelo legislador estadual.

2. A primeira hipótese prescinde de lei estadual regulamentadora, pois se trata de norma de eficácia plena. Neste sentido, Min. Teori Albino Zavascki, no voto-vista proferido no RMS 13.96/PA (1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 4.205), esclarece: "o art. 25, §1º, da LC 87/96 é expresso ao conferir ao contribuinte detentor de saldos credores de ICMS acumulados desde a edição desse diploma legal, em razão de operações de exportação, faculdade de aproveitá-los mediante transferência a qualquer estabelecimento seu no mesmo Estado (inciso I) e, havendo saldo remanescente, mediante transferência a outro contribuinte do mesmo Estado (inciso II) —utilizando-se, nesse segundo caso, de documento expedido pela autoridade fazendária reconhecendo a existência do crédito. Trata-se de norma de eficácia plena, que dispensa qualquer regulamentação por lei estadual. A legislação estadual é requerida apenas para o reconhecimento do direito à utilização, nas modalidades acima descritas, dos demais saldos credores acumulados a partir da vigência da Lei Complementar, isto é, aqueles que não os decorrentes de exportações, nos inequívocos termos do §2º do mesmo dispositivo ". Precedentes.

3. Ante a auto aplicabilidade do § 1º do art. 25 da Lei Complementar n.87/96, e sendo os créditos oriundos de operações disciplinadas no art. 3º, inciso I, do mesmo normativo, "não é dado ao legislador estadual qualquer vedação ao aproveitamento dos créditos do ICMS, sob pena de infringir o princípio da não-cumulatividade, quando este aproveitamento se fizer em benefício de qualquer outro estabelecimen-

to seu, no mesmo Estado, ou de terceiras pessoas, observando-se para tanto a origem no art. 3º.” (RMS 1354/PA, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.12.02, DJ2.6.2003, p.29).

Ainda, acerca do conceito de norma constitucional de eficácia plena assevera Meirelles Teixeira (1991, p. 317 *apud* DA SILVA, p. 101):

(...) sendo aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta ou normativamente, quis regular.

Diante disso, entende-se que tais limitações, como as acima destacadas, violam primeiramente o disposto no artigo 25 da LC 87/96, pois restringem a utilização do crédito acumulado, visto que as permitem num alcance menor do que o previsto a lei regulamentadora do ICMS. Como a referida lei é autoaplicável, a lei estadual que restringe sua aplicação é eivada de ilegalidade. Indiretamente, tais restrições promovidas pela legislação estadual, ao inviabilizar a utilização do crédito acumulado, ferem o princípio da não cumulatividade, bem como transfere o ônus do ICMS para pessoa diferente do consumidor, contrariamente ao mandamento constitucional.

Cumprе ressaltar a afronta encontrada na legislação que regula o ICMS dentro do Estado de São Paulo, qual seja, o RICMS/SP, que prevê o mesmo trâmite para transferência de crédito acumulado para as situações de crédito oriundo de operações de exportação e demais situações, isto é, promove as mesmas restrições para ambas situações.

A questão que versa sobre a limitação da utilização dos créditos acumulados, no que tange aos créditos oriundos de demais situações que não a exportação é um tema discutível do ponto de vista doutrinário. Todavia, limitações e restrições ao direito de transferir o crédito acumulado proveniente de exportação é um tema pacífico na doutrina e na jurisprudência, inclusive do STJ, no sentido de que não pode haver qualquer limitação, com exceção do condicionamento ao reconhecimento do crédito antes da transferência para terceiros. Contudo, ainda assim o Estado de São Paulo continua a restringir, contrariamente ao entendimento jurisprudencial, a utilização do crédito acumulado na exportação.

O RICMS/SP prevê as situações em que o crédito poderá ser transferido para terceiros, o que em termos práticos resulta quase sempre na possibilidade de transferir tais créditos apenas para fornecedores, resultando numa afronta ao princípio da não cumulatividade, bem como ao disposto na LC 87/96. A lei complementar permite que o saldo remanescente de crédito acumulado de ICMS seja transferido “a outros contribuintes do mesmo Estado”, o que significa que qualquer contribuinte pode receber a transferência, e não apenas os constantes do rol taxativo trazido pelo RICMS/SP. Ademais, como a LC 87/96 é norma de eficácia plena, logo, autoaplicável, não sendo de a competência do legislador estadual restringir o alcance da referida norma.

Cumprе destacar a restrição à utilização do crédito de ICMS acumulado na exportação referente à transferência para terceiros, visto que a mesma é condicionada a “emissão pela autoridade competente de documento que reconheça o crédito”. Embora do ponto de vista legal não haja restrição, tanto que o próprio STJ considera essa restrição inválida, no plano prático o fisco tem restringido e muito, de forma indireta, o direito à transferência devido à delonga promovida na emissão do documento reconhecedor do crédito.

Nesse mesmo diapasão:

(...) os exportadores também enfrentam um outro tipo de ilegal e inconstitucional violência ao seu direito de utilizar os saldos credores de ICMS: a demora das autoridades administrativas em processar os seus pedidos de transferência de créditos para terceiros. (ALVES, 2011, p. 123)

Ainda, reforçando o entendimento, cumpre salientar que há previsão no artigo 5º, LXXVIII do diploma constitucional que traduz como direito público subjetivo a duração razoável do processo, in verbis: “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Diante disso, a demora excessiva na emissão de documento capaz de autorizar a transferência de crédito para terceiros funciona como efetiva restrição à utilização desse direito, violando diretamente o disposto na Constituição acerca da duração razoável do processo.

### **Restrições impostas no âmbito estadual à transferência de crédito oriundo das demais operações**

Com base no disposto no artigo 25, §2º da LC 87/96, o legislador estadual entendeu ser livre para legislar sobre o direito de transferência de crédito acumulado de ICMS, exceto no caso de exportação. Diante disso, no âmbito dos Estados foram promovidos regulamentos de ICMS que cerceiam o direito de transferência supracitado do contribuinte, estabelecendo inúmeras condições capazes de inviabilizar o real escoamento do crédito acumulado de ICMS. Algumas dessas restrições são as mesmas impostas à transferência de crédito de ICMS acumulado na exportação, como visto no item anterior. Entretanto, baseado no entendimento do legislador estadual acerca da possibilidade de restringir o aproveitamento de crédito, foram instituídas muitas outras restrições ao exercício desse direito.

A lei complementar que regula o ICMS afirma que a lei estadual poderá permitir a transferência, o que leva a crer que a referida transferência fica limitada à boa vontade e anuência do legislador estadual, ao menos esse é entendimento aplicado pelas Fazendas Públicas Estaduais.

De outro norte, acerca do artigo 25, §2º da LC 87/96 há brilhante constatação:

(...) o seu enunciado diz facultar à lei estadual autorizar a transferência dos créditos a estabelecimentos da mesma empresa situados no Estado ou a outros contribuintes também da mesma Federada. (...), mas dessa leitura não se extrai a conclusão de que a lei estadual pode impedir o aproveitamento dos créditos do imposto. Não. Os seus poderes se circunscrevem apenas a regular a forma e as condições de transferência de modo a não borrar ou obstar o princípio da incumulatividade. (ARZUA, 1997, p. 21)

Isto posto cumpre ressaltar que o alcance da não cumulatividade, instituído pela Constituição não pode ser limitado por lei hierarquicamente inferior, visto que a Constituição apenas permitiu à legislação complementar a regulamentação da sistemática de compensação como ferramenta viabilizadora do direito da não cumulatividade. Compartilha do mesmo entendimento Melo (2009,p.190), vejamos:

(...) a circunstância de a CF-88 (art. 155, XII, c) haver estabelecido que ‘cabe à lei complementar e disciplinar o regime de compensação do imposto’ não significa que este veículo normativo e muito menos a legislação ordinária possam deturpar, alterar ou restringir a sistemática não cumulativa, uma vez que deve ser preservado o modelo de índole constitucional.

Não bastasse o crédito acumulado ser fator prejudicial para o contribuinte, a dificuldade encontrada no seu escoamento promovida em grande parte pela legislação estadual agrava ainda mais a situação. Ademais, o número elevado de restrições impostas à transferência de crédito acumulado de ICMS oriundo de quaisquer operações que não a exportação, tem caráter ilegal, o que torna pior ainda o cenário em que tudo isso ocorre.

### Resultado do interesse fazendário na instituição de restrições

Diante de todo o exposto, e, após ter sido retratada a situação de crédito acumulado e as barreiras criadas pelos Estados membros no que se refere à utilização desse crédito, principalmente no que tange à transferência, tanto para estabelecimento do mesmo contribuinte quanto para terceiros, ficou demonstrada a incontestável violação ao mandamento constitucional da não cumulatividade e ao disposto LC 87/96, em relação aos créditos acumulados na exportação e a discutível violação do princípio da não cumulatividade referente ao crédito acumulado nas demais situações.

Ao que parece, as restrições ao direito de transferência de crédito acumulado de ICMS, instituídas pelos Estados membros, estão eivadas de ilegalidade e inconstitucionalidade, tendo por finalidade assegurar ao Estado uma maior arrecadação. Ocorre, todavia, que a arrecadação baseada nessas circunstâncias resulta em enriquecimento sem causa e ilegítimo aproveitado pelo Estado.

Desse entendimento partilha Accacio (2001, p.116), in verbis:

Quando, em virtude da legislação que o próprio Estado urdiu, um estabelecimento não pode utilizar-se do crédito relativo às entradas, rompe-se o princípio da não-cumulatividade e o Estado passa a receber mais do que efetivamente lhe era devido. Está-se aqui frente ao que, como dito no início, ousou chamar de ‘enriquecimento injusto do Estado’. E a medida desse enriquecimento é dada exatamente pelo montante de créditos não suscetíveis de utilização, da mesma forma que o dano dos contribuintes nessa situação vem expresso no valor do crédito que acumulam.

Nesse mesmo sentido, afirma Arzua (1997, p.23): “Em rigor, o ato de proibir a transferência ou sujeitá-la a crivo prévio da administração (...), redundando no enriquecimento sem causa (ilegítimo) do Estado. ”

Em vista do acima exposto, a conclusão sobre a questão levantada não pode ser outra se não a de que o legislador estadual visa restringir ao máximo o direito a transferência de crédito acumulado de ICMS com o intuito de promover maior arrecadação, tendo em vista que o crédito tem o prazo prescricional para ser utilizado, qual seja o de 5 (cinco) anos, nos termos do artigo 23, parágrafo único da LC 87/96 e se isso não ocorrer, jamais poderá ser compensado. Em termos práticos, significa que foi recolhido ao fisco montante maior do que o efetivamente devido a título de ICMS, de sorte que, restando inviabilizada a possibilidade de utilização do crédito, o Estado auferirá um enriquecimento sem causa.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste artigo, foram abordados vários temas acerca do ICMS, desde a sua origem até as restrições promovidas pela legislação estadual referente à transferência de crédito acumulado do mesmo, bem como foram conceituados vários institutos fundamentais para o correto entendimento deste trabalho.

Diante disso, cumpre destacar a vantagem trazida pelo emprego do ICMS do modo como é aplicado no Sistema Tributário brasileiro, isto é, de forma não cumulativa, buscando onerar somente o consumo. Esta forma, do ponto de vista fazendário auferiu vantagem no aspecto arrecadatório e fiscalizador, este último mais acentuadamente no que tange à substituição tributária no ICMS, a qual não foi tratada na presente monografia. Do ponto de vista do consumidor, visto ser este quem arca com o ônus do imposto, houve mais acessibilidade, pois a não cumulatividade permite a aplicação de um preço final mais baixo. No tocante ao contribuinte direto, a não cumulatividade possibilitou a desoneração de produção.

Em que pesem as vantagens trazidas, a sistemática empregada acerca do ICMS tem seu lado negativo, visto que aumenta o grau de complexidade da administração dos impostos, deixa aberta a possibilidade de haver fraude, além de exigir regulamentação rica em detalhes, fato que dá ensejo ao abuso estatal. Tal abuso é praticado em meio à necessidade de regulamentação por parte dos Estados, visto que são os entes federativos que possuem competência para dispor sobre o ICMS, utilizando essa necessidade como meio de traçar diretrizes contrárias à Constituição e a legislação hierarquicamente superior. Alguns desses abusos foram alvos de crítica neste artigo, como as restrições impostas à utilização de crédito acumulado de ICMS, que resulta no enriquecimento ilegítimo estatal e na diminuição indireta de investimentos, bem como na diminuição da competitividade referente às empresas que concentram suas operações nas situações que geram crédito acumulado.

Diante dessa situação cabe-nos refletir sobre a divisão de competências tributárias, pois os abusos e o desrespeito à Constituição e a legislação infraconstitucional de cunho federal é corriqueira, tanto no âmbito estadual quanto municipal, onde ambos se aproveitam da competência que lhes foi destinada para legislar unicamente em seu favor, cometendo abusos e causando danos ao contribuinte. As restrições à utilização de crédito de ICMS são apenas um exemplo disso.

Seguindo essa linha de pensamento, uma hipótese de solução viável seria a implantação de um imposto mais semelhante ao IVA europeu, extinguindo o ICMS e o ISS, tornando-os de competência federal, com posterior repasse de uma porcentagem ou a totalidade do *quantum* arrecadado. Desta forma, o Sistema Tributário brasileiro conseguiria promover de forma mais eficiente a justiça fiscal, bem como acarretaria num cenário capaz de favorecer a competitividade econômica.

## REFERÊNCIAS

ACCACIO, Luis Fernando de Carvalho. A natureza Jurídica dos Créditos do ICMS – Breves Anotações. In: Valdir de Oliveira Rocha (coord.). Revista Dialética de Direito Tributário nº 75, São Paulo. Dialética, 2001, p. 116.

ALVES, Vinicius Jucá. O Antigo Problema dos Créditos de ICMS Acumulados por Exportadores e a Recente Decisão do STJ. In: Valdir de Oliveira Rocha (coord.). Revista Dialética de Direito Tributário nº 194, São Paulo. Dialética, 2011, p. 123.

\_\_\_\_\_. O Antigo Problema dos Créditos de ICMS Acumulados por Exportadores e a Recente Decisão do STJ. In: Valdir de Oliveira Rocha (coord.). Revista Dialética de Direito Tributário nº 194, São Paulo. Dialética, 2011.

ARZUA, Heron. Transferência de Créditos no ICMS. In: Valdir de Oliveira Rocha (coord.). Revista Dialética de Direito Tributário nº 17, São Paulo. Dialética, 1997, p. 23.

\_\_\_\_\_. Transferência de Créditos no ICMS. In: Valdir de Oliveira Rocha (coord.). Revista Dialética de Direito Tributário nº 17, São Paulo. Dialética, 1997.

BONILHA, Paulo Celso Bergstrom apud ACCACIO, Luiz Fernando de Carvalho. Direito à compensação de créditos no ICMS. In: Valdir de Oliveira Rocha (coord.). Revista Dialética de Direito Tributário nº 75, São Paulo. Dialética, 2001, p. 111.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 125.106/SP, 1994; Relator: Ministro Ilmar Galvão.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 598.677/RS, 2011; Relator: Ministro Dias Toffoli.

CARRAZA, Roque Antonio. ICMS. 10ª ed. São Paulo. Malheiros, 2005. p. 291.

COELHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. Direito à compensação de créditos no ICMS. In: Valdir de Oliveira Rocha (coord.). Revista Dialética de Direito Tributário nº 27, São Paulo. Dialética, 1997, p. 111.

\_\_\_\_\_. Direito à compensação de créditos no ICMS. In: Valdir de Oliveira Rocha (coord.). Revista Dialética de Direito Tributário nº 27, São Paulo. Dialética, 1997.

COELHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. ICMS -DIREITO AO CREDITAMENTO – Princípio da não cumulatividade. In: Valdir de Oliveira Rocha (coord.). Revista Dialética de Direito Tributário nº 102, São Paulo. Dialética, 2004.

COSTA, Alcides Jorge apud ACCACIO, Luiz Fernando de Carvalho. Direito à compensação de créditos no ICMS. In: Valdir de Oliveira Rocha (coord.). Revista Dialética de Direito Tributário nº 75, São Paulo. Dialética, 2001, p. 113.

Estrella, André. O Crédito Financeiro do ICMS – Artigo 20, § 1º, da Lei Complementar N° 87/96 – Bens de Uso, Consumo e Ativo Permanente e o seu Regime no IVA do Mercado Comum Europeu. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_46/Artigos/Art\\_andre.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_46/Artigos/Art_andre.htm)>. Acesso em: 29/09/2014.

FILHO, Luiz Dias Martins. The future of indirect taxation: recent trends in VAT and GST systems around the world – A global comparison. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Tributação Indireta no Direito Brasileiro*. São Paulo. Malheiros, 2013.

MACHADO, Hugo de Brito apud Estrella, André. O Crédito Financeiro do ICMS – Artigo 20, § 1º, da Lei Complementar N° 87/96 – Bens de Uso, Consumo e Ativo Permanente e o seu Regime no IVA do Mercado Comum Europeu. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_46/Artigos/Art\\_andre.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_46/Artigos/Art_andre.htm)>. Acesso em: 29/09/2014.

MELO, José Eduardo Soares de. *Direito Tributário Empresarial*. São Paulo. QuartierLatin, 2009, p. 190.

NUNES, Renato. Considerações acerca do Crédito de ICMS Acumulado na Exportação. In: Valdir de Oliveira Rocha (coord.). *Revista Dialética de Direito Tributário* n° 162, São Paulo. Dialética, 2009, p. 56.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Tributos Indiretos. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Tributação Indireta no Direito Brasileiro*. São Paulo. Malheiros, 2013.

RECURSO ESPECIAL N° 1.25.683 -MA (201/09635-8); Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, julgado em 21/06/2011.

MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio apud SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo apud Estrella, André. O Crédito Financeiro do ICMS – Artigo 20, § 1º, da Lei Complementar N° 87/96 – Bens de Uso, Consumo e Ativo Permanente e o seu Regime no IVA do Mercado Comum Europeu. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_46/Artigos/Art\\_andre.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_46/Artigos/Art_andre.htm)>. Acesso em: 29/09/2014.

ZANUTO, José Maria. Breves Considerações a Respeito do Direito a Transferência de Créditos do ICMS Decorrentes de Operações de Exportação de Mercadorias. In: Valdir de Oliveira Rocha (coord.). *Revista Dialética de Direito Tributário* n° 195, São Paulo. Dialética, 2011, p. 98.



## Obrigações contratuais durante a pandemia da COVID-19

### *Contractual obligations during the COVID-19 pandemic*

**Karen Kawane Aguiar Azevedo**

*Discente do 9º Período do Curso de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Uninorte.*

**Adriano dos Santos Iurconville**

*Advogado. Professor. Doutorando em Ciência Jurídica. Mestre em Direito. Especialista em direito Público.*

#### RESUMO

O presente estudo trata sobre as obrigações contratuais durante a pandemia da COVID-19. Em 11 de março de 2020, a associação Mundial da saúde declarou situação de pandemia causada pelo novo coronavírus, denominado SARS-CoV-2 (COVID-19). Houve uma desordem legal e financeira no campo do direito do consumidor: as atividades de vários fornecedores foram limitadas ou mesmo bloqueada. Judicialmente os contratos possuem grande valor no ordenamento brasileiro e são essenciais para o “trânsito” no mundo moderno. Os contratos sofreram abalos durante no momento de crise, de forma que lhe acarretaram-se importantes alterações em sua modalidade básica e naquelas consideradas como “especiais”. A Lei de Defesa do Consumidor foi criada com base em um novo entendimento que trouxe princípios importantes para a gestão das relações contratuais, requer parâmetros importantes para garantir que seu objetivo principal seja harmonizar as relações entre fornecedores e consumidores. Não há consenso doutrinário sobre a distinção entre caso fortuito ou de força maior porque os autores utilizam distintos critérios ou diversos referenciais teóricos para tanto.

**Palavras-chave:** COVID-19. obrigações contratuais. pandemia.

#### ABSTRACT

This study deals with contractual obligations during the COVID-19 pandemic. On March 11, 2020, the World Health Association declared a pandemic situation caused by the new coronavirus, called SARS-CoV-2 (COVID-19). There was legal and financial disarray in the field of consumer law: the activities of various suppliers were limited or even blocked. Judicially, contracts have great value in the Brazilian legal system and are essential for “transit” in the modern world. The contracts suffered shocks during the crisis, in a way that caused important alterations in their basic modality and in those considered as “special”. The Consumer Defense



Law was created based on a new understanding that brought important principles for the management of contractual relations, requires important parameters to ensure that its main objective is to harmonize relations between suppliers and consumers. There is no doctrinal consensus on the distinction between fortuitous event or force majeure because the authors use different criteria or different theoretical references for that.

**Keywords:** COVID-19. contractual obligations. pandemic.

## INTRODUÇÃO

Em 11 de março de 2020, a associação Mundial da saúde declarou situação de pandemia causada pelo novo coronavírus, denominado SARS-CoV-2 (COVID-19). O surto que começou na região de Wuhan, na China, se difundiu pelo mundo em pouco tempo.

Portanto, houve uma desordem legal e financeira no campo do direito do consumidor: as atividades de vários fornecedores foram limitadas (por exemplo, companhias aéreas) ou mesmo bloqueada (como organizadores), vários consumidores perderam a condição de cumprir suas obrigações contratuais ou de qualquer forma de modo que o objeto do contrato se tornou inútil.

Nesse sentido, a livre liquidação de contratos afetados pela pandemia não é um dado consistente de impacto financeiro significativo que os provedores sofreriam como resultado raro, e sim uma relação entre milhares de consumidores e um único fornecedor.

A fase de vulnerabilidade do consumidor e proteção garantida pela Lei de Defesa do Consumidor, obriga o consumidor a permanecer num contrato que não o satisfaz e não corresponde à realidade da legislação brasileira. Com isso, a doutrina passou a analisar o possível surgimento da responsabilidade civil nestes contratos de consumo, especialmente quanto a caso fortuito e força maior como a exclusão do nexo de causalidade.

Diante da presença de um imprevisto, algumas instituições implementaram quebras de contrato. O fornecedor seria responsável por uma quebra no nexo de causalidade causada por um caso fortuito externo, isentando-a de responsabilidade proteção do consumidor.

No entanto, o princípio de manter os acordos é questionável, e a aplicação de teorias de revisão que impediriam a não execução de contratos, revisando o contrato de acordo e um novo acordo entre as partes, deve levar tudo em consideração em conexão com a pandemia, para que a vontade das partes seja realizada. Através de um método dedutivo e partindo dos pressupostos gerais da legislação brasileira, o direito do consumidor, além dos enunciados doutrinários, o objetiva dar continuidade de um ponto de partida em particular, no que diz respeito à aplicação da responsabilidade civil aos contratos de consumo devido aos efeitos da pandemia do COVID-19 e à possibilidade de revisão desses acordos, para evitar o inadimplemento.

A partir de tais fatos durante a pandemia da COVID-19 o poder público a adotou medidas de urgência para enfrentar as consequências da pandemia calcadas em uma expressiva produção de Leis, Medidas Provisórias, Decretos e Portarias. Apesar de a Lei 14.010/20, que cria regime jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas de Direito Privado, regular efeitos da pandemia nos contratos, deixou-se de tratar dos impactos na

responsabilidade civil extracontratual em geral.

Judicialmente, os contratos possuem grande valor no ordenamento brasileiro e são essenciais para o “trânsito” no mundo moderno. Os contratos passaram por mudanças durante no momento de crise, de forma que lhe acarretaram-se importantes alterações em sua modalidade básica e naquelas consideradas como “especiais”.

É importante conhecer como os contratos surgiram no sistema jurídico brasileiro e, a partir desse conhecimento dessas informações, compreender o impacto da pandemia nas “relações contratuais” do Brasil e as mudanças advindas.

O presente estudo, portanto, tem por objetivo analisar as obrigações contratuais durante a pandemia da COVID-19, buscando entender qual a melhor posição a ser tomada nesses casos, contribuindo para ocasiões futuras semelhantes.

Durante a idade média, principalmente durante o renascimento ocorreu uma simplificação nos contratos e uma maior liberdade na ação dos contratos.

O objetivo do contrato no direito moderno é a de possibilitar a circulação de riquezas entre aqueles que a detêm, tendo em vista os seus interesses, ou seja, tem uma forte base individualista. Assim, o acordo servia para promover a troca econômica entre os indivíduos, fundamentando-se na autonomia da vontade.

O contrato é uma importante fonte de obrigação, pois existe múltiplas formas e inúmeras repercussões no mundo jurídico. Fonte de obrigação é o fato que lhe dá origem. Os fatos humanos que o Código Civil brasileiro considera geradores de obrigação são: a) os contratos; b) as declarações unilaterais da vontade; e c) os atos ilícitos, dolosos e culposos (GONÇALVES,2020).

Existem contratos regidos pelo Código Civil e existem contratos regidos pelo direito empresarial. O Código Civil Brasileiro é um Código de princípios, tão grande a sua presença na codificação vigente (TARTUCE, 2020).

Os princípios dos contratos pelo Código Civil podem estar expressos na norma, mas não necessariamente. Mencione-se o princípio da função social dos contratos, que é expresso no Código Civil (arts. 421 e 2.035, parágrafo único), mas implícito ao Código de Defesa do Consumidor e à CLT, normas que protegem o vulnerável da relação contratual. No caso da Lei 8.078/1990, a função social dos contratos pode ser retirada de vários dos seus dispositivos, caso dos arts. 46, 47, 51, 52, 53, entre outros (TARTUCE, 2020).

## OS PRINCÍPIOS DOS CONTRATOS DE CONSUMO

A Lei de Defesa do Consumidor foi criada com base em um novo entendimento que trouxe princípios importantes para a gestão das relações contratuais, requer parâmetros importantes para garantir que seu objetivo principal seja harmonizar as relações entre fornecedores e consumidores.

Essa nova teoria contratual, posteriormente incorporada ao Código Civil de 2002, trouxe novos limites à autonomia da vontade contratual, de modo que fosse assegurar

o cumprimento da sua missão social. A teoria geral dos contratos visa a segurança dos contratos, por isso exige regras entre as partes envolvidas.

A nova concepção do contrato no Brasil teve ganhado notoriedade com a na Constituição de 1988, do Código Civil Brasileiro de 2002, mas principalmente com a edição do Código de Defesa do Consumidor que, a partir de normas imperativas, instituiu o valor do equilíbrio nas relações contratuais (MARQUES,2006).

A aproximação principiológica entre Código de Defesa do Consumidor e Código Civil foi reconhecida no Enunciado nº 167 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em dezembro de 2004, *in verbis*:

Arts. 421 a 424: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.

É importante notar o adendo o art. 421, pois ele aproximou o Código Civil da concepção que já era trazida pelo Código de Defesa do Consumidor e sofreu alteração em 2019, com a Lei nº 13.874/19, fruto da Medida Provisória 881, de 30 de abril de 2019, conhecida como a Lei da Liberdade Econômica, passando a ter a seguinte redação:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Apesar da recente alteração legislativa do referido dispositivo e, em decorrência, um distanciamento entre contratos civis e consumeristas, à época do advento do Código Civil.

Dessa forma, depreende-se que os princípios consagrados pelo CDC são basilares para o estudo do Direito do Consumidor, sendo primordial sua observância para a compreensão das relações contratuais nesta seara. Assim, explica Tartuce (2019):

O estudo dos princípios consagrados pelo Código de Defesa do Consumidor é um dos pontos de partida para a compreensão do sistema adotado pela Lei Consumerista como norma protetiva dos vulneráveis negociais. Como é notório, a Lei 8.078/1990 adotou um sistema aberto de proteção, baseado em conceitos legais indeterminados e construções vagas, que possibilitam uma melhor adequação dos preceitos às circunstâncias do caso concreto.

Logo, o CDC prevê parâmetros a fim de reequilibrar as relações de consumo e, também de garantir o cumprimento da sua função social, até mesmo como manutenção da ordem econômica (art. 170, inciso V da Constituição Federal). Entre os diversos princípios trazidos pelo Código, merece destaque, neste momento, os princípios da boa-fé, da confiança e do equilíbrio contratual, acompanhados dos deveres anexos, como a cooperação e a lealdade.

Devido as mudanças nas relações contratuais de nossa sociedade, o Código de Defesa do Consumidor propôs a revitalização de um dos princípios gerais do direito conhecido desde o movimento do direito natural. É o princípio geral da boa-fé. Vale mencionar a sua nova interpretação e função norteadora no sistema de proteção ao consumidor, este novo “mandamento” é denominado de boa-fé objetiva. Ressalte-se que sua obrigatoriedade não

se restringe somente às relações de consumo, mas a todas as relações contratuais da sociedade moderna (MARQUES, 2000).

O princípio da boa-fé representa o âmago do direito contratual, pois pressupõe o dever de agir de forma honesta e leal. É, inclusive, cláusula geral, conforme se depreende do art. 422 do Código Civil: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Trata-se, então, da conduta esperada de um homem médio, ou seja, espera-se que aja com honestidade, lealdade e probidade. Se o ato é praticado contrariamente à boa-fé, ele será ilícito e, portanto, não reconhecido pelo ordenamento.

## CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

Caso fortuito e força maior se refere a tudo que está alheio ao comportamento e vontade das partes de maneira que ocorra sem interferência e que impeça o cumprimento de obrigações pactuadas anteriormente. Força maior é decorrente de forças físicas cujo obstáculo é inevitável (RODRIGUES JUNIOR, 2011).

Alguns doutrinadores relatam que o caso fortuito é inerente ao risco da atividade, afastando a escusa de se ressarcir prejuízos causados. O caso fortuito se caracteriza como evento totalmente imprevisível e a força maior como evento previsível, mas inevitável (TARTUCE, 2020). Enquanto a força maior é vista como o risco não intrínseco, sendo aquele que realmente impede o cumprimento da obrigação assumida.

Na prática a jurisprudência não tem feito uma relação clara sobre a distinção entre caso fortuito e força maior, unificando os institutos. Ambos são compreendidos como o evento que a inteligência e a força humana não poderiam prever e, que se previstos, não poderiam ser evitados. São excludentes de responsabilidade civil previstas no CC/2002, todavia. Nem todo caso fortuito é caso de força maior, todavia, qualquer força maior é fortuita (MAIA, 2012).

Há entendimento de que caso fortuito e força maior são conceitos que têm o mesmo significado e, para tanto, são empregados como excludentes da responsabilidade civil; todavia outros entendem que diferenciam os conceitos e entendem que caso fortuito é todo evento causal que surja no âmbito de risco de uma atividade, enquanto a força maior vem definida por aspectos anteriores da mesma (TADEU, 2007).

## CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR E A COVID-19

Com a pandemia do coronavírus surgiram inúmeras reflexões acerca das relações interpessoais. Iniciou-se um questionamento diante de uma nova realidade tornou necessária a adaptação e a alteração na ordem jurídica com o objetivo de solucionar as novas demandas da sociedade (GONÇALVES, 2021).

Em virtude dos efeitos causados pela pandemia do COVID-19, muitos empregos foram perdidos, muitas atividades econômicas encerradas, relegando parte da população à

pobreza, haverá a necessidade de que os conflitos sociais levados ao poder Judiciário que advierem destas situações sejam solucionados de modo que eventuais efeitos negativos das decisões não causem profundo impacto social, conduzindo ao agravamento da situação econômico-social do país.

Nesse sentido, o julgador deve

Assumir papel ativo na condução do processo, na busca incessante da pacificação dos conflitos sociais, atuando, sobremaneira, consciente na lide que antecedeu a formação do processo judicial e na que irá lhe suceder, aí considerando os anseios, vícios e virtudes sociais que conduziram as partes ao Poder Judiciário (SOUZA FILHO, 2012, p. 24).

O juiz, membro do Poder Judiciário, deve pautar a sua decisão no resultado prático e eficaz na resolução do conflito social, e não somente na mera afirmação de vencedor e vencido, pois, isto pode ocasionar o fomento da litigiosidade e desigualdade social, colidindo com um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil – a construção de uma sociedade livre, justa e solidária - previsto no art. 3º, I, da CRFB/88.

Para que o objetivo previsto no art. 3º, I, da CRFB/88 possa ser atingido, sob a perspectiva da função do Poder Judiciário, é preciso que as decisões sejam pautadas na fraternidade, o que enseja uma modificação de pensamento e consciência, de modo que não se solucione os conflitos sob a perspectiva dos interesses puramente individuais das partes, mas sim, vislumbrando os possíveis efeitos de sua decisão na coletividade, especialmente nos litígios envolvendo direitos obrigacionais, marcadamente caracterizados pela máxima de que o “contrato faz lei entre as partes”.

A COVID-19 trouxe efeitos significativos e podem se encaixar na definição de caso fortuito e de força maior, em razão que obviamente constituem evento externo, inevitável e imprevisível. O Código Civil dedicou o artigo 393 à regulação do impacto de fatos jurídicos *stricto sensu*, como pandemias, nas obrigações em geral.

Esse dispositivo legal, ao afastar a responsabilização pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou de força maior, consagra um dos conceitos fundamentais que irrigam do Direito das obrigações.

O artigo 393, caput, e seu parágrafo único, do Código Civil retrata:

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 impedi.

Enfatizando o conceito definido por lei, o caso fortuito ou a força maior refere-se àquele acontecimento que não há como evitá-lo e que não tenha nenhuma relação com o comportamento anterior dos contratantes, agindo com protagonismo na produção do evento danoso.

Portanto, caso o contrato tenha sido celebrado, de forma que a pandemia já impossibilitasse a concretização do acordo entabulado, estando as partes cientes da consequência desta circunstância, tal negócio jurídico será nulo.

Se tem uma circunstância que torne impossível o cumprimento do contrato e tenha ocorrido após a conclusão do contrato, aplicar-se-ia o princípio da impossibilidade do adimplemento, previsto no artigo 393 e seu parágrafo único do Código Civil Brasileiro.

Assim, em razão do caso fortuito causado pela pandemia da COVID-19, na hipótese em que a obrigação não possa ser cumprida nos exatos termos contratados, não será cabível a indenização por prejuízos causados a qualquer uma das partes.

Diante disso, observa-se que o caso fortuito não pode ser deliberadamente invocado como causa para a revisão ou a rescisão de um contrato válido, sem um motivo de ordem geral que o justifique, sendo imprescindível, portanto, que se verifique a sua repercussão na avença.

Os exemplos de caso fortuito são dos mais diversos, conforme as complexidades das relações humanas, podendo citar, com relação ao tema do presente artigo, a ocorrência da pandemia da COVID-19 que determine o fechamento de fronteiras, a quarentena forçada da população e a suspensão das atividades empresariais.

Como defesa, ao inadimplente cabe provar que o cumprimento da obrigação se tornou impossível ou inútil ao credor, em razão do fortuito, retornando-se as partes à situação anterior à conclusão do contrato, salvo se o devedor houver expressamente responsabilizado por tal fato, ou tal evento tenha ocorrido durante a sua mora.

Deve se salientar que, com o advento da Lei 14.010/2016, que trata do Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) em razão da pandemia do COVID-19, reforçou-se a ideia de que a força maior e o caso fortuito serão aplicados independentemente de um marco delimitado a priori, cabendo, portanto, aos Tribunais, na forma dos precedentes, fixarem as condições da sua aplicabilidade. Vale dizer, o projeto de lei que lhe deu origem, previa a data de 20 de março de 2020, para fixar objetivamente o início do surto do coronavírus.

O caso fortuito ou a força maior podem até ser previsíveis. A impossibilidade deve se referir aos efeitos do ato, caso esta impossibilidade se caracterize antes da conclusão do contrato, este será nulo; caso seja configurada depois, deverá ser regida pelos princípios que tratam da impossibilidade do adimplemento.

Por este ponto de vista, o próprio Código Civil no parágrafo único do art. 393 reconhece que “o caso fortuito, ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”, este é o caso em tela, a pandemia do COVID-19 é fato que não se pode evitar ou impedir, uma vez que está alheio a vontade das partes contratantes, por isso, cabe a interpretação da possibilidade de exoneração da parte devedora, por ora, de cumprir com a contraprestação, conforme ensinamento de Caio Mario da Silva Pereira (1996, p. 245):

Para que se ache exonerado, é indispensável que o obstáculo seja estranho ao seu poder, e a ele seja imposto pelo acontecimento natural ou pelo fato de terceiro, de modo a construir uma barreira intransponível à execução da obrigação. Mas não basta que à sua vontade ou à sua diligência se anteponha a força do evento extraordinário. Requer-se, ainda, que não haja meios de evitar ou de impedir os seus efeitos, e estes interfiram com a execução do obrigado.

Compreendendo estas consequências, para que sejam evitadas maiores discussões judiciais, os contratantes devem se pautar no bom senso que a situação exige, renegociando termos contratuais, especialmente prazos de pagamento, valores, penalidades, compreendendo que a função social do contrato deve garantir que princípios constitucionais como dignidade da pessoa humana e livre iniciativa sejam observados.

Não se pode considerar externo aquilo que acontece dentro da esfera pela qual a pessoa é responsável ou que acontece por sua própria atuação. Mais concretamente, a externalidade de um evento significa que se alguém for chamado a reparar um dano, a fim de se eximir de responsabilidade, pode alegar que não o provocou, não assumiu seus riscos ou que não estava presente na sua origem.

Um acontecimento é irresistível quando, não importa quais as medidas adotadas, nada podia ser feito para evitar as consequências danosas. Mas não basta que a providência necessária a evitar o prejuízo seja difícil, perigosa ou custosa, ela precisa ser absoluta e permanentemente impossível.

A imprevisibilidade é a impossibilidade antevisão do fato danoso. Ela é consubstanciada, no exato momento em que ocorre o fato, a partir dos critérios de anormalidade, raridade ou repentinidade (KROETZ, 2020).

Não há fatos totalmente imprevisíveis, mas improváveis, quando, ao se darem, reforçam à normalidade, são súbitos ou muito raros. É imprevisível o fato que não seria antecipado por uma pessoa diligente colocada nas mesmas circunstâncias.

A tríade externalidade, irresistibilidade e imprevisibilidade compõe os pilares da noção clássica de caso fortuito ou de força maior, mas estes requisitos dificilmente são observados simultaneamente nos casos concretos (LE MAGUERESSE, 2007). Daí uma constatação incômoda: o caso fortuito ou de força maior é uma causa teórica de exoneração da responsabilidade, cujos elementos constituintes dificilmente se mostram reunidos na prática.

Assim, doutrina e jurisprudência têm optado por flexibilizar a exigência de alguns dos elementos constituintes, aceitando fato normalmente imprevisível e irresistível para caracterizar o caso fortuito ou de força maior. Esta inflexão traz incertezas porque o critério é legado à apreciação subjetiva do juiz.

Note-se que o Código Civil brasileiro estatui que o caso fortuito ou de força maior se caracteriza essencialmente pela *inevitabilidade*. Assim, bem atentado o parágrafo único do artigo 393 do Código Civil — *O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir* —, percebe-se que o dispositivo faz referência somente à inevitabilidade, associando-a à irresistibilidade.

Quanto aos efeitos, há expressivas distinções entre caso fortuito ou de força maior nas distintas modalidades de responsabilidade civil. Fora do contrato a consequência do



caso fortuito ou de força maior é absorver todo o nexo causal e elidir a responsabilidade. Já na esfera contratual se, por um lado, o caso fortuito ou de força maior pode impedir a execução da prestação, por outro, só pode justificar o inadimplemento quando concretiza um risco que o devedor não havia assumido. Esses dois aspectos - impossibilidade de cumprimento e justificativa plausível - são estranhos às obrigações extracontratuais em que nenhum benefício estava previamente acordado.

Tradicionalmente se afirmava, com base nas lições de Arnaldo Medeiros da Fonseca, que *onde cessa a culpa começa o caso fortuito*. O autor exigia o atendimento a dois requisitos para que o fato se qualificasse como caso fortuito ou de força maior: (a) não imputabilidade do acontecimento ao devedor; e (b) impossibilidade de o devedor resistir ao evento extraordinário. Mas não basta que esteja configurado o caso fortuito ou de força maior para ensejar a isenção de responsabilidade (NORONHA,2003).

Além disso, é necessário que haja um liame de causalidade entre o evento alegado e a origem do dano, para que ele possa ser apto a afastar o nexo de causalidade entre a conduta do suposto responsável e o dano causado. O caso fortuito ou de força maior incide para evitar a configuração da responsabilidade. Se o caso fortuito ou de força maior exonera a responsabilidade, não é porque não há conduta lesiva, mas sim porque há o rompimento do nexo de causalidade entre esta conduta e o dano (CUCOLO, 2020).

Cada caso é único e requer uma análise dos critérios de configuração do caso fortuito ou de força maior e sua aptidão para afastar o nexo causal. Requer-se uma análise dos fatos e circunstâncias, mas também da atitude e do comportamento adotados pelas pessoas para justificar suas ações ou omissões em razão da pandemia.

## TEORIA DA IMPREVISÃO E AS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

A pandemia da COVID-19 ocasionou uma reação de prevenção em massa, não somente no Brasil, mas na grande maioria dos países espalhados pelos cinco continentes. A propagação do vírus se deu de forma tão rápida e seus efeitos se demonstraram tão graves, com o número de mortes aumentando por todo o mundo.

Houve impacto na vida social e econômica das pessoas, pois a rotina de trabalho, reuniões públicas, frequência de estudantes nas escolas mudou sem nenhum aviso prévio, devido ao isolamento social praticado pelo poder público como medida preventiva, excetuando-se apenas os serviços essenciais como serviços de saúde e segurança pública. A imprevisibilidade desse acontecimento é fato indiscutível, visto que a doença se propagou de forma súbita e inesperada. Portanto, não se trata de risco inerente à álea intrínseca a qualquer negócio jurídico.

A partir da pandemia COVID-19 o poder público começou a emitir em situação emergência e normas regulamentadoras para o trabalho e outras relações jurídicas durante a pandemia.

Segundo o entendimento jurídico fatos imprevisíveis referem-se aqueles que não estão intrinsecamente presentes como elementos rotineiros da execução do contrato ou

que se demonstram como risco inerente ao negócio jurídico. A teoria da imprevisão mostra que os contratos são resolúveis se fatos supervenientes, imprevisíveis e extraordinários acarretarem excessiva onerosidade a uma das partes, com extrema vantagem pela outra (NERY,2011). No Brasil, a aplicação da teoria está prevista, em especial, nos artigos 478 a 480 do Código Civil.

O fundamento da Teoria da Imprevisão e da Onerosidade Excessiva está, desse modo e nas precisas palavras de Nelson Rosevald, na necessidade de “atender ao princípio da justiça contratual, que impõe o equilíbrio das prestações nos contratos comutativos, a fim de que os benefícios de cada contratante sejam proporcionais aos seus sacrifícios (ROSENVALD,2013).

A pandemia da COVID-19 é um exemplo típico de doutrina sobre a necessidade de aplicação da Teoria da Imprevisão e da Onerosidade Excessiva aos contratos de prestação continuada vigentes nas relações civis, empresariais e, principalmente, financeiras.

O Poder Legislativo reconhece que a pandemia não foi prevista e nem esperada por ninguém, demandando medidas drásticas. Os efeitos no mercado financeiro, como inflação e variação cambial, decorrentes da pandemia, não podem passar batidos. Com todo o respeito ao projeto de lei, não há explicação lógica, financeira ou econômica para essa exclusão quando, amplamente, reconhece-se que estamos diante de uma situação imprevisível e sem precedentes no mundo.

Não há, portanto, como afastar a imprevisibilidade dos atuais acontecimentos decorrentes da pandemia pelo coronavírus, nem como deixar de considerar que as relações jurídicas serão inevitavelmente impactadas pelas consequências da pandemia que aflige o mundo.

A jurisprudência brasileira tem se mostrado relutante à revisão de contratos, com amparo em eventos econômicos locais, mas esse raciocínio, todavia, não se aplica à hipótese enfrentada decorrente da COVID-19. Como a pandemia é uma crise “sem precedentes”, é inviável, por definição, aplicar entendimento da jurisprudência a respeito de câmbio, inflação ou desvalorização da unidade monetária.

Durante a pandemia o Senado Federal aprovou em 03/04/2020 o Projeto de Lei 1.179/2020 com o objetivo de flexibilizar as relações jurídicas durante a pandemia de coronavírus. Pelo projeto de lei, as consequências decorrentes da pandemia da COVID-19 são consideradas como casos de força maior, motivo pelo qual a inadimplência não pode gerar ao devedor a imposição de penalidades pela inexecução contratual por se tratar de inadimplemento involuntário, retirando-se, então, a culpa do devedor pelo não cumprimento da obrigação, já que este não tinha como evitar ou impedir os efeitos dos acontecimentos.

No Código Civil o art.393 faz uma redação limitadora dos efeitos da imprevisibilidade, esclarecendo precisamente sobre os casos fortuitos e de força maior, sobre os contratos, dispondo que caso haja responsabilização expressa por parte do devedor, este responderá pelos prejuízos decorrentes do inadimplemento. A dúvida até o momento é se tem uma cláusula de proibição de revisão contratual a teoria da imprevisão será que ela pode aplicada aos contratos nesse momento de pandemia.

Pelo Código Civil no art.424 os contratos de adesão podem ter nulidade de cláusulas que impliquem a renúncia antecipada do aderente a direitos decorrentes do próprio negócio jurídico, ou seja, não se trata de superveniência de fatos imprevisíveis e sim de cláusula expressa acerca de possíveis direitos que surgem com a execução ou descumprimento do contrato aderido.

Pelo entendimento a cláusula de renúncia não surte efeitos contra a aplicabilidade da teoria da imprevisão, pois é nula desde a sua origem. Havendo, portanto, a superveniência de eventos imprevisíveis que impliquem na redução da capacidade econômica do obrigado, parece-nos que há a possibilidade da revisão ou resolução contratual, sem a implicação de culpa ao devedor pela inexecução contratual.

Referente aos contratos de aluguel, a cláusula de proibição de revisão porventura comutativamente impede a revisão contratual mesmo diante de fatos supervenientes e imprevisíveis, pois os contratantes, embora não preveem a especificidade do evento futuro, consideram que qualquer acontecimento seja incapaz de impactar a força obrigatória do contrato, impedindo sua revisão e extinção por força desses eventos. Assim acontece com os contratos de locação não residencial em que as partes pactuam a cláusula de não revisão contratual disposta no art.54-A, §1º da Lei 8.245/1991.

Com a aprovação do Projeto de Lei 1.179/2020, a especialidade da norma temporária ensejaria em um temperamento da cláusula de não revisão contratual nas avenças fundadas em locação não residencial, possibilitando a revisão contratual diante das consequências advindas da pandemia pelo coronavírus (COVID-19).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Devido a pandemia surgiram muitos desafios para a sociedade brasileira, e por consequência, ao seu âmbito jurídico. O Direito Brasileiro precisou se adaptar à nova realidade, com a adoção de um procedimento mais digital e informatizado, e, também, por meio da criação de novas normas que respondessem aos conflitos surgidos durante esse período de crise.

Os contratos necessitaram de uma adaptação para a nova realidade. Este pequeno estudo não pretende esgotar o debate, que é tempestuoso e profundo. Ele tem o propósito de convidar atenção à complexidade dos vários problemas, completamente multifacetados, causados pela pandemia contratos e títulos e sua ampla variedade emergências.

Complexidade e diversidade problemas não permitem a implementação de soluções simples, como efeito direto e irrefletido do art. seção 393 do Código Civil em muitos casos, independentemente de suas especificidades.

Tomar saídas fáceis só cria novos desequilíbrios e injustiças. Apesar de tudo o que foi dito, é necessário que as soluções tenham sucesso estudar com cuidado e atenção as nuances e peculiaridades de todas as obrigações e acordos, para buscar soluções equilibradas que respeitem as justas expectativas e distribuição das partes seus riscos definidos, sempre inspirados pelo bom senso.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, J. B. Manual do Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- Alvim, A. Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências, 5.<sup>a</sup> ed., S. Paulo, Saraiva, 1980, p. 314.
- ÂMBITO JURÍDICO. Pandemia do Novo Coronavírus: Uma situação de caso fortuito ou De Força Maior. Sítio eletrônico internet – Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/pandemia-do-novo-coronavirus-uma-situacao-de-caso-fortuito-ou-de-forca-maior/>. Acesso em: 20 de maio de 2023.
- AZEVEDO, Á. Vi.. Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil/ Álvaro Villaça Azevedo. – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2009.
- BARLETTA, F. R. A revisão contratual no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e a pandemia do Coronavírus (COVID-19). Revista de Direito do Consumidor. v. 129. Ano 29. p. 111-129. São Paulo: Ed. RT, 2020.
- BAUDRILLARD, J. A Sociedade do Consumo. Lisboa: Ed. Arte e Comunicação, 1995.
- BENJAMIN, A. H. V. O direito do consumidor. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 670, 1991.
- BENJAMIN, A. H. V. O Conceito Jurídico de Consumidor. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 628, 1988.
- BESSA, L. Fornecedor Equiparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BITENCOURT, J. O. S. O princípio da vulnerabilidade: Fundamento da Proteção Jurídica do Consumidor. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 7, n. 25, 2004.
- BITTAR, C. A. Direitos do consumidor: código de defesa do consumidor [Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990]. São Paulo: Forense Univ., 1991.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.
- BRASIL. Constituição Da República Federativa Do Brasil, Legislação Federal, Brasília, DF, 1988. Sítio eletrônico internet. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 de maio de 2023.
- BRASIL. Legislação Informatizada – Medida Provisória Nº 881, DE 30 DE ABRIL DE 2019 - Exposição de Motivos. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2019/medidaprovisoria-881-30-abril-2019-788037-exposicaodemotivos-157846-pe.html>. Acesso em: 21 de maio de 2023.
- BRASIL. Lei 14.010, 10 de junho de 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (COVID-19). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 de junho de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm). Acesso em: 21 de maio 2023

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 19 de maio 2023.

COEP Brasil. Linha do tempo do Coronavírus no Brasil. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <http://coepbrasil.org.br/covid-linha-do-tempo-do-coronavirus-no-brasil>. Acesso em: 20 maio 2023.

COGO, R. B. A Frustração do Fim do Contrato: O impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

CONJUR. COVID-19 e caso fortuito ou de força maior na responsabilidade civil extracontratual. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-29/direito-civil-atual-COVID-19-fortuito-responsabilidade-civil-extracontratual>. Acesso em: 20 maio 2023.

CUCOLO, E. Dados mostram a dimensão histórica do impacto da COVID-19 na economia. Folha de São Paulo, 11 jul. 2020.

FRAZÃO, A. Risco da empresa e caso fortuito externo. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 1, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/risco-da-empresa-e-caso-fortuito-externo/>. Acesso em: 20 maio 2023.

GONÇALVES, C. R. Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

JUSBRASIL. Consequências jurídicas da pandemia do coronavírus nas relações contratuais. Disponível em: <https://jennifersfdiniz.jusbrasil.com.br/artigos/1155792683/consequencias-juridicas-da-pandemia-do-coronavirus-nas-relacoes-contratuais>. Acesso em: 20 maio 2023.

KROETZ, M.C.A. COVID-19 e caso fortuito ou de força maior na responsabilidade civil extracontratual. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-29/direito-civil-atual-COVID-19-fortuito-responsabilidade-civil-extracontratual>. Acesso em: 07jun 2023.

LE MAGUERESSE, Y. Des comportements fautifs du créancier et de la victime en droit des obligations. Nouvelle édition [en ligne]. Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007 (généré le 09 juin 2020). Disponível em: <http://books.openedition.org/puam/1500>. Acesso em 05 junho 2023.

LÔBO, P. Direito Civil: obrigações. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAIA, A. F. S. A inclusão do caso fortuito e da força maior como excludentes de responsabilidade civil nas relações de consumo. *MERITUM: Revista de Direito da Universidade FUMEC*. Minas Gerais, v. 7, n. 1, p. 400-401. 2012.

MARQUES, C. L. Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: Revista Jurídica Editora Ltda., ano 47, n. 268, 2000.

MONTEIRO FILHO, C. E.; ROSENVALD, N.; DENSA, R. Coronavírus e Responsabilidade Civil: impactos contratuais e extracontratuais. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

NERY, R. A. Código civil comentado. 8ª ed., São Paulo: RT, 2011. p. 589.

NORONHA, F. Direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, C.E. E. O Coronavírus, a quebra antecipada não culposa dos contratos e a revisão contratual: o teste da vontade presumível. Disponível em [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/3904C2C4DAEF07\\_Coronaquebraantecipad ocontr.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/3904C2C4DAEF07_Coronaquebraantecipad ocontr.pdf). Acesso em: 20 maio 2023.

PEREIRA, C. M. S. Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações. Rev. e atual. Por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES JUNIOR, O. L.; MAMEDE, G; ROCHA, M. V. Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p. 235.

TADEU, S. A. Responsabilidade civil: nexos causal, causas de exoneração, culpa da vítima, força maior e concorrência de culpas. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 16, n. 64, p. 156, 2007.

TARTUCE, F. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. v. 2. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, F. Direito civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie. v. 3. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VENOSA, S. S. Direito civil: contratos / Sílvia de Salvo Venosa. – 20. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

## Lei Maria da Penha: medidas de efetividade durante a pandemia da COVID-19

### *Maria da Penha Law: effectiveness measures during the COVID-19 pandemic*

Almir Gallassi

Claudia Helena do Vale Pascoal Rodrigues

Stefani Renata Martyres Pagoti

#### RESUMO

O presente estudo trata-se de uma pesquisa de caráter bibliográfico, como base para o desenvolvimento do estudo, realizado através de análise de literatura em livros, artigos, periódicos, jornais e matérias online, com objetivo geral de apresentar as principais medidas para garantir a efetividade da lei Maria da Penha no combate à violência doméstica em período de isolamento social gerado pela pandemia da covid-19, fazendo uma análise de direito comparado dos institutos adotados pelo Brasil e pelo mundo e objetivos específicos de realizar um levantamento sobre o histórico da violência contra a mulher, identificar os instrumentos de amparo e os direitos fundamentais inerentes às mulheres, expor a relevância da Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha para a sociedade e os desafios enfrentados para aumentar sua efetividade e dispor sobre as particularidades que envolvem os crimes de violência doméstica.

**Palavras-chave:** violência doméstica. gênero. Lei Maria da Penha. efetividade. pandemia.

#### ABSTRACT

This study is a bibliographic research, as a basis for the development of the study, carried out through the analysis of literature in books, articles, periodicals, newspapers and online matters, with the general objective of presenting the main measures to ensure the effectiveness of the Maria da Penha law in combating domestic violence in a period of social isolation generated by the covid-19 pandemic, carrying out a comparative law analysis of the institutes adopted by Brazil and the world and specific objectives of conducting a survey on the history of violence against women, identify the instruments of support and the fundamental rights inherent to women, expose the relevance of Law nº 11.340/2006, known as the Maria da Penha Law for society and the challenges faced to increase its effecti-



veness and provide for the particularities that involve the crimes of domestic violence.

**Keywords:** domestic violence. genre. Maria da Penha Law. effectiveness. pandemic.

## INTRODUÇÃO

Ao longo das décadas muitos direitos sociais foram alcançados, entretanto, a mulher ainda se encontra em constante batalha para conquistar posição de igualdade na sociedade contemporânea. Ainda ocorre em nossa sociedade a perpetuação do estereótipo da mulher como mãe e cuidadora do lar e do homem como provedor e protetor da família.

A violência é um fenômeno social presente em nossa sociedade desde as épocas mais remotas, mas que está em constante mutação, pois a cada época, de acordo com os valores da sociedade, novas condutas vão sendo consideradas como formas de violência. A violência familiar está presente em diversos lares brasileiros e, para se estabelecer, não há distinção entre classe social, raça, etnia, escolaridade e gênero (FERNANDES, 2015, p.47).

Em 10 de outubro de 2020, a luta contra violência à mulher completou 40 anos. A data foi marcada como dia nacional da luta contra a violência após uma manifestação feita em 1980 por diversas mulheres que ocuparam as escadas do Teatro Municipal de São Paulo protestando contra o número de casos de violência contra a mulher. Entretanto, ainda hoje as mulheres se encontram em posição de desigualdade e ainda sofrem muitos tipos de violência que precisam ser combatidos.

A promulgação da Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, colocou em evidência o contexto de violência sofrido por diversas mulheres no Brasil, baseada na história de uma mulher vítima de agressões. A lei, apesar dos vários anos de sua promulgação, muitas vezes não possui a efetividade necessária.

Longe de alcançar a efetividade necessária, em 2020 ainda surge um novo desafio. Com o surgimento da pandemia da COVID-19 houve a necessidade de um isolamento social como maneira eficaz de conter a curva de contaminação do vírus. Entretanto, esse isolamento essencial para conter o avanço da pandemia gerou diversas consequências negativas em âmbito familiar. Mulheres que já sofriam com a violência passaram a conviver mais tempo com seus agressores. Os conflitos também foram agravados pela crise econômica e a saúde mental enfraquecida, que foram diretamente impactados pela pandemia.

O aumento exacerbado do número de casos no mundo inteiro e também a preocupação das autoridades com a subnotificação devido à dificuldade das mulheres em fazer a denúncia estando mais próximas dos seus agressores fizeram com que diversos países, inclusive o Brasil, adotassem estratégias para aumentar a eficácia dos mecanismos de proteção à mulher durante o período de isolamento social gerado pela pandemia.

Dessa forma, o estudo busca apresentar quais as medidas adotadas pelo Brasil para garantir maior efetividade da Lei Maria da Penha e fazer uma análise do direito comparado, buscando ideias inovadoras que podem ser adotadas pelo Brasil.



## A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PAPEL DA MULHER NA SOCIEDADE E A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

No Brasil colônia (1500 – 1822), as mulheres eram vistas exclusivamente para o casamento e para os afazeres domésticos, devendo total submissão ao homem e não tinham acesso aos estudos que eram destinados apenas aos homens. No âmbito legislativo havia as Ordenações Filipinas (que faziam parte das ordenações do reino) que tutelava a mulher como alguém não plenamente capaz.

Segundo Fernandes (2015, p.7) “os tipos penais relacionados à mulher protegiam sua religiosidade, posição social, castidade e sexualidade, com elevação da pena em razão da classe social dos envolvidos”. O estupro recebia a pena de morte ainda que a vítima resolvesse se casar com o agressor.

Já no Brasil império (1822 – 1889) houve o início da humanização do direito. No início do império, as mulheres passaram a ter acesso à educação, entretanto era diferente da ministrada aos meninos, pois era mais voltada a atividades do lar e restrita ao primeiro grau. Apenas em 1881 uma mulher frequentou pela primeira vez um curso de nível superior e formou-se em medicina.

A constituição do império (1924) garantia uma igualdade de direitos, entretanto essa igualdade ficava restrita ao texto constitucional, pois na prática a cidadania era exercida somente pelos homens. O código criminal do império de 1930 aboliu formalmente a norma que permitia o marido matar a mulher adúltera e incluiu como agravante a superioridade de sexo que impossibilitasse a defesa.

Durante o Brasil republicano, com a revolução industrial as mulheres adentraram ao mercado de trabalho, passando a cumular a função de esposa, mãe e trabalhadora.

O código civil de 1916 considerava a mulher casada como relativamente incapaz. Já o código eleitoral de 1932, após muita luta do movimento feminista, previu o direito das mulheres em votar, que após dois anos foi incluído também no texto constitucional de 1934, representando um grande marco histórico.

Durante a era Vargas, com a criação do Código Penal de 1940 a violência sexual passou a se enquadrar nos crimes contra os costumes.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º caput estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo. Apesar da igualdade entre homens e mulheres estar prevista expressamente na Constituição, ainda não é uma realidade. A partir da constituição cidadã a legislação começou a seguir o panorama constitucional prevendo medidas para que a igualdade material entre homens e mulheres seja efetivamente alcançada, deixando de ser apenas uma disposição legislativa.

Em 1997, a Lei nº 9.520 revogou expressamente o dispositivo que obrigava o consentimento do marido para que as mulheres casadas prestassem queixa.

No ano de 2004, a Lei nº 10.886 incluiu no código penal o crime de violência doméstica e definiu causa de aumento de pena (art. 129, §9º e §10º). Um ano depois, a Lei nº 11.106 conferiu nova redação a diversos artigos do código penal que remetiam a honra

da mulher. Ainda, houve a revogação de causa de extinção da punibilidade nos casos de casamento da vítima.

Já em 2006, houve a criação da Lei 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha, criando um mecanismo processual próprio para dar maior efetividade a proteção dos direitos das mulheres.

## LEI Nº 11.340/06 – A LEI “MARIA DA PENHA”

A constituição federal de 1988 preconiza que todos são iguais perante a lei, entretanto essa afirmação não se mostra suficiente para que as mulheres ocupem posição de igualdade em uma sociedade pautada em uma cultura machista em que a mulher, muitas vezes, é vista como um ser inferior que deve ser submissa ao homem, pois constitui sua propriedade. Dessa forma, percebemos que a violência contra a mulher é fruto de uma sociedade que estabelece relações assimétricas entre os sexos.

Ainda no texto constitucional (art. 226, § 8º) fica estabelecido o dever do Estado de assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, definindo meios para impedir a violência no âmbito de suas relações.

Paviani (2016, p. 8) ressalta o conceito de violência:

A origem do termo violência, do latim, “violentia”, expressa o ato de violar outrem ou de se violar. Além disso, o termo parece indicar algo fora do estado natural, algo ligado à força, ao ímpeto, ao comportamento deliberado que produz danos físicos tais como: ferimentos, tortura, morte ou danos psíquicos, que produz humilhações, ameaças, ofensas.

Dessa forma, a Lei Maria da Penha surge com o escopo de tutelar de maneira mais efetiva o direito das mulheres. O feminicídio é uma continuidade dessa tutela especial, considerando homicídio qualificado e hediondo a conduta de matar a mulher, valendo-se de sua condição de *sexo feminino* (NUCCI, 2020).

A promulgação da Lei Maria da Penha trouxe grandes benefícios às mulheres de todo o país, como as medidas integradas de proteção, as medidas protetivas de urgência, a atuação do Ministério Público, a agilização nos processos, entretanto é alvo de grande discussão, sendo considerada muitas vezes ineficaz, pois apesar de ter inovado dispendo sobre as medidas protetivas e a celeridade nos processos, esbarra em obstáculos como a falta de fiscalização do cumprimento dessas medidas e a falta de apoio multidisciplinar para que a mulher consiga se afastar efetivamente do agressor.

Menciona o art. 7º da referida lei que são formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: a) a violência física; b) a violência psicológica; c) a violência sexual; d) a violência patrimonial e; e) a violência moral.

Como violência física compreende-se condutas que lesem a integridade física e a saúde corporal.

Já a violência psicológica é aquela capaz de gerar danos emocionais e diminuição da autoestima (ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade,

ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir, etc.).

A violência sexual, é entendida como o constrangimento para manter, participar ou presenciar relação sexual não consentida, induzimento a utilização/comercialização da sexualidade, impedimento ao uso de qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição e limitação aos direitos sexuais e reprodutivos.

Violência patrimonial é a conduta de reter/subtrair/destituir objetos, documentos, valores, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

E por fim, a violência moral, considerada qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Em meio à pandemia causada pela covid-19 aumentou a importância de se ter uma legislação que proteja as mulheres, devido a adoção de medidas de isolamento social que, embora sejam necessárias para o combate à doença, acabaram por impor uma limitação à locomoção e um período maior de convivência entre a vítima e seu agressor, já que na maioria das vezes o agressor é o próprio marido, namorado ou companheiro.

De acordo com dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública apesar da diminuição das denúncias houve aumento do número de casos de violência doméstica, pois em função do isolamento muitas mulheres sentem maior dificuldade em realizar a denúncia (FBSP, 2020, p. 2).

Com o isolamento social gerado pela pandemia o universo online tornou-se tendência e deve se tornar tendência também para a elaboração de medidas protetivas mais efetivas.

A Lei nº 11.340, em seu art. 5º aduz que violência doméstica e familiar contra a mulher é qualquer ação/omissão fundamentada no gênero, que pode lhe acarretar morte, lesão sexual ou psicológica, sofrimento físico, e dano moral ou patrimonial no âmbito da: a) Unidade doméstica: lugar de convívio permanente de pessoas com ou sem vínculo familiar (inclusive as esporadicamente agregadas); b) Família: comunidade de pessoas que se consideram parentes, unidos por laços naturais, afinidade ou vontade expressa; c) Qualquer relação íntima de afeto: em que o agressor conviva/tenha convívio com a vítima, independente de coabitação.

Dessa forma, a Lei Maria da Penha não trata de qualquer violência contra a mulher, mas apenas aquela baseada no gênero. Bianchini (2018, p.34) estabelece que o gênero está relacionado aos papéis que representam na sociedade:

A violência de gênero envolve uma determinação social dos papéis masculino e feminino, atribuindo-se pesos com importâncias diferenciadas. No caso da nossa sociedade, os papéis masculinos são supervalorizados em detrimento dos femininos.

O parágrafo único do art. 5º ainda estabelece que as relações pessoais enunciadas no artigo independem de orientação sexual. Assim, a lei Maria da Penha tem sujeito passivo próprio, que é a mulher. Alguns tribunais já reconhecem que pode ser aplicada a mulheres homossexuais e transgêneros, desde que cumpridos os requisitos da Lei (violência baseada no gênero e ocorrida em âmbito doméstico, familiar ou em relação íntima de afeto). Nesse

sentido é o enunciado 46 do FONAVID (Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher):

A lei Maria da Penha se aplica às mulheres trans, independentemente de alteração registral do nome e de cirurgia de redesignação sexual, sempre que configuradas as hipóteses do artigo 5º, da Lei ° 11.340/2006.

Entretanto, apesar de haver precedentes, o tema ainda é controverso nos tribunais brasileiros. O projeto de lei n° 191, de 2017 que se encontra em tramitação aguardando a deliberação do plenário do Senado Federal amplia o alcance da norma e, com isso, pretende combater a violência contra pessoas que se identificam como integrantes do gênero feminino.

Enquanto não há deliberação a situação continua dividindo os tribunais. Os desembargadores da 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo negaram, por maioria de votos, o recurso impetrado por uma mulher transexual que pedia medida protetiva contra seu pai. O Ministério Público paulista (MP-SP) recorreu ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e há a possibilidade do julgamento se tornar jurisprudência inédita.

## A PERPETUAÇÃO DO CICLO DE VIOLÊNCIA

A sociedade ainda hoje carrega os estereótipos enraizados de forma estrutural de que o sexo feminino está relacionado à subordinação e o sexo masculino está ligado à dominação. Ao homem, em âmbito público, é reservado o papel de produtor no mercado de trabalho e a mulher, em âmbito privado, tem sua sexualidade aprisionada a função reprodutora, além de ter seu protagonismo definido no cuidado do lar e dos filhos (MENDES, 2019, p.92).

O crime de estupro, por exemplo, em sua redação original do Código Penal de 1940 estava inscrito no rol de crimes contra os costumes. O que se tutelava não era a liberdade, a honra e a dignidade da mulher, mas sim a honra do homem (pai, irmão ou marido) que era considerado como o proprietário daquele objeto, o corpo da mulher.

Muitas vezes, quando as mulheres vítimas de violência doméstica precisam dar o seu depoimento, não recebem um tratamento de forma “humanizada”, mas sim um atendimento que confere pouca ou nenhuma credibilidade à sua palavra. Esse ato de minimizar o sofrimento vivenciado pelas mulheres, frequentemente, faz com que ela silencie. A mulher que chega em uma delegacia para denunciar uma violência sofrida e se deparara com uma sala cheia de homens para dar seu depoimento pode se sentir ameaçada, acuada e com medo dos julgamentos. Ocorre também quando a equipe que a recebe é despreparada e ao receber sua denúncia julga seu comportamento, tentando utilizá-lo como justificativa para o ato de violência, descredibilizando sua conduta moral.

O processo de violência doméstica distingue-se dos demais por existir uma relação afetiva entre a vítima e o agressor. Dessa forma “o processo por violência doméstica contra mulheres tem uma particularidade que o distingue de todos os outros: em razão da relação dúplice que a vítima mantém com o agressor (de amor e ódio), na maioria dos casos não deseja a sua punição, mas simplesmente livrar-se da violência” (FERNANDES, 2015 p. 119).

Devido a essa particularidade, as mulheres mantêm-se por muito tempo em um relacionamento abusivo e marcado por episódios de violência, resolvendo denunciar quando a situação fica insuportável e muitas vezes com o risco de morte. O silêncio das vítimas faz com que o agressor mantenha sua conduta.

É necessário ter uma visão multidisciplinar do processo, pois o mesmo não possui como única finalidade aplicar a pena, mas sim oferecer proteção a vítima e romper com o ciclo de violência no qual está inserida. Nesse sentido, Fernandes (2015, p. 124) nos diz que: “No momento em que decide falar, quebrar o silêncio, a vítima tem de enfrentar seus próprios sentimentos, pressões familiares, medos e incertezas. E nem sempre é bem acolhida pelos órgãos públicos”.

Obviamente, não se pode divinizar a palavra da mulher vítima de violência em detrimento dos direitos do suposto agressor. Entretanto, sabendo-se que muitas vezes a palavra da vítima é a principal prova, é necessário que ela seja respeitada (e levada a sério).

Sobre o processo penal envolvendo a mulher vítima de violência, Mendes (2019, p. 97) leciona que:

É preciso que sejam efetivados instrumentos processuais de proteção ao valor probante da palavra da mulher vítima de uma agressão – como é a sexual – pelo mais do que conhecido contexto de depreciação que sofre pela ação da cultura patriarcal à qual o sistema de justiça criminal não está imune. Para tanto é necessário efetivar a garantia de que a mulher não seja submetida a expedientes vexatórios de julgamento moral – como é corriqueiro ver-se durante o processo penal, em especial durante a tomada de depoimento da ofendida – reconhecendo-se a ela o direito de depor de modo e em local especial, apartado da presença do réu e de qualquer outra pessoa ou circunstância que lhe possa gerar medo, constrangimento, vergonha ou autculpabilização.

Durante as audiências de instrução e julgamento é possível perceber a fragilidade da vítima, que por vezes fica assustada e também sente medo do julgamento moral conferido, independentemente da presença ou não do agressor. Dessa forma, Mendes (2019, p.114) expõe que:

É preciso, em particular, que advogados, advogadas, defensores ou defensoras públicas ou dativos compreendam, definitivamente, que é possível realizar a defesa do réu sem violar ainda mais a vítima. O exercício da atividade defensiva tem limites, e estes são dados pelo Texto Constitucional.

Cumprе ressaltar que a vítima não deve ser exposta a questionamentos vexatórios em que se sinta humilhada e nem a questionamentos sobre sua moral que não guardem relação com o esclarecimento dos fatos, ou seja, sua conduta moral não deve ser utilizada às vistas da cultura machista para desqualificar sua conduta e tentar “justificar” o comportamento do agressor.

Faz-se necessária a proteção da vítima durante todo o processo, evitando maior sofrimento psicológico, já que por muitas vezes durante o processo a vítima revive aquela situação que lhe causou dor e sofrimento, sofre com julgamentos de sua moral e ainda em alguns casos recebe a culpa pelo ocorrido.

E ainda, pode-se dizer que segundo Fernandes (2015) que o ciclo de violência compreende três fases: a tensão, a explosão e a lua de mel. Segundo o autor as fases vão se repetindo e se intensificando a cada ciclo.

Na fase da tensão o homem está nervoso e instável. Acusa a mulher de ser a responsável pelo seu comportamento, humilha, destrata e xinga. A mulher por sua vez se retrai e tenta não “irritar” o homem e ainda busca justificativas para o comportamento em fatores/problemas externos.

A segunda fase compreendida pela explosão acontece quando o homem perde completamente seu controle e começa a agredir, ameaçar, estuprar ou cometer outros delitos, que a cada ciclo vão ficando mais graves. A mulher sente medo e percebe sua fragilidade, sabe que não tem controle sobre o homem.

Por último, a fase da lua de mel ocorre após a explosão. O homem, com medo de ser abandonado se arrepende. Entretanto, esse arrependimento é momentâneo, mas a mulher iludida acredita na mudança do parceiro.

Desse contexto surge a necessidade de um apoio multidisciplinar. Sem esse apoio, na maioria das vezes a mulher não consegue se desvencilhar desse ciclo de violência que pode acabar resultando em um feminicídio.

Fernandes (2015) traduz os principais fatores que contribuem para o silêncio da vítima e a importância do atendimento multidisciplinar:

Entender a violência doméstica de forma multidisciplinar é imprescindível para assegurar a efetividade da Lei Maria da Penha. Os principais fatores que podem contribuir para o silêncio da vítima são: vergonha, crença na mudança do parceiro, inversão da culpa, descrédito na Justiça e medo de reviver os traumas [...] (FERNANDES, 2015, p. 127).

A mulher sente vergonha de expor sua intimidade perante a autoridade policial e também sente vergonha de ser vista pela família, amigos e colegas de trabalho como vítima de violência doméstica, pois nem ela mesma compreende as razões de ter se submetido a esse tipo de situação e sente-se envergonhada por isso. Além disso, a violência atinge mulheres de todas as classes sociais e quanto maior o nível social maior a dificuldade em denunciar pelo medo da exposição (FERNANDES, 2015, p. 127).

A crença na mudança do parceiro também é um fator relevante para que as mulheres continuem em silêncio. Como já apresentado, após a fase da explosão existe a fase da “lua de mel” em que o parceiro se arrepende e faz promessas de mudanças. Dessa forma, a vítima precisa ser devidamente orientada e acolhida pelos serviços públicos e a retratação da vítima não deve ser entendida como a solução do problema ou mesmo como se o fato não tivesse acontecido. (FERNANDES, 2015, p. 129).

Ainda, existe a inversão da culpa que:

No processo de dominação exercido pelo homem, o agressor introduz na vítima a sensação de que a conduta dela desencadeou a violência. A mulher, dominada, subjugada e com baixa autoestima, não se enxerga como vítima e toma para si a responsabilidade do ato agressivo (FERNANDES, 2015, p.129).

Em situações em que ocorre a inversão da culpa, a mulher acaba se sentindo a verdadeira culpada e seu depoimento além de fazer a retratação também inocenta o agressor assumindo a responsabilidade ou dizendo que a agressão foi reação a uma situação de descontrole sua (FERNANDES, 2015, p. 130).

A revitimização pelas autoridades decorre do atendimento precário oferecido rodeado de posturas inadequadas, ante a ausência de capacitação interdisciplinar para entender a complexidade do fenômeno da violência doméstica. Assim, tratam a vítima com desprezo minimizando sua situação de violência.

As mulheres também podem se calar pelo medo de reviver o trauma. A recordação pode trazer tanto sofrimento que as mulheres preferem fazer força para esquecer aquela situação e acabam se calando.

Nesse sentido, Fernandes (2015, p.196) ressalta:

A efetividade do processo criminal de violência doméstica e familiar exige uma releitura do processo, segundo as peculiaridades dessa forma de violência. Se assim não for, em razão do retorno ao silêncio, da ausência de testemunhas e da conduta em tese ilibada do agressor, o processo estará fadado ao fracasso na sua função primordial de modificar a realidade.

Assim, é de suma importância que o processo de violência doméstica, devido à sua peculiaridade, receba um olhar diferenciado do poder público, garantindo dessa maneira possibilidades realmente efetivas para que a mulher rompa o ciclo de violência.

## **POLÍTICAS PÚBLICAS DE DESTAQUE DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19**

### **Políticas públicas adotadas pelo Brasil**

A violência sofrida pelas mulheres compreende um amplo leque de agressões de caráter físico, patrimonial, psicológico, sexual e, por vezes, ocorrem em uma sequência que pode culminar no assassinato, manifestação mais grave da violência perpetrada contra mulher.

Seixas (2013, p. 8) leciona que:

A violência doméstica é o conjunto de formas de ação ou omissão que se exerce no lar, que causam lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, qualquer que seja a pessoa que a exerça ou sofra. É uma perigosa realidade, porque todos têm impulsos amorosos e agressivos e a família, que é a referência e deve nos proteger e ensinar a amar e como controlar a raiva e dar saída às pulsões internas com limites, ou seja, como nos socializar, faz exatamente ao contrário.

Em meio à pandemia causada pela covid-19 aumentou a importância de se ter uma legislação que proteja as mulheres, devido a adoção de medidas de isolamento social que, embora sejam necessárias para o combate à doença, acabaram por impor uma limitação à locomoção e um período maior de convivência entre a vítima e seu agressor, já que na maioria das vezes o agressor é o próprio marido, namorado ou companheiro.

Para a advogada Sandra Lia Bazzo, integrante do Comitê da América Latina e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), o isolamento social, imposto pela pandemia, acirrou relações que já eram desrespeitosas e desiguais entre pessoas do mesmo convívio. Para além disso, agregam-se os fatores psicológicos e econômicos, além da ansiedade, desemprego e insegurança financeira.

Em sete de julho de 2020, foi sancionada a Lei nº 14.022 que estabelece medidas de enfrentamento a violência doméstica e familiar contra a mulher e de enfrentamento à violência contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência durante a pandemia.

O atendimento às vítimas é definido como serviço essencial, não podendo sofrer interrupções enquanto durar a pandemia da covid-19. Para garantir o atendimento ágil, as denúncias deverão ser encaminhadas, no prazo de 48h, as autoridades competentes.

O texto legal exige que os órgãos de segurança criem canais com possibilidade de atendimento virtual interativo, com acesso por celulares e computadores. Ademais, também dispõe que o poder público deverá adotar as medidas necessárias garantindo a manutenção do atendimento presencial e, se não for possível, estabelece os casos em que o atendimento presencial será obrigatório, quais sejam: feminicídio; lesão corporal grave ou gravíssima; lesão corporal seguida de morte; ameaça praticada com uso de arma de fogo; estupro; crimes sexuais contra menores de 14 anos ou vulneráveis; descumprimento de medidas protetivas; e crimes contra adolescentes e idosos.

Não obstante, a lei admite que as medidas protetivas de urgência sejam solicitadas por meio de atendimento online e estabelece que as medidas protetivas que estão em vigência sejam automaticamente prorrogadas durante todo o período de calamidade causado pela pandemia.

Apesar de ter ocorrido uma diminuição nos registros de violência doméstica nas delegacias, a redução destes registros, no entanto, não aponta para a redução da violência contra meninas e mulheres. De acordo com dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) houve um aumento de 22,2% no número de feminicídios no período, saltando de 117 vítimas em março/abril de 2019 para 143 vítimas em março/abril de 2020 e os homicídios de mulheres tiveram incremento de 6%. O Ligue-180 aumentou em 34% as denúncias em março e abril de 2020 quando comparado com o mesmo período do ano passado (FBSP, 2020, p. 4).

O uso do botão do pânico é outra medida que se tornou importante aliada para prevenir a violência doméstica e familiar contra as mulheres e contribuir com a fiscalização do cumprimento de medidas protetivas.

O equipamento é distribuído para mulheres que estão sob medida protetiva e pode ser acionado caso o agressor não mantenha a distância mínima garantida. Assim que é acionado, o equipamento indica a localização exata da vítima. Os dados são enviados à Central de Monitoramento que imediatamente envia a Patrulha Maria da Penha ao local. O aparelho também inicia um sistema de gravação do áudio ambiente, que fica armazenado e poderá ser usado, judicialmente, contra o agressor. O uso do botão tem como objetivo inibir os agressores e encorajar as mulheres à voltarem às atividades rotineiras.

Preocupados com o aumento dos casos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) juntamente com a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) lançaram em junho de 2020 a campanha nacional “Sinal vermelho contra a violência doméstica”, visando ajudar as mulheres em situação de violência a pedirem ajuda nas farmácias de todo o país.



O protocolo é, de fato, simples: com um “X” vermelho na palma da mão, que pode ser feito com caneta ou mesmo um batom, a vítima sinaliza que está em situação de violência. Com o nome e endereço da mulher em mãos, os atendentes das farmácias e drogarias que aderirem à campanha deverão ligar, imediatamente, para o 190 e reportar a situação (CNJ, 2020).

A campanha é resultado da primeira ação prática desenvolvida pelo grupo de trabalho criado pelo CNJ, através da Portaria nº 70/2020, com o objetivo de elaborar estudos e ações emergenciais voltados a ajudar as vítimas de violência doméstica durante a fase do isolamento social. A ideia é uma forma de facilitar a denúncia silenciosa, já que muitas vezes com o agressor nas proximidades as mulheres se sentem ameaçadas e com medo de denunciar.

O lançamento da campanha ocorreu no canal do CNJ e da AMB no Youtube, contando com a participação do corregedor de Justiça do CNJ, do ministro da Justiça, de alguns juízes, e do ministro presidente do CNJ, todos reforçando o caráter inovador e humanitário da campanha, destacando a sua importância para facilitar a denúncia e demonstrando bastante esperança de que a campanha seja abraçada pela sociedade civil como uma forma de obter maior efetividade e salvar a vida de diversas mulheres, sendo exemplo em âmbito internacional.

O Ofício-Circular no 1/2020/DEV/SNPM/ MMFDH do Ministério Da Mulher, Da Família E Dos Direitos Humanos enviados as OPN's (Organismos de Política para Mulheres) estabeleceu algumas recomendações em relação a proteção das mulheres no contexto da pandemia, entre elas: manutenção dos serviços de atendimento, realização de campanhas de conscientização dos vizinhos e da sociedade civil em geral sobre a importância da denúncia ao presenciarem situações de violência, criação de comitês de enfrentamento, ampla divulgação dos meios de atendimento, disponibilização de materiais informativos em estabelecimentos comerciais, estabelecimentos de saúde e também em meio digital, entre outros.

O projeto de Lei nº 7181/2017 proveniente do Senado Federal, de autoria da senadora Gleisi Hoffman (PT-PR) tem como objetivo instituir o programa “Patrulha Maria da Penha” que consiste em visitas periódicas realizadas nas residências de mulheres vítimas de violência. O projeto visa acrescentar dispositivos à Lei Maria da Penha, incluindo no rol de mecanismos de proteção à mulher a “Patrulha Maria da Penha”, já que a mesma já existe em alguns estados. Dessa forma, a patrulha seria implementada em âmbito nacional. Atualmente a proposta foi aprovada pela Comissão de Segurança Pública da Câmara dos Deputados e aguarda parecer conclusivo da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). O projeto de lei também visa alterar a Lei nº 11.473, de 10 de maio de 2007, inserindo a proteção à mulher em situação de violência doméstica e familiar como atividade imprescindível à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

No estado do Acre a “Patrulha Maria da Penha” já existe e durante o isolamento social gerado pela pandemia, seguindo as normas de saúde, não entram nas casas, mas conversam com as mulheres na calçada. A rede de proteção às mulheres criada pelo estado também distribuiu panfletos com os dizeres: “Quarentena sem Violência – Não se Cale, Denuncie! ”. Nesse panfleto as mulheres receberam diversas orientações de como agir em

casos de violência durante o isolamento social.

No Piauí a patrulha também continuou funcionando e ainda passou a atender casos urgentes por telefone e WhatsApp (PLATAFORMA MULHER SEGURA).

A Central de Atendimento à Mulher Vítima de Violência (CEAM) do estado de Alagoas continuou seus serviços efetuando as rondas da patrulha Maria da Penha 24h e oferecendo atendimento psicológico online. A central conta com uma equipe multidisciplinar de assistente social, psicólogas e advogada.

Na Bahia a patrulha também continuou com as visitas, destacando a importância das mulheres se sentirem protegidas de maneira concreta. Foram criados protocolos de segurança para que as visitas preservem também a saúde das mulheres e dos policiais envolvidos.

No Rio Grande do Sul a brigada militar responsável pela patrulha Maria da Penha, visando atender o aumento da demanda durante a pandemia, aumentou de 46 para 84 o número de municípios atendido pela iniciativa. Foram realizadas diversas palestras para encorajar a denúncia, fazendo com que o ciclo de violência se rompa (SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

O Programa Mulher Segura (PROMUSE) criado pelo estado do Mato Grosso do Sul intensificou as visitas, que ocorrem na área urbana, rural e indígena e também reforçou a fiscalização das medidas protetivas de urgência.

Os estados brasileiros criaram delegacias virtuais para que as mulheres registrem boletins de ocorrência envolvendo violência doméstica. Apenas casos envolvendo feminicídios, lesão corporal e estupro possuem a obrigatoriedade de registro presencial.

Também houve aumento dos canais de atendimento por meio de aplicativos e mensagens, além da elaboração de cartilhas de instruções e diversas campanhas com o intuito de divulgar os meios de denúncia para que as vítimas saibam que o atendimento continua mesmo com o isolamento social.

O Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos em sua página na internet fornece diversas informações sobre os canais de denuncia que podem ser utilizados e como diferencial, divulga números de telefones para que as denúncias possam ser feitas de mais de 50 países além do Brasil. Dessa forma, brasileiras que estão em outros países e estão vivendo em situação de violência doméstica também podem pedir ajuda.

O IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) após análise das medidas tomadas durante a pandemia divulgou quadro de recomendações que se resume na ampliação do orçamento federal para a criação das políticas públicas de enfrentamento a violência, a garantia da continuidade dos serviços e de atendimento 24h e sete dias na semana, fomentação de novas modalidades de atendimento e prestação de serviços, desenvolvimento de alternativas para comunidades mais pobres e com maior dificuldade de acesso aos meios digitais, propagação de campanhas de prevenção e orientação das mulheres e também campanhas de orientação e incentivo aos vizinhos para que denunciem casos de violência, difusão do alcance de alguns dispositivos de segurança em caso de perigo iminente (por exemplo o botão do pânico), ampliação de abrigos para mulheres

vítimas de violência, adoção de medidas de proteção ao trabalho e compensação de renda, fomentação de estudos de dados e estatísticas sobre a violência doméstica durante a pandemia, celebração de parcerias entre entes públicos e privados visando a mitigação da violência, adoção de campanhas de conscientização sobre uso de álcool e drogas, preparação/ treinamento de atendentes em estabelecimentos comerciais para receberem denúncias e auxiliarem as mulheres prestando informações, dando apoio ou colocando-as em contato com as autoridades.

## Políticas públicas adotadas internacionalmente

A cultura machista, as desigualdades de gênero e a misoginia são fatores que explicam a violência contra as mulheres. Porém, com a pandemia da covid-19, esses fatores receberam algumas agravantes, pois com o isolamento social houve grande impacto econômico, aumento do estresse e demais efeitos emocionais, e maiores dificuldades em fazer a denúncia.

Segundo dados do IPEA (2020, p. 9), o Brasil não foi o único país a sofrer as consequências do isolamento social causado pela pandemia nos casos de violência doméstica. Países como China, Espanha, França, Colômbia e África também tiveram aumento significativo no número de denúncias registrados, comparados ao mesmo período no ano de 2019. Vejamos:

País	Aumento
China	Dobro
Espanha	47%
França	Paris 36% Resto do país 32%
Colômbia	163%
África	Dobro

Dessa forma, para amenizar a situação, ante o aumento exacerbado das denúncias envolvendo violência doméstica, os países apresentaram respostas envolvendo quatro eixos: I) manutenção, expansão e inovação dos serviços públicos de atendimento à mulher, caracterizando-os como essenciais; II) garantia de renda para mulheres; III) reforço de campanhas de conscientização sobre violência de gênero; e IV) parcerias com a sociedade civil.

Como forma de combater o aumento dos casos de violência doméstica durante a pandemia, segundo o disposto no jornal Alzajeera, o governo francês decidiu financiar hospedagem em hotéis para mulheres vítimas de violência que precisam afastar-se do agressor.

Também foi anunciada a criação de diversos centros de atendimento em lojas espalhados por todo o país, sendo possível que as mulheres busquem atendimento enquanto compram mantimentos, já que a circulação sofreu diversas restrições devido ao isolamento necessário para contenção da pandemia.

Preocupado com o alarmante aumento nos números de violência doméstica e com o intuito de responder ao aumento da demanda, o governo Frances também investiu um

milhão de euros extra (US \$ 1,1 milhão) em financiamento para organizações antiviolença doméstica.

A França apresentou também uma iniciativa semelhante ao que ocorreu na Espanha. Com o objetivo de incentivar/facilitar a denúncia, criou um mecanismo onde as mulheres solicitam uma “Máscara 19”, palavra-código que funciona como alerta para que o farmacêutico acione as autoridades. Dessa forma, durante a pandemia que o uso de máscara se tornou comum, ainda que estejam acompanhadas pelo parceiro agressor, o mesmo não desconfiaria e assim a mulher não estaria se colocando em risco ao denunciar (ALJAZEERA, 2020).

A Espanha anunciou a denúncia por meio de geolocalização, dessa forma a vítima pode fazer denúncia por escrito pelo WhatsApp e a polícia utiliza a geolocalização para enviar ajuda.

Também foi informado pelo governo a criação de um serviço de apoio psicológico para vítimas de violência através da internet, para as mulheres que devido a pandemia não se sentem seguras em ter um atendimento psicológico presencial (UOL, 2020).

Ainda, como forma de proteger a vítima para que ela se sinta segura ao denunciar, foi criado um site de atendimento online, onde a vítima conversa com policiais pelo chat e caso se sinta em perigo pela chegada do agressor existe um botão de emergência que o site é fechado rapidamente e as mensagens anteriores apagadas.

Logo ao acessar o site, a mulher recebe as seguintes informações:

Para poder navegar pelos conteúdos deste site com mais tranquilidade, tenha em conta o seguinte ...

**Opção "SAÍDA RÁPIDA":** Você terá um botão sempre acessível na tela.

**Ao abrir um PDF, nunca dê para salvar ou salvar como, apenas para abri-lo.** Caso precise sair rapidamente, feche a janela do PDF e, na janela subsequente, clique no botão SAIR RÁPIDO.

**Limpe seu histórico de navegação** para não deixar rastros após informá-lo.

**Use o modo de navegação anônima ou privada**, se não quiser que seu navegador controle os sites que você visita e o conteúdo que você baixa.

[Entrar](#)

Mais informações, em [Informações sobre segurança tecnológica](#)

Durante toda a navegação, o botão “saia rapidamente” fica disponível assim como na imagem abaixo.



O governo de Portugal ampliou os canais de atendimento à distância e lançou a Campanha #SegurançaEmisolamento em todos os meios de comunicação reforçando quais os canais em que a vítima de violência poderia pedir ajuda. Também foi criado um e-mail de emergência e um serviço de mensagens curtas por SMS para que as vítimas façam a denúncia por mensagem de texto, quando não podem falar por ligação (GABINETE DA SECRETARIA DE ESTADO PARA A CIDADANIA E A IGUALDADE, 2020).

Também foram criadas mais duas estruturas temporárias com capacidade para 100 pessoas, para acolhimento de emergência diante a pandemia.

Na Argentina, o atendimento telefônico das mulheres vítimas de violência foi considerado como um serviço indispensável durante a pandemia. Os canais de atendimento foram reforçados, houve a criação de um e-mail de atendimento, muitas campanhas foram realizadas para aumentar a divulgação dos meios de atendimento à mulher e também foi incentivado o uso de um aplicativo gratuito que presta suporte em situações de violência.

Houve a criação de uma linha de atendimento via WhatsApp para denúncias através de mensagens de texto para quem não pode denunciar por ligação.

Por meio de resolução, o ministro Gómez Alcorta estabeleceu situações em que a mulher vítima de violência de gênero pode ser dispensada do cumprimento das medidas de isolamento.

Foram disponibilizados locais para que as mulheres vítimas de violência extrema que tiveram que deixar seus lares durante o isolamento se hospedassem.

O Ministério da Justiça e Direitos Humanos da Nação em parceria com o Ministério da Segurança da Nação, o Ministério Público da Nação e o Ministério Público da Defesa da Nação criaram novo protocolo que garante o acesso à justiça no cenário de isolamento social. Este protocolo inclui um manual de instruções para os policiais e um formulário de reclamação.

As medidas de proteção judiciais que teriam seu prazo expirado durante a pandemia foram estendidas automaticamente.

A campanha #CuarentenaEnRedes foi lançada com o objetivo de sensibilizar as pessoas sobre a importância da empatia, com a mensagem de que se a pessoa conhece alguém em situação de violência pode ajudar dando seu apoio e prestando informações sobre os canais de atendimento.

O Ministério das Mulheres, Gêneros e Diversidades também foi responsável pelo lançamento da campanha “Barbijo Rojo”, traduzido para o português como máscara vermelha. Nessa campanha, quando os atendentes de farmácias ouvem a mulher pedindo a máscara vermelha, devem seguir os protocolos para ajudá-la, pois o pedido é um código para denunciar uma situação de violência.

## **A IMPORTÂNCIA DO TREINAMENTO DAS AUTORIDADES POLICIAIS BASEADA NA ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS**

O jornal Sixth Tone relatou em sua página o caso de uma mulher Chinesa, moradora da cidade de Shenzhen que publicou na plataforma Weibo (conhecida como o Twitter chinês) a gravação de uma conversa com um policial que a orientada a esquecer a investigação, pois caso contrário arruinaria a vida do agressor que tem um trabalho muito bom. O policial ainda aparece dizendo que a mulher não deveria acreditar nas ameaças de morte feitas pelo agressor quando ele estava bêbado. Após a repercussão do caso, a polícia informou que o agressor seria detido e que o policial seria instruído (SIXTH TONE, 2020).

Nesse caso, percebe-se o quanto é importante que a mulher tenha apoio em toda a rede de atendimento. Muitas vezes, atitudes como a desse policial desencorajam que muitas mulheres denunciem.

Infelizmente, sabe-se que esse não é um caso isolado, muitas mulheres vivenciam situações como essa no Brasil e no mundo quando procuram atendimento.

No Brasil, dia 25 de maio de 2021, a Polícia Militar de Andradina-SP recebeu um chamado em seu contato de emergência pedindo uma pizza. Percebendo a insistência, o policial logo entendeu que o caso não se tratava de um trote, mas sim de um pedido de socorro disfarçado.

Veja a transcrição da ligação:

Atendente: “Polícia Militar, emergência. ”

Vítima: “Boa noite, tem como vocês entregarem uma pizza, fazendo o favor? ”

Atendente: “A senhora está ligando para a Polícia Militar. ”

Vítima: “Eu sei. Andradina. ”

Atendente: “Qual o seu nome? ”

Vítima: “Não.”

Atendente: “Tem alguém armado aí? Faca? ”

Vítima: “Mais ou menos. Traz uma pizza de pepperoni.”

Atendente: “Você precisa de socorro médico ou não?”

Vítima: “Não.”

Atendente: “Ok, foi cadastrada a ocorrência.”

Vítima: “Obrigada.”

Atendente: “Disponha.” (G1, 2021).

Percebe-se que nesse caso o treinamento do policial foi essencial para que ele percebesse que a vítima estava em situação de perigo. As mulheres vítimas de violência possuem muita dificuldade em efetuar o chamado, pois na maioria das vezes o agressor está por perto e se forem ouvidas efetuando a denúncia correm ainda mais o risco de vida.

Devido a esse fator, também é de suma importância conscientizar a sociedade civil sobre a importância de denunciar quando presenciam situações suspeitas com seus vizinhos, parente e amigos. Muitas vezes as mulheres estão vivendo em um ambiente de constância violência e não conseguem fazer a denúncia por medo de serem ouvidas.

A maneira como a mulher é atendida determinará a coragem para prosseguir. Por isso, é de suma importância capacitar policiais e estruturar delegacias. As mulheres também devem ser informadas sobre seus direitos, as medidas protetivas e a rede de atendimento, como ferramenta para que ela colabore com a investigação e que o resultado seja efetivo.

## O FEMINICÍDIO COMO AVANÇO RELATIVO À EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO DE PROTEÇÃO A MULHER

Constitucionalmente, todos são iguais perante a lei. Entretanto, essa afirmação nunca foi o bastante para evitar que mulheres sofressem diversos tipos de agressões físicas e psicológicas dentro de seus próprios lares.

Nesse contexto, em 2006, surgiu a Lei Maria da Penha contendo normas com o intuito de tutelar, de maneira mais eficiente, a condição do sexo feminino, em particular nos relacionamentos domésticos e familiares.

Após alguns anos, em 2015, a Lei nº 13.104 alterou o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º, inciso I da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.

Nesse prisma, trata-se de uma qualificadora objetiva, pois se liga ao gênero da vítima: ser mulher.

Conforme cita NUCCI (2019) a qualificadora objetiva pode relacionar-se com circunstâncias objetivas:

Sendo objetiva, pode conviver com outras circunstâncias de cunho puramente subjetivo. Exemplificando, pode-se matar a mulher, no ambiente doméstico, por motivo fútil (em virtude de uma banal discussão entre marido e esposa), incidindo duas qualificadoras: ser mulher e haver motivo fútil. Essa é a real proteção à mulher, com

a inserção do feminicídio. [...] aliás, se for torpe, por exemplo, acrescenta-se a agravante (lesionou a mulher para receber o valor de um seguro qualquer, ilustrando). (NUCCI, 2019, p. 127)

Assim sendo, pune-se a lesão corporal contra a mulher, dentro do lar, como lesão qualificada (art. 129, § 9.º, CP), independentemente do motivo.

Ademais, a qualificadora sendo objetiva permite o homicídio privilegiado-qualificado. Vejamos o exemplo de Nucci (2019, p. 127):

O agente mata a mulher em virtude de violenta emoção seguida de injusta provocação da vítima. O companheiro surpreende a companheira tendo relações sexuais com o amante em seu lar, na frente dos filhos pequenos. Violentamente emocionado, elimina a vida da mulher porque é mais forte condição objetiva, mas o faz porque ela injustamente o provocou. Podem os jurados, levado o caso a julgamento, reconhecer tanto a qualificadora de crime contra a mulher quanto a causa de diminuição do § 1.º do art. 121.

No dicionário, a palavra “hediondo” está descrita como algo sórdido, depravado, que provoca grande indignação moral, causando horror e repulsa. A expressão é utilizada com frequência para os crimes que ferem a dignidade humana, causando grande comoção e reprovação da sociedade.

O enquadramento do feminicídio no rol dos crimes hediondos também trouxe grandes avanços, já que as penas dos crimes hediondos são mais severas já que a progressão de regime para pessoas condenadas nesse tipo de crime só pode ocorrer após o cumprimento de dois quintos da pena, quando réus primários, e de três quintos, em caso de reincidentes, ainda que o STF tenha fixado a seguinte tese de repercussão geral: É inconstitucional a fixação ex lege, com base no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal, alegando que a aplicação de regime fechado para todos os crimes hediondos fere o princípio da individualização da pena.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando as medidas de efetividade adotadas pelo Brasil e pelo mundo podemos perceber que apesar das ações tomadas pelos estados brasileiros serem extremamente importantes, a maioria consistiu em adaptar os serviços já existentes aos protocolos de saúde e a ampliação da divulgação do atendimento mesmo durante o período de isolamento, poucos estados criaram medidas inovadoras para tentar aumentar a efetividade da lei.

Dessa forma, é importante que as políticas públicas sejam formuladas para atender à necessidade do Brasil em conter o aumento da violência doméstica. Devem ter aspecto misto de caráter preventivo e repressivo. Seja por meio de soluções inéditas ou por meio de projetos que busquem replicar iniciativas já realizadas em outros estados brasileiros ou até mesmo em outros países. A prioridade deve ser salvar vidas: vítimas da covid-19, mas também as vítimas de violência doméstica.

Ainda, cumpre ressaltar a importância do engajamento da sociedade civil e setores privados nesse combate à violência. Conscientizando a população em geral, tanto as mulheres vítimas de violência quanto o resto da população que, muitas vezes, podem ser



testemunhas de algum ato de violência, as políticas públicas terão maior efetividade. O treinamento de atendentes de estabelecimentos comerciais privados, entregadores dos correios e entregadores de *delivery* de comida para identificarem situações de violência ou até mesmo a criação de protocolos para denúncia de situações suspeitas também pode ter resultado positivo na efetividade.

Além desses profissionais particulares que poderiam começar a receber um treinamento adequado, não podemos nos esquecer do treinamento dos policiais, delegados e agentes de saúde que atuam de forma significativa no processo de identificação, denúncia e acolhimento da mulher. Uma boa atuação desses profissionais traz muitos reflexos positivos na efetividade da denúncia.

A escola, como transmissora de ensinamentos e valores, através de ações educativas poderia também corroborar para a diminuição do contexto de violência que vivemos em nosso país. Ensinando e instruindo as crianças desde bem pequenas podemos ter diversos reflexos positivos futuramente.

A pandemia foi responsável também por grande crise de desemprego. Assim, será necessário grande investimento na parte das políticas públicas voltadas ao empoderamento econômico feminino. A dependência financeira do parceiro contribui para que a mulher tenha mais dificuldade em denunciar e romper com o ciclo de violência.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA ALAGOAS. Rede de enfrentamento à violência contra a mulher segue ativa durante quarentena. Disponível em: <http://www.agenciaalagoas.al.gov.br/noticia/item/32743-rede-de-enfrentamento-a-violencia-contr-a-mulher-segue-ativa-durante-quarentena>. Acesso em: 18 set. 2021.

ALENCAR, Joana. *et al.* Políticas públicas e violência baseada no gênero durante a pandemia da covid-19: ações presentes, ausentes e recomendadas. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10100/1/NT\\_78\\_Disoc\\_Politic%20Publicas%20e%20Violencia%20Baseada%20no%20Genero%20Durante%20a%20Pandemia%20Da%20Covid\\_19.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10100/1/NT_78_Disoc_Politic%20Publicas%20e%20Violencia%20Baseada%20no%20Genero%20Durante%20a%20Pandemia%20Da%20Covid_19.pdf). Acesso em: 19 set. 2021.

ALGERI S., SOUZA. L. M. Violência contra crianças e adolescentes: um desafio no cotidiano da equipe de enfermagem. *Revista Latino Americana de Enfermagem*. V. 14, nº 4, 2016. P. 625 a 631.

ALJAZEERA. Com o aumento da violência doméstica no isolamento, a França deve financiar quartos de hotel. Disponível em: <https://www.aljazeera.com/news/2020/3/31/as-domestic-abuse-rises-in-lockdown-france-to-fund-hotel-rooms>. Acesso em: 18 set. 2021.

ARGENTINA. Medidas de gênero e diversidade no contexto da emergência sanitária. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/generos/medidas-en-materia-de-genero-y-diversidad-en-el-marco-de-la-emergencia-sanitaria>. Acesso em: 18 set. 2021.

BIANCHINI, Alice. *Coleção Saberes Monográficos – Lei Maria da Penha*. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Lei Maria Da Penha. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm). Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 14.022, de 7 de julho de 2020. Dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e de enfrentamento à violência contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência durante a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L14022.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14022.htm). Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. Violência doméstica e familiar contra a mulher: Ligue 180 e tudo o que você precisa saber. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/denuncie-violencia-contra-a-mulher/violencia-contra-a-mulher>. Acesso em: 19 set. 2021.

CALEGARI, Luiza. PGJ recorre de decisão que negou medida protetiva a mulher por ser trans. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-25/pgj-recorre-decisao-negou-medida-protetiva-mulher-trans>. Acesso em: 12 out. 2021.

CAPUCHINHO, Cristiane. Países europeus ampliam combate à violência doméstica em meio a coronavírus. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/03/23/paises-europeus-ampliam-combate-a-violencia-domestica-em-meio-a-coronavirus.htm>. Acesso em: 18 set. 2021.

CNJ. Sinal Vermelho: CNJ lança campanha de ajuda a vítimas de violência doméstica na pandemia. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sinal-vermelho-cnj-lanca-campanha-de-ajuda-a-vitimas-de-violencia-domestica-na-pandemia/>. Acesso em: 18 set. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão aprova a criação da “Patrulha Maria da Penha” para monitorar violência doméstica. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/802065-comissao-aprova-a-criacao-da-patrolha-maria-da-penha-para-monitorar-violencia-domestica/>. Acesso em: 18 set. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 7181/2017. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para instituir o programa Patrulha Maria da Penha, e a Lei nº 11.473, de 10 de maio de 2007, para inserir a proteção à mulher em situação de violência doméstica e familiar como atividade imprescindível à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2126315>. Acesso em: 18 set. 2021.

FACEBOOK. Patrulha Maria Da Penha – PMMA. Disponível em: <https://www.facebook.com/patrolhamariadapenha/>. Acesso em: 18 set. 2021.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. Lei Maria da Penha: O Processo Penal no Caminho da Efetividade. São Paulo: Atlas, 2015.

FONAVID. Enunciados. <https://www.amb.com.br/fonavid/enunciados.php>. Acesso em: 27 set. 2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Violência doméstica durante a pandemia de covid-19. 2. ed. Maio, 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/06/violencia-domestica-covid-19-ed02-v5.pdf>. Acesso em: 18 set. 2021.

G1. Ouça áudio de mulher que ligou para a PM e fingiu pedir pizza para denunciar violência doméstica. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-jose-do-rio-preto-aracatuba/noticia/2021/05/28/audio-mostra-pedido-de-socorro-de-mulher-que-ligou-para-a-pm-pedindo-pizza-ouca.ghtml>. Acesso em: 18 set. 2021.

GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA. Ronda Maria da Penha adota medidas e segue atendimento a assistidas. Disponível em: <http://www.mulheres.ba.gov.br/2020/03/2784/Ronda-Maria-da-Penha-adota-medidas-e-segue-atendimento-a-assistidas.html>. Acesso em: 18 set. 2021.

JESUS, D. D. Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei n. 11.340/2006. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KER, João. Aplicação da Lei Maria da Penha para mulheres trans divide tribunais. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/maria-da-penha-para-trans-divide-tribunais/>. Acesso em: 12 out. 2021.

LIMA, Luana. Estado articula ações de combate à violência contra as mulheres. Disponível em: <https://agencia.ac.gov.br/estado-articula-acoes-de-combate-a-violencia-contra-as-mulheres-no-contexto-da-covid-19/>. Acesso em: 18 set. 2021.

MENDES, Soraia da Rosa. Processo Penal Feminista. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MODENA, Maura Regina. Conceitos e formas de violência. Caxias do Sul: EducS, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OFÍCIO-CIRCULAR Nº 1 / 2020 / DEV / SNPM / MMFDH. Assunto: Recomendações em relação às ações de enfrentamento à violência contra meninas e mulheres no contexto da pandemia de COVID-19. Disponível em: [https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/marco/ministerio-recomenda-que-organismos-de-politicas-para-mulheres-nao-paralisem-atendimento/SEI\\_MDH1136114.pdf](https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/marco/ministerio-recomenda-que-organismos-de-politicas-para-mulheres-nao-paralisem-atendimento/SEI_MDH1136114.pdf). Acesso em: 18 set. 2021.

PEREIRA, Ana Cristina. Coronavírus: vítimas de violência doméstica já podem pedir ajuda por SMS. Disponível em: <https://www.publico.pt/2020/03/27/sociedade/noticia/coronavirus-vitimas-violencia-domestica-ja-podem-pedir-ajuda-sms-1909839>. Acesso em: 18 set. 2021.

PLATAFORMA MULHER SEGURA. Patrulha Maria da Penha do Piauí. Disponível em: <https://mulhersegura.org/preciso-de-ajuda/patrolha-maria-da-penha-do-piaui>. Acesso em: 18 set. 2021.

PÚBLICO. Covid-19: Governo cria novas estruturas de emergência para vítimas de violência doméstica. Disponível em: <https://www.publico.pt/2020/04/07/sociedade/noticia/covid19-governo-cria-novas-estruturas-emergencia-vitimas-violencia-domestica-1911291>. Acesso em: 18 set. 2021.

SCHUENGUE, Nathalia. Violência contra a mulher cresce durante pandemia de Covid-19. Disponível em: <https://pebmed.com.br/violencia-contra-a-mulher-cresce-durante-pandemia-de-covid-19/>. Acesso em: 19 set. 2021.

SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA. BM aumenta de 46 para 84 os municípios atendidos por Patrulhas Maria da Penha. Disponível em: <https://ssp.rs.gov.br/bm-aumenta-de-46-para-84-os-municipios-atendidos-por-patrolhas-maria-da-penha>. Acesso em: 18 set. 2021.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 191, de 2017. Altera a redação do art. 2º da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha –, para assegurar à mulher as oportunidades e facilidades para viver sem violência, independentemente de sua identidade de gênero. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129598>. Acesso em: 12 out. 2021.

SENADONOTÍCIAS. Mulheres transgênero e transexuais poderão ter proteção da Lei Maria da Penha, aprova CCJ. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/22/mulheres-transgenero-e-transexuais-poderao-ter-protecao-da-lei-maria-da-penha-aprova-ccj>. Acesso em: 12 out. 2021.

SEIXAS, M. R. A., DIAS, M. L. A violência doméstica e a cultura da paz. 1. ed. São Paulo: Santos, 2013.

SILVA, Vitória Régia. Lei Maria da Penha completa 14 anos em meio ao crescimento da violência doméstica na pandemia. Disponível em: <https://www.generationnumero.media/lei-maria-da-penha-completa-14-anos-em-meio-ao-crescimento-da-violencia-domestica-na-pandemia/>. Acesso em: 08 out. 2020.

SIXTH TONE. Surgem casos de violência doméstica durante a pandemia de covid-19. Disponível em: <https://www.sixthtone.com/news/1005253/domestic-violence-cases-surge-during-covid-19-epidemic>. Acesso em: 18 set. 2021.

TENTE, Jaqueline Hahn. PROMUSE: PM intensifica ações de proteção às mulheres em situação de violência. Disponível em: <http://www.ms.gov.br/promuse-em-tempos-de-pandemia-pm-intensifica-acoes-de-protecao-as-vitimas-de-violencia/>. Acesso em: 18 set. 2021.

VIANA, Cleia. Projeto obriga sites de comércio eletrônico a disporem de botão para denúncias de violência doméstica. Junho, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/670613-projeto-obriga-sites-de-comercio-eletronico-a-disporem-de-botao-para-denuncias-de-violencia-domestica/>. Acesso em: 09 out. 2020.

## A importância de inserir a inteligência emocional no sistema carcerário brasileiro para a ressocialização dos presos

### *The importance of integrating emotional intelligence into the Brazilian penitentiary system for prisoner rehabilitation*

Lília de Sousa Nogueira Andrade  
Emanuela Vieira Gomes

#### RESUMO

Este estudo aborda sobre a importância da inteligência emocional na ressocialização dos presos. Assim, este estudo tem por objetivo discutir a contribuição da maturidade emocional e o poder da mente utilizando o método Coaching Integral Sistêmico desenvolvido por Paulo Vieira para a reinserção social dos presos. Para tanto, foi realizado um estudo bibliográfico acerca do assunto, discorrendo sobre a importância da Inteligência emocional, os desafios e possibilidades da reintegração social do preso, e sobre o projeto de Inteligência emocional ministrado por Paulo Vieira nas detenções do Brasil. Portanto, pode-se concluir que, a inteligência emocional torna-se uma importante ferramenta do desenvolvimento humano, especialmente na sua capacidade de conviver em sociedade, e de planejar conquistas totalmente alcançáveis a partir de da sua maturidade emocional. Nesse sentido, a inteligência emocional tem estreita relação com as mudanças sociais dos indivíduos em execução penal, para que possam ser reinseridos na sociedade de forma mais positiva e significativa.

**Palavras-chave:** execução penal. inteligência emocional. reintegração social.

#### ABSTRACT

This study addresses the importance of emotional intelligence in the rehabilitation of prisoners. Thus, the objective of this study is to discuss the contribution of emotional maturity and the power of the mind using the Integral Systemic Coaching method developed by Paulo Vieira for the social reintegration of prisoners. To achieve this, a bibliographic study was con-



ducted on the subject, discussing the importance of emotional intelligence, the challenges and possibilities of prisoner's social reintegration, and Paulo Vieira's emotional intelligence project implemented in Brazilian correctional facilities. Therefore, it can be concluded that emotional intelligence becomes an important tool for human development, especially in its capacity to coexist in society and to plan achievable achievements based on emotional maturity. In this sense, emotional intelligence has a close relationship with the social changes of individuals in penal execution, so that they can be reintegrated into society in a more positive and meaningful way.

**Keywords:** penal execution. emotional intelligence. social reintegration.

## INTRODUÇÃO

Conforme o pensamento de Megreya (2015), o nível de inteligência emocional de uma pessoa tem estreita relação com a capacidade de atingir o seu fracasso ou o seu sucesso. Para o autor, alguns estudos já comprovam que o baixo nível de inteligência emocional está diretamente relacionado com incapacidade de alcançar os objetivos almejados, tal como, os baixos níveis de inteligência emocional também têm relação com a violência, a falta de empatia, as agressões, uma vez que o indivíduo não é capaz de controlar os seus instintos.

Assim, quando se fala em inteligência emocional enquanto ferramenta de mudança de vida, é preciso considerar a real necessidade de se tratar desse assunto dentro do sistema de execução penal, uma vez que, é função social e legal das instituições prisionais promoverem atividades que corroborem para a reintegração do preso no convívio social, permitindo, portanto, trabalhar com os presos a capacidade de fortalecer o seu inteligência emocional, tendo em vista construir novas expectativas de vida.

Isto posto, este estudo parte do princípio da ação realizada pelo coach Paulo Vieira, idealizador do Método Coaching Integral Sistêmico- CIS, de fortalecimento do poder da mente que, em 2020 e 2021 realizou ações de fortalecimento da inteligência emocional em instituições prisionais localizadas em todo o país.

Portanto, tem como finalidade investigar a importância da inteligência emocional para a reintegração do preso no convívio social. O estudo é dividido em três partes, primeiro aborda sobre a importância da Inteligência emocional, na segunda parte discorre sobre os desafios e possibilidades da reintegração social do preso, e por fim, discorre sobre o projeto de Inteligência emocional ministrado por Paulo Vieira nas detenções do Brasil.

Quanto à natureza do estudo, a metodologia é do tipo bibliográfica, utilizando livros e artigos periódicos sobre inteligência emocional, e é também baseada no estudo do método Coaching Integral Sistêmico de Paulo Vieira, que dispõe de um conjunto de procedimentos para construção positiva da inteligência emocional. Parte, também, de uma abordagem qualitativa, tendo em vista que analisa e interpreta a aplicação da inteligência emocional nos sistemas prisionais. Por fim, o trabalho apresenta cunho exploratório, pois busca, discutir sobre a importância da Inteligência Emocional na reintegração social do preso.

## A IMPORTÂNCIA DA INTELIGÊNCIA EMOCIONAL

A inteligência emocional tem ganhado espaço significativo em todo território mundial, contudo, a compreensão da sua relevância ainda está muito aquém do que é devido. Para Goleman (2012), durante muito tempo os testes de Q.I eram utilizados como parâmetros para revelar aqueles que possuíam inteligência cognitiva, contudo, esses testes não eram capazes de apontar o quanto uma pessoa estava preparada para lidar com as adversidades da sua vida cotidiana, como os problemas pessoais, pressão no trabalho, doenças, perdas dentre outras situações que são comuns da vida humana.

Para Paulo Vieira (2021) a inteligência emocional é basicamente, a capacidade que o indivíduo tem de enxergar o mundo, a partir das percepções cognitivas, lógicas, racionais, juntamente das percepções emocionais e subjetivas de mundo.

Considerando o homem como ser dotado de inteligência, vontade e emoções, a inteligência emocional relaciona o domínio das emoções com a inteligência:

A inteligência emocional é caracterizada pela capacidade e habilidade de percepção e controle emocional de si e dos outros. Quando se alcança o nível de domínio das emoções com inteligência, o fluxo das mesmas se torna construtivo trazendo melhoras nos relacionamentos em todas as esferas: afetiva, conjugal, profissional e social. Aliar o desenvolvimento de competências cognitivas e emocionais é a melhor forma de promover seres humanos mais íntegros, menos discriminatórios, que são capazes de se compreender melhor a si e aos outros estando aptos para estabelecer relações mais positivas. (TELASKA; MINHO, 2022, p. 289)

Nesse sentido, a inteligência emocional, contribui para que o indivíduo seja capaz de refletir a respeito das áreas de sua vida, de planejar e executar ações que são importantes para a condição humana, bem como, estabelecer relações afetivas e sociais que resultem de forma significativa para o seu crescimento pessoal.

De acordo com Blount (2018) a maneira com que cada pessoa é capaz de gerenciar as suas ações, impacta significativamente a maneira com que as outras pessoas a enxerga. Nessa perspectiva, a partir do momento em que, se é capaz de desenvolver a inteligência emocional, adquire-se capacidade para responder as mais diversas situações do cotidiano, de forma mais madura, e assim, sustentar com maior eficiência a tomada de decisões. Goleman afirma:

À imprecisão do cérebro emocional nesses momentos acrescenta-se o fato de que muitas lembranças emocionais fortes datam dos primeiros anos de vida, na relação entre a criança e aqueles que cuidam dela. Isso se aplica sobretudo aos acontecimentos traumáticos, como surras ou total abandono. (GOLEMAN, 2011, p. 52)

Nesse pressuposto, é possível afirmar que, a inteligência emocional começa a se construir logo nos primeiros anos de vida, de modo que, as situações traumáticas vivenciadas na infância estão diretamente relacionadas com a capacidade de enfrentar as situações cotidianas da vida adulta, assim, cabe aos pais e cuidadores, encorajar as suas crianças e acima de tudo, tratar com respeito.

Durante muito tempo, esse assunto não tinha dada relevância, uma vez que, a inteligência só era vista, quando se tratava do saber cognitivo. Cuidar da inteligência emocional tornou-se assunto de vastas discussões, após se perceber que, a sociedade estava ficando emocionalmente adoecida, e que, as frustrações do dia a dia, comprometem

consideravelmente a maioria das pessoas. Nesse sentido, ao considerar que, o intelecto e o emocional precisam caminhar juntos, pode-se compreender que, ser inteligente é ser capaz de usar as emoções a favor do seu desenvolvimento social e pessoal.

Segundo Weinsinger (2001) a inteligência emocional é basicamente a utilização das emoções de forma coerente e planejada, ou seja, “é fazer intencionalmente com que as suas emoções trabalhem a seu favor, usando-as como uma ajuda para ditar seu comportamento e seu raciocínio de maneira a aperfeiçoar seus resultados” (WEISINGER, 2001 p.14).

Assim, para o autor, a inteligência emocional está diretamente relacionada com a capacidade de controlar os instintos, de usar das emoções não para ser manipulado, mas para manipular as situações a seu favor e para o seu crescimento. Nesse sentido, pode-se entender que, essa é uma área da vida humana que tem válida importância, tendo em vista que, a partir do poder da mente, e do controle das emoções é possível construir perspectivas positivas para atingir conquistas desejadas. Nesse sentido:

O controle das emoções pode trazer transformações significativas, tanto no ambiente profissional quanto familiar, uma vez que o indivíduo se torna mais consciente de suas responsabilidades sobre o bem-estar de si mesmo e de outros, usando as habilidades adquiridas para promover uma mudança cultural e social no meio em que vive e ou trabalha. (MOREIRA, 2017, 88)

Desse modo, é inegável a importância da inteligência emocional, principalmente para que seja possível promover uma sociedade mais otimista, mais justa, empática e igualitária. Isso implica em dizer que, quanto mais discutir sobre o controle da mente, a capacidade de acreditar e agir de forma pensada, mais é possível que se minimize os problemas emocionais que assolam a maioria das pessoas da atual conjuntura.

Para Goleman (2001) a Inteligência emocional tem relação com a capacidade de criar motivação para conseguir alcançar os objetivos, de traçar um caminho a seguir, e permanecer nele mesmo que surjam adversidades, se mantendo em bom estado de espírito, impedindo que a ansiedade interfira na sua capacidade de raciocinar, de confiar em si mesmo e nas outras pessoas.

## **DESAFIOS E POSSIBILIDADES DA REINTEGRAÇÃO SOCIAL DO PRESO**

De acordo com a Lei de Execução Penal, além de ter caráter retributivo, a sanção penal também deve ter como finalidade de “Reeducar”, e promover situações que corroborem com a “harmônica integração social do condenado ou do internado” (BRASIL, 1984)

A reabilitação social é uma finalidade do ordenamento jurídico, contudo, esse é um importante desafio, que muitas vezes não tem esse objetivo alcançado, pois existe uma grande preocupação em permitir que um infrator faça parte do convívio social, em virtude do medo que a população carrega das pessoas que cometem crimes. Essa finalidade está preconizada no 1º Artigo da Lei de Execução Penal, quando considera que a “Execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado (BRASIL, 1984) ”.



Embora o legislador tenha sido claro quando afirma que, a execução penal tem em vista promover condições de ressocialização social, a reabilitação dos presos no Brasil, ainda é algo muito abstrato. As condições das penitenciárias são extremamente precárias, na realidade, o preso na maioria das vezes é abandonado no sistema carcerário, sem que tenha participado de nenhuma ação que o faça acreditar no seu convívio na sociedade, falta assistência, higiene, sobra presos na mesma cela e maus tratos, é evidente que nessas condições é quase que impossível que possam sair na execução penal em condições de vida social. (MIRABETE, 2007)

Desse modo, é função das instituições penitenciárias promover ações que consistam na reabilitação do apenado, possibilitando condições que favoreçam a seu retorno ao convívio em sociedade. Nesse sentido, é necessário propor atividades em que visem o tratamento penal tendo em vista dar assistências materiais, de saúde, de natureza jurídica, educacional, psicológica, social, religiosa, ao trabalho e a profissionalização. Assim, é importante que, a instituição seja dotada de estrutura física e humana, para que possa entregar o preso para a sociedade apto a encontrar o seu caminho na sociedade. É o que dispõe Zacarias (2006, p. 61):

O trabalho é importante na conquista de valores morais e materiais, a instalação de cursos profissionalizantes possibilita a resolução de dois problemas, um cultural e outro profissional. Muda o cenário de que a grande maioria dos presos não possui formação e acabam por enveredar, por falta de opção, na criminalidade e facilitam a sua inserção no mercado de trabalho, uma vez cumprida a pena.

Isto posto, é importante que, a preparação para reabilitação dentro das penitenciárias ocorra a partir da profissionalização dos detentos, promover situações em que os mesmos possam se preparar para atuar no mercado de trabalho, para que possam preparar o seu psicológico para tomar novos rumos ao sair do sistema prisional, e criar expectativas que poderão lhe inserir na sociedade, isso implica em investir na não incidência dos crimes que foram cometidos, neste sentido:

O objetivo de toda reinserção é a reabilitação dos ex-infratores para a vida social e a conseqüente redução da reincidência. Quando o indivíduo sai da prisão e não encontra formas de se sustentar a probabilidade de reincidir é muito grande, então a busca de um novo ilícito é tentadora. Existem ações que dão resultados, são imediatas, logo nos primeiros dias de libertação, como a alimentação, moradia, higiene, locomoção, que se revelam crucial para evitar a reincidência e favorecer a recuperação do ex-detento. (SOARES, 2016, p.18)

Assim, é preciso que a reabilitação ocorra tendo em vista todas as áreas da vida do detento, ao mesmo tempo que, se pensar em promover a profissionalização, também os inserir em contextos de disciplina psicológica e emocional, aproximação de seus familiares, de modo que, o apenado possa refletir sobre os erros cometidos, e possa sair do sistema prisional uma pessoa melhor, com expectativas de mudanças.

## **O PROJETO DE INTELIGÊNCIA EMOCIONAL MINISTRADO POR PAULO VIEIRA NAS DETENÇÕES DO BRASIL**

As discussões a respeito da Inteligência Emocional e reintegração social do preso se entrelaçam quando, uma ação não governamental surge com o intuito de contribuir com a preparação do preso para o convívio em sociedade, a partir de uma das principais ferramentas humanas, a mente.

O CIS (Coaching Integral Sistêmico) é um método desenvolvido pela Federação Brasileira de Coaching Integral Sistêmico de Paulo Vieira que visa promover o desenvolvimento da inteligência emocional. Esse programa consiste em um conjunto de técnicas e abordagens que podem ser aplicadas em diferentes momentos da vida de uma pessoa. O objetivo principal do método é capacitar os indivíduos a assumirem o controle de suas vidas e a colocarem seus objetivos em prática. Por meio de ferramentas cientificamente embasadas, o método busca auxiliar na gestão tanto da razão quanto da emoção, com o propósito de superar obstáculos que possam impedir o indivíduo de estabelecer relacionamentos bem-sucedidos nos âmbitos social, profissional e familiar.

O método CIS considera a Inteligência Emocional como sendo uma forma inteligente de usar a mente para transformar todas as áreas da vida humana, em função das conquistas almejadas. Nessa perspectiva, Paulo Vieira decidiu por levar esse treinamento para dentro das penitenciárias, tendo em vista, favorecer a reintegração do preso, e contribuir para que, os mesmos possam construir perspectivas de vida positiva, a partir da inteligência emocional.

Em entrevista dada a Salomão (2021); Vieira (2021) afirmou que:

No treinamento, busca-se reformular a mentalidade daqueles que se veem como “marginais” para que optem por outra forma de viver. “Grande parte dos detentos têm uma mente ‘criminosa’, têm oportunidade de trabalhar, têm a oportunidade de não roubar, mas optam pelo crime porque pensam de maneira marginal e se sentem marginais”.

Nessa perspectiva, a ação visa justamente fazer com que, os detentos possam se imaginar dentro de outra realidade de vida, fora da criminalidade. Para isso, a primeira atividade é justamente mudar o pensamento de que ele deve permanecer cometendo crimes, por ser um caminho sem volta, e começar a internalizar um pensamento mais positivo a respeito do seu futuro fora da prisão. Portanto, parte-se do pressuposto de que: “É fácil compreender que nenhuma mudança intencional acontecerá sem, antes, haver a consciência dos resultados atuais e de como será o futuro se você continuar com os mesmos comportamentos.” (VIEIRA, 2017, p. 28)

Nesse sentido, conforme Salomão (2021), o método Cis foi levado para as penitenciárias em plena Pandemia de forma remota, justamente com a intenção de estimular os presidiários ter consciência dos erros cometidos, e dos desejos de não os repetir, para assim, construir uma nova consciência de futuro, tendo em vista participar de forma positiva da sociedade.

Tendo isto em vista, o Coach Paulo Vieira durante pandemia, conseguiu realizar treinamento com 3.727 detentos, em 82 unidades prisionais e 6.791 operadores de segurança. Todo o treinamento aconteceu de forma remota, o que fez com que o Método Cis conseguisse atingir um número maior de detentos, o que comprova que ações como esta, são totalmente possíveis e válidas, para que possa contribuir com a reinserção do preso de forma mais saudável e segura, tanto para ele, quanto para aqueles que convivem com o mesmo. (SALOMÃO, ONLINE, 2021)

Conforme Megreya, (2015) aquelas pessoas que possuem um nível baixo de inteligência emocional, são mais suscetíveis a se envolver em comportamentos perigosos,

de modo que, possam ter menos capacidade de desenvolver a empatia por outras pessoas, sendo capazes de tomar decisões de forma impensadas que comprometem a sua vida e a vida do outro.

Partindo desse pensamento, pode-se considerar que, promover um treinamento de inteligência emocional nas prisões, pode ser uma das importantes ferramentas para que, o apenado não cometa reincidência, pois, ele será capaz de refletir sobre os seus atos e manter maior empatia pelo o outro.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inteligência emocional é hoje uma das principais ferramentas para que seja possível transformar uma sociedade emocionalmente adoecida. Nesse sentido, ao longo desse estudo, pode-se compreender que, a inteligência emocional promove a capacidade de conseguir dominar as próprias emoções conduzindo a ações que visam alcançar uma vida mais satisfatória, feliz e realizada.

Nessa perspectiva, ao aliar o treinamento de inteligência emocional com a reintegração do preso ao convívio social, é possível promover ao apenado um treinamento de controle da mente, de reflexão acerca dos erros cometidos, e de criar novas perspectivas de vida. Fortalecer a inteligência emocional durante a execução penal consiste justamente em colaborar para que o detento possa construir o sentimento de empatia, solidariedade e treinar a sua mente para que ela deixe de ser uma mente criminoso, para ser uma mente que almeja conquistar um espaço na sociedade.

Portanto, pode-se concluir que, investir em inteligência emocional, principalmente com os detentos e/ou ex-detentos, contribui significativamente para que se possa reinserir esse indivíduo na sociedade com mais maturidade emocional, para a tomada de decisões, e para construir uma vida mais digna e com perspectivas positivas, de modo a se afastar das atividades criminosas.

## REFERÊNCIAS

BLOUNT, Jeb. Inteligência emocional em vendas. Como os supervendedores utilizam a inteligência emocional para fechar mais negócios. São Paulo, Editora Autêntica, 2018.

BRASIL. Lei de Execução Penal. Lei Federal n. 7.210/1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm). Acesso em 21 abril de 2023

GOLEMAN, Daniel. Inteligência emocional [recurso eletrônico] / Daniel Goleman; tradução Marcos Santarrita. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

MEGREYA, A. M. (14 de janeiro de 2015). Inteligência Emocional e Comportamento Criminal. *Journal of Forensic Sciences*, pp. 84-88.

MIRABETE, Julio Fabbrini, Execução penal: comentários a Lei n° 7.210 de 1984. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, Vera Lúcia. A importância da inteligência emocional nas organizações. *Gestão e Desenvolvimento em Revista*. V. 1, N. 1, jan-jun/2017, p. 84-96.

SALOMÃO, Mateus. Presidiários recebem treinamento de inteligência emocional para recuperação. *Correio Braziliense*. Trabalho e formação. 31 janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.correiobrasiliense.com.br/euestudante/trabalho-e-formacao/2021/01/4903797-presidiarios-recebem-treinamento-de-inteligencia-emocional-para-recuperacao.html>. Acesso em 05 de maio de 2023.

SOARES, Samuel Silva Basílio. A execução penal e a Ressocialização do preso. *Revista Científica Semana Acadêmica*. V. 01, ed. 094, 2016. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/artigo/execucao-penal-e-ressocializacao-do-preso>. Acesso em 01 jun. 2023.

TELASKA, Tatielle dos Santos. MINHO, Araceli Aparecida Machado. Inteligência emocional: revisão sistemática da literatura, *Revista Educar Mais*. 2022, | Volume 6, Pág. 284 a 293. Disponível em DOI: <https://doi.org/10.15536/reducarmais.6.2022.2688>. Acesso em 12 de abril de 2023

VIEIRA, Paulo. O poder da autorresponsabilidade: A ferramenta comprovada que gera alta performance e resultados em pouco. São Paulo: Editora Gente, 2017.

VIEIRA, Paulo. O que é inteligência emocional? Livro digital. Febracis, 2021.

WEISINGER, Hendrie. Inteligência Emocional no trabalho: como aplicar os conceitos revolucionários da I.E. nas suas relações profissionais, reduzindo o estresse, aumentando sua satisfação, eficiência e competitividade. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

GOLEMAN, Daniel. *Trabalhando com a Inteligência Emocional*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

ZACARIAS, André. Eduardo de Carvalho. *Execução Penal Comentada*. 2 ed. São Paulo: Tend Ler, 2006.

## Direitos civis dos embriões in vitro

### Civil rights of in vitro embryos

**Ana Maria Bezerra Pinheiro**

*Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade Estadual do Amazonas-UEA*

**Diana Sales Piveta**

*Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade Estadual do Amazonas-UEA*

**Geraldo Uchoa de Amorim Júnior**

*Mestrando em Direito Ambiental pela Universidade Estadual do Amazonas-UEA*

**Rebeca Cruz Lisboa**

*Advogada, Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade Estadual do Amazonas-UEA*

**Roselma Coelho Santana**

*Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade Estadual do Amazonas-UEA*

**Sâmara Christina Souza Nogueira**

*Mestranda em Direito ambiental na Universidade do Estado do Amazonas*

**Sarah Clarimar Ribeiro de Miranda**

*Mestranda em Direito ambiental na Universidade do Estado do Amazonas*

**Verônica Maria Félix da Silva**

*Mestranda em Direito ambiental na Universidade do Estado do Amazonas*

**Viviane Ribeiro**

*Mestranda em Direito ambiental na Universidade do Estado do Amazonas*

### RESUMO

A Constituição Federal de 1988 traz o direito para todos, inclusive para quem ainda vai nascer. Porém surgem algumas dúvidas acerca desse tema quando se fala em fertilização in vitro. Dessa forma, este artigo vai buscar em um viés bibliográfico trazer entendimentos dos tribunais, apresentar o que a Constituição Federal de 1988, Código Civil e demais legislações abordam sobre a questão em tela. O objetivo central deste trabalho é uma análise sobre quais tratamentos são dados para a reprodução humana assistida dos embriões in vitro, classificando o direito do nascituro que são garantidos pela legislação do nosso país. Ao final, concluímos que existe a necessidade de legislações que assegurem de fato os direitos dos embriões in vitro e os direitos das partes envolvidas no processo de reprodução assistida, haja vista que as existentes, ainda conflitam entre si não oferecendo segurança jurídica de forma efetiva.

**Palavras-chave:** embrião. nascituro. *in vitro*. direitos. personalidade.

### ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 brings the right to everyone, including

*Direito e justiça práticas que garantem igualdade - Vol. 2*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.210.6



those who are yet to be born. However, some doubts arise about this topic when talking about in vitro fertilization. In this way, this article will seek in a bibliographical bias to bring understandings of the courts, to present what the Federal Constitution of 1988, Civil Code and other legislation address on the issue in question. The central objective of this work is an analysis of which treatments are given for assisted human reproduction of in vitro embryos, classifying the rights of the unborn child that are guaranteed by the legislation of our country. In fact, the rights of in vitro embryos and the rights of the parties involved in the assisted reproduction process, given that the existing ones still conflict with each other, not effectively offering legal certainty.

**Keywords:** embryo. unborn child. in vitro. rights. personality.

## INTRODUÇÃO

Em nosso país a Constituição Federal de 1988, aponta sobre os direitos e garantias que são considerados fundamentais para a pessoa, estando expressa no artigo 1º. Além disso, no artigo 226 está exposto sobre os direitos de todos os filhos. Porém, apesar da legislação brasileira deixar consagrado sobre a paridade de direitos dos filhos, independente da origem deles, e além de proibir sobre qualquer maneira de segregação contra ambos, ainda surgem diversos questionamentos acerca do tema, ainda mais quando o assunto é a fertilização in vitro que traz pesquisas e estudos sobre os efeitos jurídicos que são produzidos, além da relação com o direito sucessório e a personalidade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, considera criança até os 12 anos de idade, e adolescente até os 18 anos, estando expressa na Lei 8.069/1990, além de leis que acerca da juventude entre 15 e 29 anos e sobre o idoso ao completar 60 anos de idade, é nesta sequência que surge a necessidade da lei sobre a proteção embrionária ou o nascituro que é expressa pelo Código Civil.

Na escrita da Carta Magna, está elencado sobre o direito fundamental acerca da liberdade da atividade científica e sobre o progresso dos conhecimentos técnicos e científicos, recebendo a nomenclatura de “ciências da vida” na qual alcança uma área extensa que é entendida pelo biodireito, pois traz grandes importâncias para o viés contemporâneo do nascituro e do embrião (NAMBA, 2015, p. 15;).

Assim, este trabalho aborda especificamente uma análise acerca dos direitos que são devidos ao embrião que é fruto da inseminação in vitro, concernindo sobre os direitos que são considerados fundamentais inerentes à herança. Os dados que estarão expressos neste artigo, são de pesquisas bibliográficas, uma vez que trazem uma discussão da parte teórica sobre o que é consultado no direito do nosso país.

Assim, para que exista uma compreensão imediata sobre o tema, inicialmente será abordado sobre as diferenças entre o embrião e o nascituro, logo após será explicado sobre o que é o método in vitro, além de abordar sobre os direitos de ambos e sobre o princípio da dignidade da pessoa humana.

Este trabalho tem como metodologia de pesquisa a revisão bibliográfica com o viés exploratório, trazendo diversos pensamentos dos doutrinadores acerca do tema abordado, Gil (2002, p. 44), “[...] a pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já

elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos” Segundo Macedo (1994, p. 13), a pesquisa bibliográfica: “Trata-se do primeiro passo em qualquer tipo de pesquisa científica, com o fim de revisar a literatura existente e não redundar o tema de estudo ou experimentação.

## A DIFERENÇA ENTRE O EMBRIÃO E O NASCITURO

A Legislação Brasileira assegura constitucionalmente o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, no segundo plano, os direitos do nascituro. Dessa forma, o artigo 2º do código Civil cumpre destacar “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. O artigo 4º do Pacto de São José, assegura que a vida do ser humano deve ser preservada desde o zigoto.

Existem diversas discussões sobre a extensão desses direitos para os embriões, sejam eles *in vivo* ou *in vitro*, o nascituro é o ser que já é concebido o que está pronto para nascer, mas que se encontra dentro do ventre da mulher, dessa forma, contém os direitos que são assegurados desde a sua concepção de forma que adquire a personalidade civil após o intermédio de seu nascimento com vida. Nesse contexto, o entendimento de Maria Helena Diniz sobre o nascituro ter personalidade jurídica formal, para ela somente terá aptidão para adquirir direitos e deveres a partir do seu nascimento com vida.

Acerca do momento em que o nascituro adquire a personalidade jurídica formal existem três teorias que consistem em na: concepcionista, natalista e condicional. Embora o artigo 2º do Código Civil diga que “a personalidade civil começa do nascimento com vida”, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido direitos aos ainda não nascidos. Em diversas decisões, o tribunal tem afirmado que o direito à vida e à assistência pré-natal, por exemplo, são tanto da mãe quanto do nascituro. Mas não há delimitação expressa de quais são esses direitos.

A teoria concepcionista preceitua que a personalidade jurídica tem início com a concepção, mesmo que alguns direitos só possam ser plenamente exercitáveis com o nascimento, como os decorrentes de herança, legado e doação.

A principal, chamada de natalista, defende que a titularização de direitos e a personalidade jurídica são conceitos “inexoravelmente vinculados”. Portanto, se o Código Civil não reconhece personalidade jurídica a quem ainda não nasceu, o nascituro também não pode ser titular de direitos. Ele teria apenas “mera expectativa de direitos”, segundo essa corrente. Esta é a corrente adotada em nosso país.

Por derradeiro, há a teoria da personalidade condicional, para a qual a personalidade tem início com a concepção, porém fica submetida a uma condição suspensiva (o nascimento com vida), assegurados, no entanto, desde a concepção, os direitos da personalidade, inclusive para assegurar o nascimento.

### A diferença entre o embrião *in vitro* e o embrião *in vivo*

É muito importante que se faça a distinção entre esses dois tipos de embriões uma vez que tratar-se-á neste artigo acerca do embrião *in vitro*.

O primeiro consiste no embrião que é produzido fora do corpo humano num laboratório através da inseminação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino em uma placa denominada petri.

A jurisprudência entende na ADI 3.510<sup>1</sup>, que o embrião in vitro adquire os direitos de embrião quando este é implantado no útero materno, uma vez que é capaz de se desenvolver sem que haja a intervenção médica. O segundo método in vivo é o embrião que é formado através da inseminação do esperma masculino, sendo tratado mecanicamente no útero feminino que o concebe com tratamento médico hormonal para que melhor recepcione, ocorrendo de maneira natural dentro do útero feminino. A proteção jurídica deste tipo de embrião ocorre pela fecundação, uma vez que acontece internamente sem que haja o auxílio profissional.

## O direito da personalidade do nascituro

A palavra nascituro tem o significado de embrião, sendo o ser humano que foi concebido, mas não nasceu ainda (AZEVEDO, 2012, p. 9). Assim, nascituro é concebido ao tempo em que se apura se alguém é titular de direito ou de pretensão, ação, ou exceção, dependendo a existência de que ele nasça com vida”.

Para Almeida (2000), a personalidade jurídica é a aptidão, que é reconhecida para alguém, de forma que faça com que a pessoa exerça direitos e obrigações. Ao se questionar sobre a personalidade jurídica de uma pessoa, imagina-se o artigo 2º do código civil que aborda sobre os direitos a partir do nascimento com vida, porém neste mesmo artigo é abordado sobre a personalidade jurídica que é garantida desde a concepção do ser, salienta-se que neste mesmo artigo existe a referência sobre a personalidade jurídica que é garantida desde a concepção do c ao afirmar que a personalidade civil do indivíduo inicia do nascimento com vida, porém a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro (MULINETT, LIMA, 2015).

Desta forma, o indivíduo que é concebido, passa a ser detentor de diversos direitos que o protegem quando ele nasce com vida e irá se tornar uma pessoa que adquirirá personalidade, assim, este, passa a possuir direitos e obrigações no viés jurídico, apesar de muitos indivíduos necessitarem de serem representados por uma pessoa, uma vez que não possui uma capacidade jurídica para que assuma os atos da vida civil. Assim, a partir do ganho da personalidade jurídica que a pessoa pode defender os bens que concernem a vida humana, como o direito à Liberdade e a honra dentre outros que é elencam os direitos da personalidade (MULINETT, LIMA, 2015).

Beviláqua (1979, p. 170), considera a personalidade como “a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações”.

Quando se estabelece a diferença entre o direito da vida e da personalidade, o autor Pontes de Miranda (1983b, p. 11, 13 e 14) explica que a pessoa que nasce com vida tem direitos, enquanto a personalidade é o resultado da entrada da pessoa no viés jurídico.

Existem várias doutrinas sobre o direito da personalidade, entre elas se contra a explicação de Pontes de Miranda (1983, p. 9) que consiste em falar que o direito da

<sup>1</sup> ADI 3.510 / DF: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=ac&docID=611723&pgl=226&pgF=230>



personalidade traz o direito à vida, à integridade psíquica e física, honra, igualdade, imagem, ao pseudônimo, intimidade e inviolabilidade do domicílio autoral.

Bittar e Bittar Filho (1993, p. 10) fazem uma explicação sobre os direitos de a personalidade estarem reconhecidos ao indivíduo, tomando nas projeções da sociedade, de forma que vise a defesa de valores inatos, tanto quanto a intimidade, vida, honra e rigidez física, considerando como o indivíduo que não só em si mesmo, mas nas projeções da sociedade, se dividindo em físicos, morais, que dizem respeito sobre a integridade física, psíquica, e sobre o patrimônio moral.

Destarte, são físicos os direitos à vida, à integridade física (higidez corpórea), ao corpo, a partes do corpo (próprio ou alheio), ao cadáver e as partes, à imagem (efígie) e à voz (emanação natural); são psíquicos os direitos à liberdade (de pensamento, expressão, culto, etc.), à intimidade (estar só privacidade ou reserva), à integridade psíquica (incolumidade da mente) e ao segredo (inclusive profissional); são morais os direitos à identidade (nome e outros sinais individualizadores), à honra (reputação) – objetiva (prestígio) e subjetiva (sentimento individual do próprio valor social) – respeito (dignidade e decoro) e às criações intelectuais. (BITTAR; BITTAR FILHO, 1993, p. 11).

Os direitos da personalidade ficam então, reconhecidos ao indivíduo, sujeitos das relações jurídicas, (BELTRÃO, 2014, p. 7) sendo tomados “em si mesmo e em suas projeções na sociedade”; ocupam “posição autônoma no campo do direito privado” com o objetivo de trazer a defesa dos valores que são considerados inatos” a vida, a intimidade e higidez física” (BITTAR; BITTAR FILHO, 1993, p. 9-10).

Diniz (2005, p. 192-193) traz a divisão sobre o contexto acerca da personalidade jurídica material e formal, em suas explicações ele afirma que ambos não confundem o in vivo do in vitro, reconhecendo apenas os “efeitos patrimoniais como o de receber doação ou herança dependem do nascimento com vida”.

Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intrauterina tem o nascituro e na vida extrauterina tem o embrião, concedido *in vitro*, personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja *in vivo* ou *in vitro*[...] passando a ter personalidade jurídica material alcançando os direitos patrimoniais e obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida (CC, art. 1.800, § 3º). Se nascer com vida adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer nenhum direito patrimonial terá. (DINIZ, 2005, p. 192)

Cumprido destacar que a Constituição Federal aborda no artigo 5º sobre os direitos fundamentais nos incisos X e XXX, estão garantidos sobre a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, bem como o direito de herança.

Silmara Chinelato:

Entre embrião implantado e não implantado pode haver diferença quanto à capacidade de direito, mas não quanto à personalidade. Sustento que o conceito de nascituro abrange o embrião pré-implantatário, isto é, o já concebido e que apenas aguarda, *in vitro*, a implantação no ventre materno. Dispõe, portanto, de capacidade sucessória, pois a norma não distingue o locus da concepção nem impõe que seja implantado. Exige somente a concepção.

Moraes (2013, p. 138) comenta que eles formam “a proteção à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas”, mostrando que a Constituição Federal consagra sobre o direito de herança e de sucessão,

de acordo com o que é mostrado no Código Civil que “o objetivo primordial de preservar o respeito à pessoa e aos direitos protegidos constitucionalmente” (DINIZ, 2005, p. 127).

Apesar de a legislação trazer o direito do nascituro Rodrigues (2007, p. 40) fala que a personalidade é um atributo do indivíduo que inicia com o nascimento com vida dessa forma o nascituro não tem personalidade, assim Pereira (2014, p. 25) e Gonçalves (2014, p. 69) também afirmam que o nascituro não tem direito à personalidade.

Silmara J. A Chinelato, estando citada por Oliveira (afirma que a personalidade não traz a confusão com a capacidade, não sendo condicional apesar de existirem certos direitos ou seja, direitos patrimoniais materiais com uma herança e adoção que dependem do nascimento com vida, dessa forma, a plenitude desses direitos fica de forma condicionada ao nascimento sem vida. Azevedo (2012, p. 11) também afirma que o nascituro tenha personalidade.

No Código Civil de 2002 existe o afastamento de todas as dúvidas, estando expresso no artigo 2º que afirma que a personalidade jurídica inicia com o nascimento com vida, mesmo que o recém-nascido faleceu pouco tempo depois, dessa forma, o código civil busca justificar a situação jurídica do nascituro, existindo 3 teorias: a naturalista personalidade condicional e concepcionista. O código Civil Brasileiro quando se fala em nascituro traz a teoria natalista que consiste na personalidade iniciada com o nascimento com vida.

Tartuce e Simão (2012, p. 118 e 45) trazem a explicação que essa teoria não se coaduna com o nascimento de novas técnicas de reprodução assistida ou proteção dos direitos do embrião, negando os direitos fundamentais e reforçando a regra pelo qual a pessoa que não tem personalidade jurídica ao tempo da morte do falecido não tem direitos sucessórios (TARTUCE; SIMÃO, 2011, p. 118).

Quando há a adoção da teoria natalista, esta que prevalece no país, de acordo com Madaleno (208, p. 120). Não existe forma de atribuir a personalidade jurídica ao nascituro de forma que a lei proteja seus direitos desde a concepção, assim o nascituro não tem personalidade durante a gestação, não gozando de direitos próprios que ficam condicionados ao seu nascimento com vida, de forma que pode retroagir sua personalidade para os efeitos de aquisição dos direitos que a lei traz para ele desde a concepção.

Tartuce e Simão (2011, p. 123) afirmam que os entendimentos doutrinários são diferentes, mas que os autores concluem que não existem dúvidas na afirmação de que a doutrina civil Brasileira prevalece com o entendimento que o nascituro é uma pessoa humana e que tem direitos reconhecidos por lei, dando ênfase principalmente sobre os direitos da personalidade, o que prevalece por diversos autores a teoria concepcionista.

É importante destacar que existe um projeto de lei n. 677/2011, sendo o antigo projeto de lei 6.960/2002, que pretendia incluir a menção do embrião encerrando a polêmica doutrinária (TARTUCE, 2017, p. 75).

Após trazer alguns entendimentos de alguns atores sobre as teorias apresentadas, Namba (2015, p. 29) traz a conclusão de que não existe uma posição pacífica para dizer que o nascituro possui ou não personalidade jurídica assim não pode se trazer o desacreditar sobre qualquer teoria de plano, dando ênfase para que o respeito para a pessoa que vai

nascer merece ser titulados direitos e contrair deveres. O nascituro está expresso no código civil no artigo 1.597 que existe a presunção do reconhecimento dos filhos que são concebidos na concepção do casamento, para os casos de fecundação artificial, ainda que falecido o marido ou havido a qualquer tempo, que se trate de embriões excedentários sendo decorrentes de concepção artificial homóloga ou inseminação artificial heteróloga, desde que exista a prévia autorização do marido.

A lei 11.804 de 2008- Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências, traz o reconhecimento do direito ao nascituro os alimentos de sua mãe grávida além da jurisprudência assegurar o direito da personalidade do mesmo e conceder a reparação por danos morais entre diversas situações.

## O DIREITO SUCESSÓRIO DO NASCITURO

No nosso país, sempre houve a preservação dos direitos do nascituro acerca da herança. No código civil existe a aplicação desse direito desde 1916, contando no art. 1º que as pessoas serão consideradas como nascidas as que foram formadas no ventre.

Dessa forma, a Constituição Federal no artigo 5º garante o direito à herança, tendo um capítulo exclusivo para tratar sobre esse assunto, sendo a sucessão causa mortis estabelece a abertura da sucessão quando ocorre a morte do de cujus se transmitindo a herança aos seus herdeiros. “Com a abertura da sucessão, ocorre a mutação subjetiva do patrimônio do de cujus, que se transmite aos seus herdeiros, os quais se sub-rogam nas relações jurídicas do defunto, tanto no ativo como no passivo até os limites da herança” (arts. 1.792 e 1.997, do Código Civil) (DINIZ, 2015, p. 52).

A Transmissão da herança acontece mediante a sucessão que é legítima sendo denominada *ab intestato*, uma vez que decorre de normas legais “sem que o falecido tenha determinado o modo de divisão de seus bens” e a sucessão testamentária “ocorre de acordo com a declaração de vontade do de cujus”. (WALD, 2007, p. 13).

Maria Berenice Dias:

No atual estágio da sociedade, não mais interessa a origem da filiação. Os avanços científicos de manipulação genética popularizaram a utilização de métodos reprodutivos, como a fecundação assistida homóloga e heteróloga. Todos esses avanços ocasionaram uma reviravolta nos vínculos de filiação. A partir do momento em que se tornou possível interferir na reprodução humana, por meio de técnicas laboratoriais, a procriação deixou de ser um fato natural para subjugar-se à vontade do homem.

Dessa forma, compreende-se que no C código Civil no artigo 1.597 é informado que os filhos havidos por fecundação artificial homóloga ainda que falecido marido mesmo que se trate de embriões excedentários, garante o direito sucessório do nascituro.

Existindo proibição no viés constitucional acerca da discriminação entre os filhos, para a Constituição federal, havendo o nascimento de um ser, este, passa a ter direito à filiação. Para Silvio Rodrigues a “filiação é a relação de um parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àqueles que a geraram ou a receberam como se a tivesse gerado”.

Na legislação quando é disposto sobre a vocação hereditária, entre as palavras a ordem da convocação de uma pessoa com direito à sucessão para que venha a receber a herança ou o quinhão que lhe cabe o código civil não deixa dúvidas sobre o tema, no artigo 1.798 é expresso que “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” dessa forma, podem ser deles ou legatários as pessoas que são nascidas ou concebidas e dentre as últimas está o nascituro ou o embrião. O artigo 1.829 do Código Civil contempla a ordem da vocação hereditária que consiste “é a distribuição dos herdeiros em classes preferenciais, conjugando as duas ideias de grau e de ordem” (PEREIRA, 2014, p. 71).

Assim, o primeiro artigo aborda sobre as pessoas que estão legitimadas para receber a herança e o segundo sobre a ordem que irão receber. Aquele Que não nasceu ou está morto quando o de cujus falece, Rodrigues (2007, p. 38) Abrange que não tem direito a suceder “porque a existência do herdeiro sucessível é antes um pressuposto da sucessão hereditária do que uma causa de incapacidade de exercício ou de legitimação”.

Assim, Diniz (2015, p. 63-64) traz o comentário que isso capacidade da sucessão é observada por dois requisitos que estão em relação à morte da pessoa e à sobrevivência do sucessor, acerca do nascituro autora expõe que a capacidade é excepcional e sucede no momento de nascer com vida, para assim, o seu representante legal recolher a herança sob a condição resolutiva de que “a pessoa ainda não concebida (*nondum conceptus*) ao tempo da abertura da sucessão não pode herdar, salvo a hipótese do art. 1.799, I, do Código Civil”. Esse estudo implica na sucessão testamentária, que discorre quem poderá herdar sendo os filhos ainda não concebidos por indivíduos indicados pelo testador desde que estejam vivos estas ao abrir-se a sucessão.

Existem outras dúvidas que podem gerar e que ficam a cargo da jurisprudência para retirarem tais questionamentos, no caso do embrião *in vitro*, tanto sobre a sua relação com a necessidade ou não da implantação no útero materno para que se reconheça os direitos da personalidade da sucessão quanto ao reconhecimento desses direitos se trata da inseminação artificial *post mortem*.

## O DIREITO DO EMBRIÃO *IN VITRO*

Apesar de algumas técnicas utilizadas no Brasil acerca da procriação assistida, no país ainda não existe uma legislação que regulamente sobre o embrião *in vitro*, assim, cabe ao Código a explanação sobre esse direito.

Tartuce (2015, p. 5 – grifo do autor) fala que “o Direito Civil Constitucional pode ser encarado como um novo caminho metodológico que procura analisar os institutos de Direito Privado, tendo como ponto de origem à Constituição Federal de 1988. Não se trata apenas de estudar os institutos privados”, mas de fazer uma análise acerca da Constituição trazendo como ponto de partida o direito civil, devendo irradiar de forma imediata as normas fundamentais que protegem a pessoa de maneira particular as que estão no artigo primeiro ao sexto.

## O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Este princípio é a grande base da Constituição Federal, uma vez que constitui um estado democrático de direito tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, esse princípio é ligado ao direito à vida, uma vez que sem esta não teria como se falar na dignidade do indivíduo, no artigo quinto da Constituição Federal é explanado sobre a lista de direitos que são fundamentais e são requisitos para que se tenha uma vida digna (VALERIO, 2016).

A Constituição Federal de 1988 não determina o momento exato do nascimento com vida, mas de acordo com o ministro Celso Mello “Ocorre, sim, o início da vida com fecundação, mas o blastocisto está muito longe de ser um ser humano” (VALERIO, 2016).

No mesmo pensamento o ministro Ayres Brito trata da dignidade da pessoa humana fazendo referência à pessoa já nascida, que faz jus aos direitos fundamentais que estão presentes no artigo quinto e não aos residentes em *placas de petri* (MIN.AYRES BRITO, p. 164- (ADI 3.510 / DF-29 de maio de 2008), fazendo uma ressalva que o embrião merece proteção por ter potencialidade de vir a ser uma pessoa.

O embrião que é abordado pelo texto é o óvulo fecundado congelado e não o que está dentro da mulher que se desenvolve de modo contínuo independente sendo o destinatário da proteção constitucional, as pesquisas, no entanto, não ferem o princípio da dignidade da pessoa humana por conta da inviabilidade da vida. (VALERIO, 2016).

O entendimento do ministro Menezes Direito que é contrário a esse posicionamento ao comparar o embrião sem qualquer tipo de estrutura neural como um ser falecido, na qual não apresenta uma estrutura neural, mas que tem a dignidade protegida mesmo que de uma forma de redução se comparada com os demais.

Ao contrário do pensamento dele a ministra Cármen Lúcia, alega:

Significa que o princípio constitucional da dignidade humana se estende além de cada pessoa, considerando todos os seres humanos, os que compõem a espécie, dotam-se de humanidade, ainda quando o direito sequer ainda reconheça (ou reconheça precariamente, tal como se tem na fórmula da Convenção Nacional de Ética francesa de pessoa humana em potencial) a personalidade. (ADI 3.510 / DF-29 de maio de 2008)

Para que se componha o sistema humano, o embrião in vitro precisa ter um fim ou uma finalidade, de forma que cumpra o dever social assim para que seja digno este embrião precisa ser implantado ou ser estudado (VALERIO, 2016).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Questões contemporâneas que envolvem tanto aspectos jurídicos quanto éticos são geralmente denominados de complexas. O acolhimento dos direitos civis dos embriões in vitro é uma destas questões. A carência de uma concordância internacional e as inúmeras abordagens legais em diferentes países destacam a dificuldade em encontrar uma solução definitiva para o problema aqui no Brasil.

Não obstante seja importante reconhecer a importância da proteção dos embriões *in vitro*, é igualmente essencial equilibrar esses direitos com os interesses das partes envolvidas no processo de reprodução assistida, incluindo os pais e a saúde da mãe.

Faz-se necessário o estabelecimento de um diálogo aberto e contínuo entre especialistas jurídicos, científicos e éticos, visando a encontrar um consenso global sobre o status legal e a proteção ética dos embriões *in vitro*. Através dessa colaboração multidisciplinar será possível alcançar uma abordagem justa e equilibrada para uma questão tão delicada e impactante na existência de tantos indivíduos.

Em última análise, a busca por soluções que respeitem os direitos humanos, a dignidade e os valores éticos deve ser a prioridade ao lidar com essa complexa temática dos embriões *in vitro*.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 DF. Relator: Ministro Ayres Brito. Data de Julgamento: 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>. Acesso em: 28 jul.de 2023.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela civil do nascituro. São Paulo: Saraiva, 2000

ALBANO, Lilian Maria José. Biodireito: os avanços da genética e seus efeitos ético jurídicos. São Paulo. Editora Atheneu, 2004.

BELTRÃO, Silvio Romero. Direitos da personalidade. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. Direitos da personalidade. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 20 jun. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.358/1992. Disponível em <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358\\_1992.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm)>. Acesso em: 29 mai. 2023.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 02 jul. 2023.

DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008  
GIL, Antonio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GIL, A. C. Como elaborar projetos de pesquisa. São Paulo: Atlas, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito civil, vol. 1: esquematizado: parte geral: obrigações e contratos / Carlos Roberto Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

MADALENO, Rolf. Alimentos a sua configuração atual. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.) Manual de Direito das Famílias e das Sucessões. Belo Horizonte: Del Rey e Malheiros, 2008. Cap. 17, p. 425-452.

MORAES, Alexandre de. (Org.). Cidadania: o novo conceito jurídico e a sua relação com os direitos fundamentais individuais e coletivos. São Paulo: Atlas, 2013.

LEI DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS - LEI Nº 11.804, DE 5 DE NOVEMBRO DE 2008.

MACEDO, N. D. Iniciação à pesquisa bibliográfica: guia do estudante para a Fundamentação do trabalho de pesquisa. São Paulo, SP: Edições Loyola, 1994.

MULINETI, Kátia Adriane, LIMA, Denise de. Os Direitos Do Nascituro Fecundado In Vitro: Uma Problemática Jurídica Frente Ao Progresso Científico, 2015. NAMBA, Edson Tetsuzo, Manual de Bioética e Biodireito. 2º Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil – v. I / Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. – 30. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 4. ed. São Paulo: RT, 1983.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: direito das sucessões. 26. ed. atual. Por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 7

VALERIO, Julianna Direitos dos nascituros x Direitos dos embriões congelados  
<<https://jcvaleiro.jusbrasil.com.br/artigos/235041204/direitos-dos-nascituros-direitosdosembrioescongelados#:~:text=Pela%20jurisprud%C3%Aancia%20definida%20com%20a,desenvolver%20sem%20a%20interven%C3%A7%C3%A3o%20m%C3%A9dica.>> Acesso em: 22 jun. 2023.

TARTUCE, Flávio. Direito civil. Lei de introdução e parte geral. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. V. 1.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito civil. Direito das sucessões. 4. ed. rev., atual e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015. V. 6

WALD, Arnoldo. O novo direito das sucessões. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

## Democratizar a democracia: Boaventura de Sousa Santos e a ampliação da participação política

### *Democratizing democracy: Boaventura de Sousa Santos and the expansion of political participation*

Antonio Kevan Brandão Pereira

*Graduado em Ciência Política (2008) e em Direito (2014) pela Universidade de Fortaleza. Mestre em Sociologia (2013) pela Universidade Federal do Ceará.*

#### RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar o pensamento do sociólogo português Boaventura de Sousa Santos acerca da Democracia. De início, algumas de suas ideias mais importantes serão discutidas, como “concepção hegemônica” e “concepção não hegemônica” de democracia. Na visão do autor, o modelo hegemônico (democracia liberal) já demonstrou que é incapaz de atender as reais demandas da sociedade, visto que ele ocasiona uma distância cada vez maior entre representantes e representados. Paralelamente a essa concepção, aparece uma outra, “não hegemônica”, que aproxima a população dos assuntos públicos, gerando uma maior participação política. Num segundo momento, serão investigados os conceitos de “democracia de baixa e de alta intensidade” no intuito de compreender a proposta central de Santos, que é o rompimento com o modelo estabelecido e a criação de uma nova institucionalidade democrática.

**Palavras-chave:** Boaventura de Souza Santos. democracia. participação política.

#### ABSTRACT

The objective of this work is to analyze the thought of the Portuguese sociologist Boaventura de Sousa Santos about Democracy. Initially, some of his most important ideas will be discussed, such as “hegemonic conception” and “non-hegemonic conception” of democracy. In the author’s view, the hegemonic model (liberal democracy) has already demonstrated that it is incapable of meeting the real demands of society, since it causes an increasing distance between representatives and those represented. Parallel to this conception, another, “non-hegemonic” conception appears,





which brings the population closer to public affairs, generating greater political participation. In a second moment, the concepts of “low and high intensity democracy” will be investigated in order to understand Santos’ central proposal, which is the break with the established model and the creation of a new democratic institutionality.

**Keywords:** boaventura de souza santos. democracy. political participation.

## INTRODUÇÃO

Boaventura de Souza Santos nasceu na cidade portuguesa de Coimbra, em 1940. É doutor em Sociologia do Direito pela Universidade de Yale e atualmente é professor catedrático da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, atuando também na Faculdade de Direito da Universidade de Wisconsin-Madison e Universidade de Warwick, ambas nos Estados Unidos. É igualmente diretor do Centro de Estudos Sociais e do Centro de Documentação 25 de Abril, e Coordenador Científico do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, todos da Universidade de Coimbra. O autor é reconhecido internacionalmente pela sua produção intelectual na área de ciências sociais e também pela sua atuação militante, sendo um dos principais incentivadores do Fórum Social Mundial.

O pensamento desse sociólogo português é marcado por uma forte crítica às “concepções estabelecidas”, principalmente no que tange ao campo das ciências sociais. Santos combate a ideia de que só se pode ter conhecimento válido a partir da ciência, pois não existe na realidade ignorância em geral, nem conhecimento em geral. A crítica, que ele chamou de “a crítica da razão indolente”, aponta que tudo aquilo que não é conhecido pela “ciência racional” é desperdiçado, ou seja, ignoram-se outros tipos de conhecimento. “A razão indolente desperdiça a experiência; o que não é conhecido por essa racionalidade é desperdiçado, e por isto ela produz o que eu chamo de ausências” (SANTOS, 2009, p.1).

Segundo o autor, essas ausências são coisas que nós não enxergamos, que são invisíveis, que fogem da nossa visão porque nossos “óculos”, nossos conceitos e teorias não mais permitem que isto seja observado. É necessário então realizar uma “sociologia das ausências”, que tem como objetivo principal revelar a diversidade e multiplicidade das práticas sociais e dar crédito a esse conjunto por contraposição à credibilidade exclusivista das práticas hegemônicas. “O exercício da sociologia das ausências é contrafactual e tem lugar através da confrontação com o senso comum científico tradicional” (SANTOS, 2006, p.115). De acordo com Santos, o que nós precisamos é de um novo modo de produção de conhecimento para reinventar a emancipação social. Para isso, temos que estranhar e criticar as concepções democráticas hegemônicas para romper com o modelo estabelecido e propor novas alternativas para a democracia.

Por meio de uma pesquisa bibliográfica que aborda algumas das principais obras de Boaventura de Souza Santos e que igualmente considera as observações de alguns dos comentadores de sua obra, o presente trabalho almeja analisar o pensamento do referido autor no que diz respeito à teoria democrática. Para tanto, avalia-se, na primeira parte, as chamadas concepções “hegemônicas” e “contra hegemônicas” de democracia; na segunda parte, faz-se uma discussão sobre as ideias de “democracia de baixa intensidade” e “democracia de alta intensidade”. Finalmente, considera-se o argumento de Santos no

que diz respeito, especialmente, à pertinência e à relevância da adoção de mecanismos que ampliem as práticas democráticas nos Estados contemporâneos.

## A CONCEPÇÃO HEGEMÔNICA DA DEMOCRACIA

A teoria democrática ocupou um lugar central no pensamento político do século XX. Ao longo desse período, podemos identificar várias ideias formuladas por diferentes correntes ideológicas acerca da democracia, discutindo suas principais características, delimitando regras, estabelecendo possibilidades de funcionamento nas sociedades modernas, como também, discutindo as suas consequências para uma comunidade política.

Em meio a esse intenso debate, Boaventura de Souza Santos nos fala que duas vertentes do pensamento democrático ganharam força durante o referido século: uma no início, a partir das ideias formuladas por Max Weber, passando por Carl Schmitt, Hans Kelsen, Robert Michels e Joseph Schumpeter, que pregava a desejabilidade da democracia como uma forma de governo eficiente, como um método para a escolha de governantes, no dizer de Schumpeter; essa tendência foi predominante até a segunda grande guerra. A outra vertente surge logo depois desse período, e trata basicamente do debate em torno das condições estruturais da democracia. Destacam-se nesse momento as teorias de Barrington Moore, Guillermo O'Donnell e Adam Przeworski. Tais autores trabalharam principalmente a discussão sobre a compatibilidade ou incompatibilidade entre democracia e capitalismo.

Reconhecendo a importância de tais teorias, Santos nos diz que elas representam uma “concepção hegemônica”, ou seja, foram estas ideias que predominaram e predominam até hoje no pensamento democrático. A concepção liberal de democracia, que trata essa forma de governo como um método para a escolha de governantes, e que critica qualquer forma de participação por parte dos governados é, na visão do autor, extremamente limitada e contraditória com os próprios ideias democráticas. Ele passa então a construir uma crítica ao modelo hegemônico – liberal -, que no seu modo de entender, não representa o real sentido da democracia e tampouco consegue abarcar as reais demandas dos diferentes grupos que compõem a sociedade. Em ambos os casos – nas duas vertentes citadas da teoria democrática,

A forma hegemônica de democracia, a democracia representativa elitista, propõe uma extensão para o resto do mundo do modelo de democracia liberal-representativa vigente nas sociedades do hemisfério Norte, ignorando as experiências e as discussões oriundas dos países do Sul no debate democrático. A partir de uma reconstrução do debate democrático da segunda metade do século XX, pretendemos propor um itinerário contra-hegemônico para o debate democrático, resgatando aquilo que ficou nas entrelinhas desse debate nesse período (SANTOS, 2003, p. 38).

Para realizar tal crítica, Boaventura de Souza Santos parte então para a análise da teoria democrática liberal, com o intuito de demonstrar os seus limites e também as suas contradições. Segundo ele, a concepção hegemônica de democracia gira em torno de três pontos fundamentais: a relação entre procedimento e forma; a do papel da burocracia na vida democrática; e a inevitabilidade da representação nas democracias de grande escala. Vejamos então como o autor analisa cada um desses pontos.

A questão do procedimentalismo e da forma diz respeito à maneira do funcionamento de um regime democrático. Nesse momento, Santos retoma as ideias de dois pensadores de diferentes períodos, Joseph Schumpeter e Norberto Bobbio. Para o primeiro, era simplesmente inconcebível a ideia de que o povo poderia exercer diretamente o governo de uma determinada comunidade de grande escala. Ele via a democracia com uma forma de governo eficiente e adaptável à sociedade moderna, desde que esta se resumisse a um método de escolha de governantes, onde o povo escolhe através de eleições livres qual o grupo que ocupará o poder político. Por sua vez, Bobbio dá o passo seguinte ao transformar o procedimentalismo em regras para a formação do governo representativo. Para ele, a democracia constitui-se num conjunto de regras para a constituição de maiorias, entre as quais valeria a pena destacar o peso igual dos votos e a ausência de distinções econômicas, sociais, religiosas e étnicas na constituição do eleitorado.

O segundo ponto trata do papel da burocracia nas democracias contemporâneas. Aqui, Santos retoma o pensamento weberiano no que tange ao funcionamento do estado moderno. Para Weber, era indispensável para o governo de sociedades complexas um corpo de funcionários bem preparados para exercer a atividade governamental. O lugar da burocracia em governos democráticos ocupa um lugar central em várias discussões, causando uma série de divergências entre os estudiosos.

A discussão gira em torno da seguinte questão: como o cidadão comum pode participar das decisões do governo, fiscalizar os gastos, dar opiniões sobre os investimentos, solicitar a construção de obras, etc., se há um corpo burocrático por trás disso tudo? Se há um corpo de funcionários – fixos ou não – próximos ao poder, que detém grandes influências junto aos governantes eleitos, como o povo pode participar efetivamente das grandes decisões políticas? Boaventura nos diz que esse é um dos grandes limites das concepções hegemônicas, ou seja, da democracia liberal representativa.

O terceiro ponto que faz parte da concepção hegemônica da democracia diz respeito à percepção de que a representatividade constitui a única solução possível nas democracias de grande escala para o problema da autorização. Um dos autores que mais defenderam essa ideia foi o estadunidense Robert Dahl. Segundo Dahl, a democracia só seria possível nas grandes sociedades contemporâneas na sua forma representativa, dado o tamanho territorial dos estados atuais e principalmente a quantidade de eleitores. De acordo com ele, a democracia direta seria inviável, restringindo-se às pequenas comunidades e associações.

Para Boaventura de Souza Santos, a justificação da representação pela teoria hegemônica da democracia baseia-se na questão da autorização, isto é, na transferência do poder de decisão que os governados passam para os governantes no momento que os escolhem como seus representantes.

Dois tipos principais de pilares sustentam o argumento da autorização: o primeiro pilar diz respeito ao problema do consenso dos representantes e surgiu no interior da teoria democrática clássica em oposição às formas de rodízio no processo de tomada de decisão próprio das formas de democracia direta. (...) A segunda forma de justificação da questão da representação remeta para Stuart Mill e para a questão da capacidade das formas de representação de expressar as distribuições das opiniões a nível da sociedade. Para Mill, a assembleia constitui uma miniatura do eleitorado e toda assembleia representativa é capaz de expressar as tendências dominantes do eleitorado (SANTOS, 2003, p.43).

Preocupando-se apenas com a questão da delegação de autorização por parte dos governados aos governantes, a concepção hegemônica da democracia esquece que a representação envolve pelo menos três dimensões, a da autorização, a da identidade e a da prestação de contas. É nesse momento que Santos começa a demonstrar os limites da democracia liberal representativa, apontando principalmente o fato de que nestas não existe uma real participação dos cidadãos no processo político. Em suas palavras:

Se é verdade que a autorização via representação facilita o exercício da democracia em escala ampliada, tal como argumenta Dahl, é verdade também que a representação dificulta a solução das outras duas questões: a da prestação de contas e da representação de múltiplas identidades. A representação não garante, pelo método da tomada de decisão por maioria, que identidades minoritárias irão ter a expressão adequada no parlamento. A representação, ao diluir a prestação de contas num processo de reapresentação do representante no interior de um bloco de questões, também dificulta a desagregação do processo de prestação de contas. Deste modo, chegamos a um terceiro limite da teoria democrática hegemônica: a dificuldade de representar agendas e identidades específicas (SANTOS, 2003, p.43-44).

Dessa forma, o modelo democrático liberal mostra-se incapaz de satisfazer as reais demandas e anseios da sociedade. Nesse modelo, o cidadão fica totalmente isolado do processo de tomada de decisões do governo, não participando ativamente da política. Boaventura de Souza Santos passa então a questionar essa concepção que se tornou hegemônica; para isso, ele nos fala da necessidade de se criar uma concepção “contra hegemônica”, ou seja, uma nova concepção que vá de encontro ao que foi postulado pelas correntes liberais que predominaram principalmente no século XX. Vejamos a seguir o que o sociólogo português entende por “concepção contra-hegemônica da democracia”.

## A CONCEPÇÃO CONTRA HEGEMÔNICA DA DEMOCRACIA

Paralelamente às concepções liberais – hegemônicas – que apareceram no século XX, surgiram também um conjunto de alternativas que o autor irá chamar de “concepções contra hegemônicas”. Segundo estas concepções, a democracia jamais pode ser reduzida a um simples método para a escolha de governantes para compor um parlamento, ou liderar o poder executivo; a democracia é muito mais do que isso. Na visão alternativa de diversos autores como Claude Lefort, Cornelius Castoriadis e Jurgen Habermas, a democracia é uma “gramática” de organização da sociedade e da relação entre o Estado e a sociedade, que deve priorizar, antes de tudo, a pluralidade humana.

O problema da democracia nas concepções não hegemônicas está estritamente ligado ao reconhecimento de que tal sistema de governo não constitui um mero acidente ou uma simples obra de engenharia institucional. A democracia constitui uma nova gramática social. “Trata-se, sim, de perceber que a democracia é uma forma sócio-histórica e que tais formas não são determinadas por quaisquer tipos de leis naturais” (SANTOS, 2003, p.45). De acordo com Santos, pensar a democracia, neste sentido, corresponde a uma ruptura com tradições estabelecidas, realizando um rompimento com a teoria liberal.

No interior das teorias contra hegemônicas, o autor destaca a grande contribuição do pensador alemão Jurgen Habermas. Este membro da “Escola de Frankfurt” foi quem primeiro sugeriu que o procedimentalismo passasse a ser pensado como uma prática societária e não como um método para a escolha de governantes. Habermas ampliou o

procedimentalismo, reintroduzindo a dimensão societária originalmente ressaltada por Hans Kelsen, ao propor dois elementos no debate democrático contemporâneo. Em primeiro lugar, ele propõe uma condição de publicidade capaz de gerar uma gramática societária, e para isso, desenvolve a ideia de “esfera pública”.

Para Habermas, a esfera pública nada mais é do que o local no qual os indivíduos – mulheres, negros, trabalhadores, minorias raciais – podem problematizar em público, realizando discussões na tentativa de conquistar os seus interesses e de combater sua condição de desigualdade na esfera privada. Nessa esteira, “as ações em público dos indivíduos permitem-lhes questionar a sua exclusão de arranjos políticos através de um princípio de deliberação societária” (SANTOS, 2003, p.46). A esfera pública valoriza a pluralidade de formas de vida existentes nas sociedades contemporâneas, tornando possível a partir da deliberação a representação real dos interesses dos mais variados grupos.

Nesse momento, entra em cena um importante elemento que merece ser discutido, que é o papel dos movimentos sociais na institucionalização da diversidade cultural. Os movimentos sociais “estariam inseridos em movimentos pela ampliação do político, pela transformação de práticas dominantes, pelo aumento da cidadania e pela inserção de atores excluídos da política” (SANTOS, 2003, p.46). Através de processos de democratização, surgem novos atores políticos e com eles novos interesses são colocados na esfera política. Segundo Boaventura de Souza Santos, isso pode ser facilmente constatado no caso dos países da América Latina após o início do período que ficou conhecido como “redemocratização”, pondo fim as ditaduras militares, onde novos sujeitos emergiram no cenário político, reivindicando novas formas de fazer política.

Esta inserção de novos sujeitos trouxe novas formas de se pensar a democracia e, segundo Santos, tem por objetivo romper com o pensamento hegemônico democrático liberal. Esse pensamento contra-hegemônico baseia-se em três questionamentos principais. Em primeiro lugar, a questão da relação entre procedimento e participação societária. Os novos movimentos que emergiram lutam por uma maior participação política, ou seja, eles rejeitam o simples ato de votar e lutam para que se institucionalize uma nova forma de relação entre o Estado e a sociedade, para que as demandas dos diversos segmentos sociais possam ser discutidas.

Em segundo lugar, o pensamento contra-hegemônico entende que as práticas de participação devem chegar ao nível da administração do Estado, ou seja, elas devem ser institucionalizadas para que sejam realmente atendidas. Santos nos fala de alguns exemplos que já aconteceram nos países do Sul, como a experiência do orçamento participativo em Porto Alegre, no Brasil. Casos como esse da cidade gaúcha revelam, segundo o sociólogo português, que é possível romper com o sistema estabelecido e instituir novas formas políticas, a partir da prática democrática participativa.

O último questionamento, por sua vez, coloca o problema da relação entre representação e diversidade cultural e social. Para Santos, é exatamente no que tange ao problema da representação que se encontra os maiores problemas da concepção hegemônica da democracia, pois a ideia de representação nos termos liberais é insuficiente para contemplar os mais variados grupos da sociedade, demonstrando assim sua insuficiência.

À medida que se ampliam os atores envolvidos na política, a diversidade étnica e cultural dos atores societários e os interesses envolvidos em arranjos políticos, o argumento de Stuart Mill acerca da representatividade perde credibilidade. Os grupos mais vulneráveis socialmente, os setores sociais menos favorecidos e as etnias minoritárias não conseguem que os seus interesses sejam representados no sistema político com a mesma facilidade dos setores majoritários ou economicamente mais prósperos (SANTOS, 2003, p.47).

É nesse sentido que Boaventura de Souza Santos propõe uma concepção contra hegemônica para romper com o modelo estabelecido. Uma concepção que parta do pressuposto de que a participação política dos diversos atores da sociedade é algo indispensável. A democracia segundo a concepção liberal mostra-se assim insuficiente, ao reduzir a participação dos indivíduos a um simples método de escolha de governantes. Para Santos, a democracia resultante da concepção hegemônica é uma “democracia de baixa intensidade”, dessa forma, faz-se necessário realizar um esforço para superá-la e se chegar a uma democracia de “alta intensidade”. O caminho para isso passa pelo aumento da participação política por parte dos cidadãos.

## DEMOCRACIA DE “BAIXA INTENSIDADE”

O termo “democracia de baixa intensidade” foi elaborado por Boaventura de Souza Santos para descrever justamente os sistemas democráticos desenvolvidos pela concepção hegemônica de democracia que descrevemos acima. O modelo democrático liberal, tão forte e tão presente entre nós, já deu provas de que é insuficiente ao não atender as reais demandas da sociedade e também por não valorizar a participação política – que nesse caso, não é o simples ato de votar – dos cidadãos. Vejamos então as principais características dessa ideia de democracia de baixa intensidade.

A democracia de baixa intensidade tende a estar relacionada aos sistemas democráticos meramente representativos. O espaço público – tão falado por Habermas – onde se desenrola a vida em coletividade, restringe a participação a momentos programados e formalmente institucionalizados – como no caso das eleições. Desse modo, as relações sociais são reproduzidas e as deixam intactas. A autoridade do poder se torna uma força concentrada e o seu exercício passível de não ser compartilhada.

Em consequência, o ordenamento jurídico se assenta em uma igualdade formal muitas vezes sem influência real ou contrária à democracia, o que promove assimetrias sociais. Isto ocorre quando na sociedade existem grupos sociais dominantes com legitimidade e poder de vetar aspirações democráticas, sejam elas da maioria ou da minoria, o que vai totalmente de encontro às ideias democráticas, que nos falam de uma ampla participação por parte dos cidadãos. Dessa maneira, a democracia se apresenta deformada e limitada em seus efeitos por banalizar e oprimir as diferenças políticas, personalizar ações em algumas lideranças, excluir da esfera pública o debate de diversos segmentos, suprimir a participação, etc, acontecendo assim uma grande distância entre representantes e representados.

Com isso, se naturaliza a corrupção, que é fundamental para manter essa democracia de baixa intensidade, porque naturaliza a distância dos cidadãos em relação à política – “todos são corruptos”, “os políticos são todos iguais”, etc. –, o que é funcional ao sistema para manter os cidadãos afastados. Por isso a naturalização da corrupção é um aspecto fundamental desse processo (SANTOS, 2007, p. 91).

Analisando os acontecimentos políticos e econômicos do final do século XX, Santos nos diz que esse tipo de democracia de baixa intensidade foi cada vez mais praticado nos países ocidentais, principalmente após o advento das ideias neoliberais. Para ele, a agenda neoliberal que prega que o Estado é ineficiente, que o Estado é a causa de todos os males, etc., ocasionou uma despolitização da sociedade. A prevalência das relações mercadológicas, a falta de interesse pelos assuntos políticos, etc., acarretam cada vez mais o enfraquecimento da prática democrática por parte desses vários países. Sobre a democracia atual, o autor é decisivo em afirmar que

O diagnóstico de nossa situação presente em nível mundial é que vivemos em sociedades politicamente democráticas, mas socialmente fascistas. Ou seja: está emergindo uma nova forma de fascismo que não é um regime político, mas um regime social. É a situação de gente muito poderosa que tem poder de veto sobre os setores mais fracos da população. (...) então isso nos leva a outra característica importante que se desdobra em duas, e é o que chamo de desnacionalização do Estado, por um lado – ou seja, o Estado cada vez mais gerindo as pressões globais –, e a desestatização da regulação social, por outro. O Estado deixa de ter o controle da regulação social, criam-se institutos para isso, e o Estado passa a ser apenas um sócio, não tem o monopólio da regulação social (SANTOS, 2007, p. 89).

Esse enfraquecimento do Estado ocasiona conseqüentemente a falta de credibilidade das instituições democráticas, tornando mais difícil ainda desenvolver novas práticas democráticas entres os cidadãos. Para Boaventura de Souza Santos, uma das características principais de nossa época é o que ele chamou de “perda da demodiversidade”. Quando o autor fala em “demodiversidade”, ele se refere à coexistência, pacífica ou conflitual, de diferentes modelos e práticas democráticas.

A perda da demodiversidade nos faz pensar que o modelo hegemônico liberal é único e universal, e que a democracia se restringe à escolha de representantes em eleições regulares. A perda da demodiversidade tem como um de seus efeitos mais maléficos o desinteresse dos indivíduos em relação aos assuntos políticos, o que é extremamente grave. A perda da demodiversidade naturaliza as enormes desigualdades sociais e torna o cidadão indiferente aos interesses de toda a comunidade. Sendo assim, o que nós podemos fazer diante dessa realidade?

Santos nos diz que a participação reduzida ao voto nas eleições, a formalidade de uma igualdade de todos perante a lei, o exercício de uma liberdade limitada pelas inúmeras discrepâncias econômicas de nossa sociedade capitalista atual, são motivos suficientes para não haver indiferença por parte de atores políticos ativos e que acreditam numa forma alternativa de democracia. Cabe a nós pensarmos numa forma diferente de democracia, forma esta que amplie o espaço político e que torne a participação política por parte de todos em algo institucionalizado, valorizando assim a demodiversidade de todas as sociedades. Nesse sentido, o autor vai desenvolver o que ele chama de “democracia de alta intensidade”, que consiste numa crítica às concepções liberais hegemônicas de nossos dias.

## DEMOCRACIA DE ALTA INTENSIDADE

Conforme tudo o que foi colocado acima, sabemos que a concepção hegemônica liberal se impôs fortemente na maioria dos países ocidentais a partir do século XX. Diante da realidade dessa democracia - que de acordo com o estudo de Boaventura de Souza Santos,

não consegue abarcar as reais demandas da sociedade, demonstrando assim toda a sua limitação e incompletude – o que nós podemos fazer para mudar esse quadro? É possível mudá-lo? Como isso poderia ser feito? São esses e outros questionamentos que o autor vai realizar na tentativa de superar o atual estágio da democracia liberal. Propondo uma nova alternativa, uma nova via que diminua a distância entre representantes e representados, e estabelecendo uma articulação entre democracia representativa e democracia participativa, é que Santos nos diz que todos nós devemos lutar por um modelo democrático mais inclusivo, que é justamente o que ele chamou de “democracia de alta intensidade”.

Pensar um novo modelo de democracia não é uma tarefa das mais fáceis, pelo contrário, pois a grande dificuldade reside no fato de que os conceitos dominantes já fazem parte da nossa consciência. Faz-se necessário romper com o modelo estabelecido e imaginar novas formas de democracia. E como iniciar essa ruptura? Como começar a criticar a atual democracia e tentar modificá-la? Para o autor, nós devemos iniciar essa luta a partir da crítica e do estranhamento ao que está posto pela concepção liberal. Quais instrumentos nós temos para fazer isso?

Na realidade, contamos só com instrumentos hegemônicos para tentar enfrentar tudo isso, porque os conceitos para enfrentar o novo, a descontinuidade, a ruptura, a revolução, hoje nós não temos. Os instrumentos hegemônicos que temos são as semânticas legítimas da convivência política e social: a legalidade, a democracia, os direitos humanos. Isso é realmente o que temos hoje para enfrentar todos esses desafios. É um problema complicado porque, se são instrumentos hegemônicos, por definição não vão resolver nossas inquietações, nossas aspirações, e não vão conseguir o que queremos alcançar, que é uma sociedade mais justa, reinventar a emancipação social (SANTOS, 2007, p. 84).

Essa é a nossa grande dificuldade. Para Santos, se almejamos viver numa nova forma de democracia, nós devemos trabalhar dobrado, pois existe a necessidade pensar os instrumentos hegemônicos de forma contrária, ou seja, de uma maneira contra hegemônica. E como seria isso? A saída está em desenvolver conceitos e ideias contra hegemônicas de legalidade, de direitos humanos etc., e da própria democracia.

A outra parte do trabalho consiste em observar se nas culturas e formas políticas que foram marginalizadas e oprimidas pela modernidade ocidental – muitas delas no próprio Ocidente, porque a modernidade ocidental é feita de muitas modernidades, uma das quais dominou todas as outras – podemos encontrar o início de coisas novas, isto é, o começo de uma crítica ao que está posto pelo sistema dominante. E tudo isso é “um duplo trabalho de arqueologia: nessas ruínas de destruição e nos instrumentos hegemônicos que temos” (SANTOS, 2007, p.85).

É através desse “duplo trabalho de arqueologia”, que o autor nos diz que alguns em alguns países já surgiram novos movimentos que colocam em xeque e questionam a democracia hegemônica e suas instituições, reivindicando uma maior participação e envolvimento nas decisões políticas. Estes movimentos nasceram justamente a partir da luta política pela democratização ou “redemocratização” de muitos estados durante o século XX. Boaventura de Souza Santos nos mostra que tais movimentos, e também outros grupos alternativos, realizaram e realizam uma crítica ao modelo estabelecido na tentativa de ampliar o significado de democracia.



Ele parte então para a análise de casos concretos em países como África do Sul, Brasil, Índia e Portugal, dentre outros, para demonstrar a atuação desses movimentos e apontar algumas de suas conquistas e resultados. Vale lembrar que o principal objetivo deles é ressignificar o sentido da própria democracia, visto que a concepção liberal não mais os interessa pelos vários motivos que aqui já citamos.

Assim, é possível mostrar que, apesar das muitas diferenças entre os vários processos políticos analisados, há algo que os une, um traço comum que remete para a teoria contra hegemônica da democracia: os atores que implantaram as experiências da democracia participativa colocaram em questão uma identidade que lhes fora atribuída externamente por um Estado colonial ou por um Estado autoritário e discriminatório. Reivindicar direitos de moradia (Portugal), direitos a bens públicos distribuídos localmente (Brasil), direitos de participação e de reivindicação do reconhecimento da diferença (Índia e África do Sul) implica questionar uma gramática societária e estatal de exclusão e propor, em alternativa, uma outra mais inclusiva (SANTOS, 2003, p. 50).

Historicamente excluídos da sociedade, esses grupos lutam por sua inclusão como reais atores políticos e buscam participar ativamente dos assuntos da sociedade. A herança do colonialismo, por exemplo, deixou sérias consequências para a maior parte da população desses países analisados, pois o colonizador europeu foi a causa direta de todo preconceito e discriminação. Os indígenas, os negros, os pobres em geral, foram logo colocados à margem de qualquer participação política, pois esta era dominada e controlada pela elite branca, ocasionando assim séculos de exclusão. E a consequência disso tudo se reflete fortemente nos dias de hoje.

Assim, mesmo após o advento e consolidação da democracia representativa liberal – e consequentemente a instituição do sufrágio universal – esses grupos desfavorecidos continuaram excluídos de qualquer participação mais ativa, pois a democracia formal era totalmente favorável às classes dominantes, que manipulava os seus instrumentos “legais”, sustentados por formalidades do tipo de que “todos são iguais perante a lei”. Tal democracia, como vimos, se mostra insuficiente para congregar os interesses dos grupos que não detém o poder econômico numa sociedade, ocasionando assim uma luta, por parte desses grupos, por uma maior inclusão e participação, num movimento de crítica constante ao que está estabelecido pelas concepções dominantes.

No caso brasileiro, em que a nossa história registra vários séculos de exclusão, a dificuldade é ainda maior para reverter o quadro dessa democracia estritamente formal. O colonialismo português, com toda a sua exploração nos deixou uma série de consequências extremamente prejudiciais, consequências estas que sentimos até os dias de hoje. Séculos de exclusão e discriminação ocasionam uma enorme marginalização de vários grupos, enfraquecendo assim a assimilação e a prática de uma participação política. As elites, dominando todas as áreas e controlando autoritariamente o governo do Brasil – mesmo após a proclamação da república – subjugaram a maior parte da população, submetendo estas ao seu controle.

O que aconteceu especificamente com os índios e com os negros merece destaque em nossa análise. Historicamente excluídos, esses grupos foram submetidos às mais severas imposições, sendo escravizados durante os primeiros quatro séculos da nossa história. Mesmo após o fim da escravidão e logo depois, o advento da república, eles continuaram marginalizados, visto que a formalidade republicana de que todos são iguais,

não era e não foi suficiente para resolver o problema. A democracia liberal e o sufrágio universal também não, demonstrando assim a incapacidade desse sistema. Deste modo, a história brasileira é repleta de casos assim, de exclusão e discriminação por parte de elites dominantes aos grupos mais fracos economicamente e politicamente, excluindo-os de qualquer forma de participação política. Tudo isso, resulta numa série de consequências maléficas para o desenvolvimento de uma sociedade mais justa e equilibrada.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das várias considerações mencionadas acima, verifica-se que Santos chama a atenção para o fato de que nas democracias contemporâneas existe uma luta por parte de grupos marginalizados por uma maior participação nos assuntos políticos. A busca por inclusão e participação nas decisões políticas constitui a agenda principal dos movimentos que estão emergindo não apenas no Brasil, mas também em outros países. Buscando apresentar exemplos de mecanismos que promovam e ampliem as práticas democráticas, o autor cita o “orçamento participativo” desenvolvido em algumas cidades brasileiras como uma tentativa de combater as estruturas da democracia liberal – de baixa intensidade –, estabelecendo assim novas formas de participação por parte dos indivíduos.

Juntamente com Leonardo Avritzer, Boaventura de Souza Santos aponta que, entre as diversas formas de participação que emergiram no Brasil pós-autoritário, o orçamento participativo adquiriu proeminência particular, destacando-se nesse sentido a experiência da cidade de Porto Alegre, no Rio Grande do Sul.

Em uma pesquisa de fôlego, os autores defendem o argumento de que no caso brasileiro a motivação pela participação é parte de uma herança comum do processo de democratização que levou atores sociais democráticos, especialmente aqueles oriundos do movimento comunitário, a disputar o significado do termo participação. Nesse sentido, de acordo com Avritzer, “surgem formas efetivas de combinação entre elementos da democracia participativa e representativa, através da intenção dos administradores de articular o mandato representativo com formas efetivas de deliberação a nível local” (AVRITZER, 2003, p.56).

Santos, igualmente, destaca o caso do orçamento participativo, porquanto essa prática representa um elemento básico da democracia de alta intensidade, qual seja, a articulação entre elementos da democracia representativa e participativa. Para ele, o “OP” possui três características principais:

Participação aberta a todos os cidadãos sem nenhum status especial atribuído a qualquer organização, inclusive as comunitárias; Combinação da democracia direta e representativa, cuja dinâmica institucional atribui aos próprios participantes a definição das regras internas e, em terceiro lugar, a alocação dos recursos para investimentos baseada na combinação de critérios gerais e técnicos, ou seja, compatibilização das decisões e regras estabelecidas pelos participantes com as exigências técnicas e legais da ação governamental, respeitando também os limites financeiros (SANTOS, 2003, p. 57).

O orçamento participativo mostra alguns dos potenciais da democracia participativa. No caso de Porto Alegre, a participação da população cresceu praticamente todos os anos, confirmando assim que mecanismos inovadores de ampliação da democracia são

totalmente viáveis. A luta dos novos movimentos para institucionalizar esses mecanismos de participação passa pelo confronto direto com as concepções hegemônicas citadas neste trabalho, que não corroboram com a ideia de uma “ampliação da democracia”, limitando-se apenas à forma representativa.

Combater a forma estritamente representativa, a qual ocasiona uma enorme distância entre representantes e representados é justamente o objetivo principal da “democracia de alta intensidade” proposta por Boaventura de Souza Santos. Para superar a concepção hegemônica – democracia liberal – é necessário repensar os conceitos estabelecidos e ressignificá-los; é necessário reinventar a emancipação social elaborando novas formas de participação democrática que realmente atendam aos reais anseios dos cidadãos. Uma democracia de alta intensidade é aquela que contempla os diferentes grupos de uma sociedade, atribuindo-os direitos iguais de representação e participação na busca de uma sociedade mais justa e equilibrada, isto é, mais democrática.

## REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Souza. Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Edições Afrontamento: Lisboa, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. A crítica da razão indolente. V. 1. São Paulo: Cortês, 2002.

\_\_\_\_\_. Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Edições Afrontamento: Lisboa, 2003.

\_\_\_\_\_. A gramática do tempo: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

\_\_\_\_\_. Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social. São Paulo: Boitempo, 2007.

\_\_\_\_\_. Os desafios das ciências sociais hoje – encarte Clacso. Cadernos da América Latina X. Le Monde Diplomatique. Brasil, 2009.

## Caracterização dos valores pagos à pessoa física a título de indenização - compensação como acréscimo patrimonial e a incidência de imposto de renda

### *Characterization of amounts paid to individuals as compensation - compensation as equity increase and income tax incidence*

Guilherme Assis de Carvalho

#### RESUMO

Este estudo apresenta um estudo acerca da incidência ou não do imposto de renda sobre as indenizações recebidas pelas pessoas físicas e a forma como isso vem sendo tratado pela doutrina e na jurisprudência. Esse estudo é feito através do esclarecimento e definição dos conceitos inerentes ao tema, de forma que ao fim seja possível estabelecer determinadas premissas com base na exata aplicação das técnicas de hermenêutica e compreender as críticas levantadas. Também esclarece e refuta alguns argumentos utilizados pelos tribunais e destaca as imprecisões utilizadas quando da definição dos entendimentos expostos. Por fim, esse estudo também aponta algumas proposições com o escopo de demonstrar ser possível a incidência de imposto de renda sobre indenização compensação.

**Palavras-chave:** imposto de renda. acréscimo patrimonial. indenização reposição. indenização compensação. disponibilidade jurídica. disponibilidade econômica. renda. proventos de qualquer natureza.

#### ABSTRACT

This study presents a study on the incidence or not of the income tax on the indemnifications received by individuals and a form of how this is treated in the doctrine and the jurisprudence. This study is performed by clarifying and defining the concepts inherent to the theme, so that in the end it is possible to establish certain premises based on the exact application of hermeneutics' techniques and understand the criticisms raised. It also



clarifies and refutes some arguments used by the courts and highlights the inaccuracies used when defining the understandings set out. Finally, this study also points out some propositions with the scope of demonstrating that the incidence of income tax on compensation is possible.

**Keywords:** income tax. patrimonial increase. restitutive indemnification. compensatory indemnification. legal availability. economical availability. income. earnings of any nature.

## INTRODUÇÃO

Atualmente no âmbito jurídico é possível verificar que há uma distorção acerca do entendimento da regra matriz de incidência tributária (RMIT) do imposto de renda das pessoas físicas (IRPF) que paira na jurisprudência atual, principalmente no que tange à sua relação com as verbas de caráter indenizatório.

Foi sedimentado o entendimento, tanto pelos tribunais superiores como por parte da Doutrina, de que qualquer montante recebido por pessoas físicas a título de indenização por danos morais não deve sofrer a incidência do IRPF. Ainda, existem alguns posicionamentos mais arrojados no sentido de que não deveria incidir IRPF sobre qualquer verba recebida que possua caráter indenizatório, pouco importando sua origem.

Pode-se verificar que não é levado em consideração a diferença entre alguns conceitos inerentes ao tema, tais como indenização reposição e indenização compensação, bem como os termos dano emergente, lucro cessante e dano moral, bastando apenas a fria análise acerca da natureza da verba, se indenizatória ou remuneratória.

Ademais, ao analisar a RMIT do IRPF por si só, é incontroverso que não há qualquer menção no antecedente da norma acerca da não incidência sobre as verbas de caráter indenizatório, mas tão somente o fato de o referido imposto incidir sobre “renda” (produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos) e “proventos de qualquer natureza” (os acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda).

Desta forma, torna-se irrefutável a afirmação de que a hermenêutica jurídica foi mal aplicada no que tange aos entendimentos emanados tanto de parte da doutrina quanto do judiciário, já que, uma vez executada a subsunção, não há como obter resultado diverso que não o da incidência do IRPF sobre as verbas ora em comento.

Em que pese o enfoque social trazido pelo afastamento da incidência do IRPF sobre as verbas indenizatórias, o presente artigo tem como objetivo elucidar o tema através de duas formas: apontamento das fragilidades dos argumentos que constituem tanto o entendimento do STJ e da doutrina sobre a não incidência do IRPF sobre verbas indenizatórias proveniente de dano moral, quanto daqueles que afirmam não incidir IRPF sobre qualquer parcela recebida pela pessoa física a título de indenização; e demonstração do real alcance da RMIT do IRPF respeitando os limites estabelecidos na legislação vigente.

## NORMA, NORMA GERAL E ABSTRATA, NORMA INDIVIDUAL E CONCRETA - REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA

Antes de adentrar na discussão proposta acerca do tema supramencionado, faz-se necessário para melhor compreensão do ponto de vista lógico jurídico a elucidação de alguns conceitos, tais como real significado de norma, diferença entre os conceitos de norma geral e abstrata e norma individual e concreta e regra matriz de incidência tributária, conforme a seguir.

### Norma, Norma Geral e Abstrata - Norma Individual e Concreta

Primeiramente cumpre tratar do conceito de norma, o que muitos entendem ser apenas os enunciados prescritivos do direito positivo, pode ser entendido como norma em sentido amplo.

Todavia, o conceito a ser trabalhado neste presente artigo a partir de agora é aquele tido como a significação de norma em sentido estrito, isto é, o sentido mandamental mínimo extraído da interpretação de um ou mais enunciados prescritivos do direito positivo. Nesse sentido, cumpre trazer a diferença entre ambas nos dizeres de Paulo de Barros Carvalho:

(...) interessa manter o secular modo de distinguir; empregando “normas jurídicas em sentido amplo” para aludir aos conteúdos significativos das frases do direito posto, vale dizer; aos enunciados prescritivos, não enquanto manifestações empíricas do ordenamento, mas como significações que seriam construídas pelo intérprete. Ao mesmo tempo, a composição articulada dessas significações, de tal sorte que produza mensagens com sentido deôntico - jurídico completo, receberia o nome de “normas jurídicas em sentido estrito”.<sup>1</sup>

Desta forma, conclui-se que podem haver situações em que várias proposições, ainda que interpretadas em conjunto, não sejam capazes de resultar em uma norma, visto não ser possível extrair um sentido desta interpretação, bem como, uma única proposição pode ser suficiente para o surgimento de uma norma, a depender da possibilidade de haver sentido derivado de sua interpretação.

Existem ainda várias vertentes que podem ser tratadas quando o tema é norma jurídica, tais como: existência, validade, vigência, eficácia. Todavia, como o presente tópico visa apenas elucidar de forma breve alguns conceitos com o escopo de ajudar na compreensão do tema discutido, tais vertentes não serão trazidas à tona.

Toda norma possui como pilares de sua estrutura o “Antecedente” e o “Consequente”, sendo o primeiro composto pelo enunciado ou enunciados prescritivos que descrevem uma hipótese, já o segundo é composto por aqueles que prescrevem os efeitos aplicáveis quando da ocorrência da referida hipótese no mundo factual.

No que tange ao “Antecedente”, afirma Paula de Barros Carvalho:

A proposição antecedente funcionará como descritora de um evento de possível ocorrência no campo da experiência social, sem que isso importe em submetê-la ao critério verificação empírica, assumindo os valores “verdadeiro” e “falso”, pois não se trata, absolutamente, de uma proposição cognoscente do real, apenas de proposição tipificadora de um conjunto de eventos.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário Linguagem e Método*, 5ªa Edição. São Paulo: Noeses, 2013. p. 128.

<sup>2</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário Linguagem e Método*, 5ªa Edição. São Paulo: Noeses, 2013, p. 132.

De outro Norte, sobre o conseqüente da norma, “este elege os critérios que a relação entre sujeitos tem que ter para ser imputada como efeito daquele fato. Nestes termos, é o conseqüente que delimita os efeitos a serem atribuídos ao fato jurídico.”<sup>3</sup>

Isto posto, Norma Geral e Abstrata é aquela que existe no plano hipotético, aplicável a qualquer um. Já a Norma Individual e Concreta é aquela que surge após o acontecimento no mundo real do fato descrito na Norma Geral e Abstrata, sendo individual por ser passível a identificação dos sujeitos abarcados pelos seus efeitos e concreta justamente por tratar de um caso concreto, ocorrido.

## REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA

Entende-se por regra matriz de incidência tributária (RMIT) “um esquema lógico-semântico, revelador do conteúdo normativo, que pode ser utilizado na construção de qualquer norma jurídica (em sentido estrito)”<sup>4</sup>. Também pode ser compreendido, em direito tributário, como método através do qual se obtém como resultado norma individual e concreta referente a qualquer tributo. Este resultado é proveniente da análise dos textos do direito positivo que delineiam a hipótese abstrata e o seu respectivo conseqüente e o fato ocorrido, isto é, havendo o acontecimento no mundo real, bem como a subsunção deste a norma geral e abstrata, haverá o surgimento de norma individual e concreta.

Ainda sobre a RMIT, importante destacar que a referida regra é composta de cinco critérios, cuja existência concomitante é imprescindível para a ocorrência da subsunção conforme acima descrito, de forma que a ausência de qualquer destes critérios é suficiente para a não criação de norma individual e concreta.

No direito tributário, em que pese haja o acontecimento no mundo dos fatos tal qual previsto na norma geral e abstrata, para que ocorra a existência de obrigação principal e real incidência do tributo é necessário o lançamento, sobre o qual existem discussões tanto sobre sua natureza, se de simples ato ou procedimento, como também discussão sobre a legitimidade para sua prática, as quais não serão abordadas neste trabalho.

O lançamento é o veículo introdutor de norma individual e concreta que visa instituir o tributo e tornar exigível a obrigação principal, isto é, cria o vínculo jurídico entre os sujeitos, todavia, em que pese afirmação acima de que só pode haver a criação de norma individual e concreta quando presentes os cinco critérios da RMIT, cumpre salientar que essa afirmativa prevalece apenas no plano teórico, no mundo do “dever ser”, visto que em termos práticos pode ser criada norma individual e concreta sem a existência de algum ou alguns dos critérios da RMIT, bem como vigor e produzir efeitos, enquanto não contestada por outra norma.

### Critérios da RMIT

Conforme acima explanado acerca da estrutura das normas, tanto o antecedente como o conseqüente possuem elementos necessários à sua completude, os quais são denominados, no âmbito da RMIT, de critérios, sendo necessário encontrar a figura destes no evento que dá origem à criação da norma individual e concreta.

<sup>3</sup> DE CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de Teoria Geral do Direito, O Constructivismo Lógico-Semântico*, 4ª Edição. São Paulo: Noeses, 2014. p.303.

<sup>4</sup> *IBIDEM*, 2014. p.378.

Habitam o Antecedente da norma os critérios material, espacial e temporal, que representam, respectivamente: o verbo e o complemento da ação prescrita; o local onde ocorre; e o momento em que acontece.

No que tange ao Consequente da norma, este abrange os critérios pessoal e quantitativo, os quais representam, nesta ordem: o (s) sujeito (s) ativo e passivo; e o binômio base de cálculo e alíquota, que por sua vez, correspondem às grandezas necessárias para demonstração do *quantum* que representa a obrigação principal.

Nesse sentido, como bem ensina Aurora Tomazini de Carvalho:

Se consideramos que toda classe delineada pela hipótese normativa aponta um acontecimento, que se caracteriza por ser um ponto no espaço e no tempo. Logo, como conceito identificativo, ela deve, necessariamente, fazer referência a: (I) propriedades da ação nuclear deste acontecimento; (II) do local; e (III) do momento em que ele ocorre; caso contrário, é impossível identificá-lo precisamente. Da mesma forma, como toda classe delineada pelo consequente normativo indica uma relação onde um sujeito fica obrigado, proibido ou permitido a fazer ou deixar de fazer algo em virtude de outro sujeito, necessariamente nele vamos encontrar propriedades identificativas de: (i) dois sujeitos, ativo e passivo; e (IV) do objeto da relação, isto é, daquilo que um dos sujeitos está obrigado, proibido ou permitido de fazer ou deixar de fazer ao outro.<sup>5</sup>

Por fim, será tratado de forma mais detalhada cada critério que compõe a regra em questão, visando dar subsídio ao entendimento da discussão acerca do tema objeto deste artigo.

### **Critério Material**

O critério material é um dos critérios constantes na hipótese, isto é, habita o antecedente da norma, sendo que como toda hipótese pressupõe ou uma ação ou um estado humano, esta é composta de um verbo transitivo sempre pessoal, isto “porque o direito, tendo a função de disciplinar condutas intersubjetivas, só toma como relevante ocorrências que envolvem pessoas”<sup>6</sup>. Por ser o verbo transitivo, logo, de predicação incompleta, é mister para a existência de algum sentido na oração que esteja acompanhado de um complemento, tal como: auferir renda, circular mercadoria, ser proprietário de imóvel, entre outros.

### **Critério Espacial**

Além de ser mais um dos critérios encontrados no antecedente da norma, o critério espacial identifica o limite territorial, e o local onde verbo e o complemento trazidos no critério material tomam forma. Este critério é muito utilizado juntamente com o conceito de competência, visto ser muitas vezes um dos elementos que a determina. Na esfera do direito tributário, o critério espacial auxilia na delimitação da competência para instituir alguns tributos, bem como, a qual ente cabe a cobrança.

### **Critério Temporal**

Como todo evento prescrito na norma tributária precisa conter um verbo transitivo, um

<sup>5</sup> DE CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de Teoria Geral do Direito, O Constructivismo Lógico-Semântico*, 4ª Edição. São Paulo: Noeses, 2014, p.379.

<sup>6</sup> *IBIDEM*, 2014, p.391.



complemento e uma delimitação territorial, também precisa de uma delimitação temporal, o que é imprescindível para a previsibilidade do sistema jurídico, um dos pilares da segurança jurídica. Todo verbo pressupõe uma ação, a qual se concretiza em determinado momento, ou muitas vezes, a depender do verbo prescrito, a ação pode perdurar um lapso de tempo maior, sendo necessário, para fins de ordem, que o legislador defina em que determinado momento ocorreu o evento, mesmo que no mundo real tenha sido mais longo.

Importante ressaltar que este critério apresenta dupla função, sendo que a primeira foi trazida acima, qual seja, demonstrar o marco temporal em que ocorre no mundo real a hipótese prescrita no enunciado, já a segunda função trata da determinação das regras vigentes aplicáveis.

Ainda, existem alguns tributos onde a delimitação temporal do evento prescrito é facilmente identificada, como o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), o qual tem como critério temporal o momento da transmissão. Já para outros, é necessária interpretação do ordenamento jurídico de forma complexa, como o Imposto de Renda, que requer o uso de conceitos como regime de caixa, regime de competência, resultados no exterior, e afins.

### Critério Quantitativo

O critério quantitativo é composto pelo binômio base de cálculo e alíquota, sendo necessário para delimitar o objeto da relação jurídico tributária. Também é denominado critério prestacional, acerca do qual entende Aurora Tomazini de Carvalho:

O critério prestacional demarca o núcleo do consequente, apontando qual conduta deve ser cumprida pelo sujeito passivo em favor do sujeito ativo. Considerando-se a forma relacional mediante a qual o direito prescreve as condutas que deseja regular, o critério prestacional é um feixe de informações que nos diz qual o dever jurídico do sujeito passivo em relação ao sujeito ativo e qual é o direito subjetivo que este tem em relação àquele.<sup>7</sup>

Desse modo, o valor da obrigação principal decorrerá da multiplicação da alíquota pela base de cálculo, devendo esta última estar diretamente relacionada com a hipótese prescrita no critério material, conforme leciona Hugo de Brito Machado:

(...) é grande a importância da base de cálculo, porque ela nos permite identificar o tributo de que se cuida. Se a lei cria um imposto sobre a renda mas indica como sua base de cálculo a receita ou o patrimônio, está na verdade, criando imposto sobre a receita ou o patrimônio, e não sobre a renda.(...) A base de cálculo é, portanto, elemento essencial na identificação do tributo, sobre o qual se aplica a alíquota para ter-se como resultado o valor do tributo correspondente.<sup>8</sup>

No que tange à alíquota, origina-se do latim *alíquot*, que significava alguns, um certo número. Trata-se hoje de multiplicador que visa definir a qual fração da base de cálculo deverá corresponder o valor pecuniário da obrigação principal.

Referente à extrafiscalidade de alguns tributos, a alíquota é elemento imprescindível para o alcance dessa finalidade, tendo em vista que a base de cálculo deverá guardar relação com o critério material, a alíquota é bem mais suscetível de alteração, podendo aumentar a carga tributária referente a determinado tributo, ou até mesmo diminuí-la, desde

<sup>7</sup> DE CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de Teoria Geral do Direito, O Constructivismo Lógico-Semântico*, 4ª Edição. São Paulo: Noeses, 2014. p.415.

<sup>8</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 154.

que respeitadas as limitações constitucionais previstas<sup>9</sup>.

Por fim, importante ressaltar que o valor da obrigação principal, constituído conforme acima descrito, deverá guardar também relação direta com a capacidade contributiva<sup>10</sup>, respeitando assim seus limites.

### **Critério Pessoal**

Partindo da premissa de que todo vínculo jurídico tributário envolve sempre uma pluralidade de partes, sendo assim, formado por duas ou mais pessoas, é no critério pessoal que se define a participação destas na relação. Como toda relação obrigacional pressupõe o dever de dar ou fazer algo em favor de outrem, havendo, portanto, as figuras do sujeito ativo, em favor de quem deverá ser feito ou dado algo, e do sujeito passivo, aquele que terá a obrigação de dar ou de fazer.

Desta forma, o critério material tem como função determinar os sujeitos ativo e passivo presentes na relação jurídico tributária, sendo estes, respectivamente, o ente da federação indicado na norma como competente para a instituição do tributo, e a pessoa física ou jurídica que pratica a conduta prescrita no critério material ou a quem a lei definir, mesmo que não pratique a referida conduta, bastando apenas guardar relação como evento ocorrido.

Cumprido salientar que é possível na relação jurídica tributária a existência de pluralidade de sujeitos passivos, todavia, é afastada a possibilidade de haver mais de um ente figurando como sujeito ativo em decorrência da indelegabilidade.

## **CRITÉRIO MATERIAL DA RMIT DO IMPOSTO DE RENDA; AQUISIÇÃO DE DISPONIBILIDADE ECONÔMICA OU JURÍDICA; RENDA; PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA/ACRÉSCIMO PATRIMONIAL**

Conforme anteriormente explanado, a regra matriz é um método através do qual é possível a construção de todo o processo de surgimento da norma individual e concreta, o qual tem início com a existência no sistema jurídico de norma geral e abstrata. No que tange ao imposto de renda, a norma geral e abstrata, bem como seu fundamento de validade estão previstos na constituição federal, código tributário nacional (CTN)<sup>11</sup> e regulamento do imposto de renda<sup>12</sup>. Para fins do presente artigo, o imposto de renda objeto de análise é aquele direcionado às pessoas físicas (IRPF).

Não obstante a importância dos critérios: temporal, espacial, pessoal e quantitativo, o presente artigo tratará apenas de forma detalhada do critério material do IRPF, visto ser este imprescindível para o desenvolvimento do tema proposto.

<sup>9</sup> Princípios da anterioridade, razoabilidade, não confisco, noventena.

<sup>10</sup> "A capacidade contributiva, ou capacidade de contribuir, no sentido de disponibilidade para a contribuição tributária ao Estado, será definida, em regra, pelas características individuais do cidadão. Ninguém poderá contribuir para o Estado enquanto não puder garantir a própria existência, assim como daqueles que dele dependem. Também, ninguém poderá contribuir com tanto que tal encargo seja desencorajador e até impeditivo da construção ou da manutenção da riqueza ou da fonte produtiva. Há um patamar mínimo e um limite máximo, obviamente, de capacidade de contribuir para o bem comum. (CASTELLANI, Fernando Ferreira. O imposto sobre a renda e as deduções de natureza constitucional. São Paulo: Noeses, 2015. p. 106.)

<sup>11</sup> LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966.

<sup>12</sup> DECRETO Nº 3.000, DE 26 DE MARÇO DE 1999.

No tocante ao fundamento de validade constitucional da norma geral e abstrata que trata do imposto de renda, sobre a competência para instituição, temos o artigo 153, *in verbis*:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

I - Importação de produtos estrangeiros;

II - Exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;

**III - renda e proventos de qualquer natureza;**

IV - Produtos industrializados;

V - Operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

VI - Propriedade territorial rural;

VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

(...)

**§ 2º O imposto previsto no inciso III:**

**I - Será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei; (grifo nosso)**

No âmbito do CTN, os artigos 43 a 45 discorrem, em seu bojo, sobre o imposto de renda, sendo mister, para fins de esclarecimento da sua abrangência, trazer o enunciado prescritivo que trata do critério material do referido imposto, conforme segue:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a **aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica**:

I - **De renda**, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - **De proventos de qualquer natureza**, assim entendidos os **acréscimos patrimoniais** não compreendidos no inciso anterior. (grifos nossos)

Ainda, sobre a norma geral e abstrata do imposto de renda, de forma a atingir sua completude, há o regulamento do imposto de renda (RIR/99), conforme supracitado, que trata tanto sobre o IRPF quanto do imposto de renda de pessoa jurídica (IRPJ). Este regulamento tem como fundamento de validade o CTN e dispõe de forma detalhada sobre todos os aspectos inerentes ao imposto aqui tratado, como alíquotas, retenção na fonte, base de cálculo, momento da incidência, isenções, obrigação acessória, data de pagamento, entre outros.

Desta forma, conclui-se que o critério material do IRPF é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza, ou seja, o aumento do patrimônio.

Por fim, faz-se necessário, para o real entendimento da abrangência do imposto de renda, a elucidação de alguns termos, quais sejam: aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica, renda, proventos de qualquer natureza/acréscimo patrimonial.

## Aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica

É mister tratar primeiramente do real significado de disponibilidade, que segundo o dicionário Michaelis, do ponto de vista econômico é “situação dos valores e títulos de que se pode dispor imediatamente ou que podem ser convertidos em numerário”<sup>13</sup>. Diante disso, pode-se também afirmar que a disponibilidade é um dos atributos do dono da coisa, conforme aduz o código civil<sup>14</sup>, o que leva à conclusão de que a disponibilidade, para fins de IRPF, é a situação em que com bem, material ou imaterial, pode o seu proprietário fazer o que bem entender, como doar, vender, queimar, entre outros.

Ainda, sobre disponibilidade, aduz Mary Elbe Queiroz:

O melhor significado para disponibilidade é de liberdade necessária à normalidade dos negócios, caracterizando-se como a situação em que possibilita ao titular poder dar destinação livre e imediata à renda ou provento percebido, não alcançando a disponibilidade apenas potencial.<sup>15</sup>

A disponibilidade econômica diz respeito à entrada em caixa da renda ou provento de qualquer natureza, isto é, encontra-se à disposição da pessoa, não importando, inclusive, a sua origem. Desta forma, é irrelevante para o direito tributário qual a origem do rendimento ou provento de qualquer natureza para fins de IRPF, podendo derivar de atividade lícita ou ilícita, sendo necessário apenas que haja subsunção do evento ocorrido com a norma geral e abstrata do referido imposto para que haja o pressuposto de criação da relação jurídico tributária.

Vale lembrar a conotação moral que a incidência de IRPF sobre renda e proventos de qualquer natureza originados de atividade ilícita traz perante a sociedade, visto que ao cobrar tributo sobre esse evento, estaria o Estado concordando com a prática do mesmo. Inclusive, “alguns entendem que o Estado, ao tributar rendimentos oriundos de atividades criminosas, estaria se associando ao crime e obtendo, imoralmente, recursos de uma atividade que ele mesmo proíbe”<sup>16</sup>.

No tocante à disponibilidade jurídica, esta representa a aquisição da renda/proventos no patrimônio, mas, num momento anterior à disponibilidade econômica, isto é, há o direito, ele foi contabilizado no patrimônio da pessoa, todavia, não representa a posse física. Em que pese possa haver disposição quando da disponibilidade jurídica, consideramos como parcial, isto porque mesmo que represente um direito líquido e certo, no mundo real, pode haver inadimplência e insolvência, o que frustraria o alcance da disponibilidade econômica.

Diante disso, para fins de incidência do imposto de renda, a disponibilidade econômica é necessária no que tange ao IRPF, que é o que chamamos de regime de caixa, já para o IRPJ, basta a aquisição de disponibilidade jurídica, também entendida por regime de competência, acerca do qual leciona Hiromi Higuchi:

(...) a legislação do imposto de renda adota o regime de competência para a tributação dos resultados das empresas. Com isso, se não tiver uma disposição expressa em sentido contrário, as receitas, os rendimentos e ganhos terão que ser

<sup>13</sup> Dicionário Michaelis. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=disponibilidade>. Acesso em 24/03/2017

<sup>14</sup> Código Civil. “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

<sup>15</sup> QUEIROZ, Mary Elbe. *Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza*. São Paulo: Manole, 2004. p. 72.

<sup>16</sup> ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquemático*. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 13.

reconhecidos pelo regime de competência, isto é, independente de recebimento em dinheiro.<sup>17</sup>

Por fim, conclui-se que sempre que houver aquisição, isto é, obtenção por qualquer forma, lícita ou ilícita, de disponibilidade econômica, fica o sujeito passivo sujeito à incidência do IRPF, ao contrário da disponibilidade jurídica, que para fins deste imposto não terá ainda repercussão tributária.

## Renda

Acerca de renda, muito tem se discutido, principalmente sobre termos no ordenamento jurídico um conceito vago a ser preenchido pela doutrina, ou se já existe definição legal para o mesmo. Paulo de Barros Carvalho destaca que existem três teorias doutrinárias que procuram aclarar este conceito, in verbis:

Acerca do conceito de “renda”, três são as correntes doutrinárias predominantes:

- a) “Teoria da Fonte”, para o qual “renda” é o produto de uma fonte estável, suscetível de preservar sua reprodução periódica, exigindo que haja riqueza nova (produto) derivada de fonte produtiva durável, devendo esta subsistir ao ato de produção;
- b) “Teoria Legalista”, que considera “renda” um conceito normativo, a ser estipulado pela lei: renda é aquilo que a lei estabelecer que é; e
- c) “Teoria do acréscimo patrimonial”, para a qual, “renda” é todo ingresso líquido, em bens materiais, imateriais ou serviços avaliáveis em dinheiro, periódico, transitório ou acidental, de caráter oneroso ou gratuito, que importe um incremento líquido do patrimônio de determinado indivíduo, em certo período de tempo.<sup>18</sup>

Isto posto, a teoria que vigora no direito brasileiro acerca do conceito de renda é a do acréscimo patrimonial, de acordo com o que aduz o Código Tributário Nacional, para o qual renda é o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, conforme anteriormente transcrito.

Desta forma, entendemos que trabalho é a prestação de serviço efetuada por pessoa física em favor de outrem, seja pessoa física ou jurídica, mediante contraprestação. Vale aqui ressaltar que não tratamos de relação trabalho, nos termos do direito trabalhista, onde se exige subordinação e habitualidade. No que tange ao capital, entende Fernando Ferreira Castellani:

Por capital, podemos entender a parcela do patrimônio passível de gerar novos serviços ou bens e, conseqüentemente, nova riqueza. Trata-se, pois, de um bem utilizado na produção de outros bens ou serviços, de origem humana (não natural) e não consumíveis no processo. Não se confundem, assim, com os bens naturais ou mesmo insumos e matérias-primas. Trata-se, para as teorias econômicas clássicas, de um dos fatores de produção.<sup>19</sup>

Ainda, sobre o capital, é possível citar alguns exemplos de renda proveniente do capital, como nas aplicações em renda fixa (CDB, Tesouro direto, LCA, LCI), nos juros sobre capital próprio pago aos acionistas, entre outros. Importante ressaltar que o capital não compõe o rendimento, o qual é calculado através da subtração entre o valor do capital final e o valor do capital inicial, sendo esta diferença o próprio rendimento.

<sup>17</sup> HIGUCHI, Hiromi. *Imposto de Renda das empresas: Interpretação e prática: atualizado até 10-01-2013*. 38ª Edição. São Paulo: IR Publicações, 2013. p. 36.

<sup>18</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário Linguagem e Método*, 5ª Edição. São Paulo: Noeses, 2013. p. 679.

<sup>19</sup> CASTELLANI, Fernando Ferreira. *O imposto sobre a renda e as deduções de natureza constitucional*. São Paulo: Noeses, 2015. p. 80.

## Proventos de qualquer natureza e acréscimo patrimonial

Conforme dispõe o artigo 43, II do CTN<sup>20</sup>, o termo proventos de qualquer natureza é entendido como qualquer acréscimo patrimonial que não se encaixe no conceito de renda. Desse modo, acerca do acréscimo patrimonial, afirma Mary Elbe Queiroz:

(...) no tocante ao imposto de renda, o acréscimo patrimonial deverá ser entendido como um plus a riqueza nova, isto é, aquilo que não existe anteriormente e veio a juntar-se ao patrimônio. Caracteriza um incremento do patrimônio, independentemente de qual tenha sido a origem da renda.<sup>21</sup>

Em que pese tenha sido elucidado o termo acréscimo patrimonial, é de suma importância também detalhar de forma minuciosa o conceito de patrimônio. O termo patrimônio tem origem no latim, sendo que sua primeira denominação era *res*. Todavia, o termo “patrimônio” como é conhecido hoje é “derivado do latim *patrimonium*, de *pater*, originariamente quer o vocábulo significar os bens da família ou bens herdados dos pais”<sup>22</sup>.

Atualmente, o patrimônio, para fins de IRPF, que é o objeto do estudo deste artigo, é entendido como o acervo de bens, direitos e obrigações da pessoa física, que tem como pressuposto possuir valor econômico ou ao menos ser mensurável nesse aspecto. Nesse sentido:

O conceito de patrimônio está relacionado à totalidade de bens, direitos e créditos do sujeito, passível de avaliação em dinheiro (...). São desconsiderados, para fins patrimoniais, eventuais direitos não passíveis de mensuração econômica. Sendo assim, compõe o patrimônio os bens materiais (imóveis, veículos, obras de arte, dinheiro, pedras preciosas, livros, mercadorias, entre outros), os bens imateriais (patentes, registros, ponto empresarial), créditos (recebíveis) e direitos (direito a determinado crédito, por cessão), assim como os débitos e as dívidas. Bens da vida, como a integridade física, não integram, tecnicamente, nosso patrimônio. O patrimônio é formado a partir da análise de elementos positivos e negativos, chamados, respectivamente, de ativos e passivos.<sup>23</sup>

Por conseguinte, sempre que houver tanto um aumento dos elementos positivos, isto é, dos ativos da pessoa física, ou uma diminuição dos passivos, haverá acréscimo patrimonial.

## INDENIZAÇÕES E O IRPF

### Conceito de indenização

O termo indenização, “derivado do latim *indemnis* (indene), de que se formou no vernáculo o verbo indenizar (reparar, recompensar, retribuir), em sentido genérico quer exprimir toda *compensação* ou *retribuição monetária* feita por uma pessoa a outrem, para reembolsar de despesas feitas ou para ressarcir de perdas tidas”.<sup>24</sup>

No que diz respeito à indenização por dano moral, esta não está abrangida no conceito acima, pois não visa reembolsar despesas ou ressarcir perdas tidas, mas tão

20 Art. 43, II do CTN: “II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.”

21 QUEIROZ, Mary Elbe. *Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza*. São Paulo: Manole, 2004. p. 77.

22 De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico Conciso, segunda edição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 569.

23 CASTELLANI, Fernando Ferreira. *O imposto sobre a renda e as deduções de natureza constitucional*. São Paulo: Noeses, 2015. p. 75.

24 De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico Conciso, segunda edição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 429.

somente amenizar o abalo moral causado. Usa-se o termo amenizar justamente porque os bens de cunho moral não possuem valor econômico, bem como são irrestauráveis, impassíveis de voltarem ao seu status *a quo*, de forma que essa espécie de indenização visa muito mais sancionar o causador do dano do que reparar o dano causado, por ser de fato irreparável.

## Classificação das indenizações - Indenização compensação e Indenização reposição

Uma vez esclarecido o conceito de indenização, é possível, ainda, classificá-la em dois grupos distintos, o da indenização compensação e o da indenização reposição, os quais se diferenciam principalmente pelo impacto que causam no patrimônio da pessoa indenizada.

Desta forma, temos que o patrimônio, conforme anteriormente explanado, abrange a totalidade de bens, direitos e obrigações da pessoa. Sempre que houver dano, e o mesmo tiver como consequência a diminuição do patrimônio de determinada pessoa, a indenização que decorre dessa situação, visando restaurar o patrimônio ao status *a quo*, é considerada indenização reposição, já que procura somente reestabelecer o patrimônio, recuperar a riqueza perdida em decorrência do dano causado.

De outro Norte,

A indenização compensação, a indenização-compensação representa uma entrega de riqueza à vítima de um dano quantitativamente não correspondente a uma riqueza pré-existente, que tenha sido imediatamente retirada de seu patrimônio em decorrência do ato danoso. A indenização-compensação apenas compensa um sofrimento causado por um dano moral (do qual, como minuciosamente demonstrado, não decorre nenhuma subtração de riqueza pré-existente) ou compensa os lucros cessantes, isto é, o que se perdeu a oportunidade de ganhar em razão do dano sofrido (o qual não causou qualquer subtração da riqueza preexistente, pois os lucros cessantes correspondem a uma mera expectativa de ganho, e não a valores já incorporados no patrimônio à época do ato danoso)<sup>25</sup>.

Ademais, como os lucros cessantes representam o acréscimo patrimonial que ocorreria normalmente caso não houvesse o dano, neste plano, os mesmos sofreriam incidência do IRPF.

## Espécies de danos: dano moral e dano material

Conforme mencionado acima, toda indenização tem como pressuposto a ocorrência de um dano, o qual pode ser entendido como o prejuízo causado a outrem que impacte em ofensa material ou moral. Quando houver ofensa ao patrimônio, entendemos haver o dano material. “Possui, assim, o sentido econômico de diminuição ocorrida ao patrimônio de alguém, por ato ou fato estranho à sua vontade. Equivale, em sentido, a perda ou prejuízo”<sup>26</sup>.

No tocante a ofensa cometida à imagem ou honra de determinada pessoa, dentre outros direitos que não compõem o patrimônio, surge o dano moral.

<sup>25</sup> LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. “DESCONSTRUINDO O MITO DA NÃO-INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE VERBAS DE NATUREZA INDENIZATÓRIA”; Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/revista-pgfn/ano-i-numero-i/augusto.pdf>. Acesso em 23/03/2017.

<sup>26</sup> De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico Conciso*, segunda edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 233.

## Danos Morais

Todo dano deriva de uma ofensa ou mal que tenha um indivíduo causado a outrem. Não obstante, também é pressuposto da ocorrência do dano que a pessoa alvo da ofensa tenha sido de fato atingida.

Conforme será visto adiante, quando a pessoa é atingida em seu patrimônio, haverá o dano material, todavia, quando houver ofensa a seus bens de cunho moral, como “à sua liberdade, à sua honra, à sua pessoa ou à sua família”<sup>27</sup>, haverá dano moral.

## Danos Materiais - Dano emergente e Lucro cessante

O dano material, com base no acima exposto, tem como pressuposto a ofensa ao patrimônio da pessoa, podendo acarretar em dano emergente, do latim *dammun emergens*, que representa o “prejuízo correspondente ao que o credor efetivamente perdeu”<sup>28</sup> ou lucros cessantes, do latim *lucrum cessans*, que abrange “o que ele tinha fundadas esperanças de auferir, e que razoavelmente deixou de lucrar”.<sup>29</sup>

Desta forma, tendo em vista que a indenização reparação visa recuperar o patrimônio, sem que haja ingresso de riqueza nova, mas tão somente ao status que possuía no momento imediatamente anterior à ocorrência do dano, concluímos que, em se tratando de dano material, haverá indenização reparação apenas quando decorrente de dano emergente.

Em contrapartida, quando a reparação for decorrente de lucros cessantes, a indenização será compreendida como indenização compensação, isto porque visa compensar a pessoa pelo rendimento que deixou de auferir, portanto, gerará nova riqueza e incrementará seu patrimônio na medida se torne maior do que no momento imediatamente anterior à ocorrência do dano.

## A incoerência do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema

O Superior Tribunal de Justiça possui posicionamento consolidado em favor da não incidência de IRPF sobre valores recebidos por pessoa física que são tidos como indenização em decorrência de danos morais sofridos, conforme súmula 498<sup>30</sup>.

O tribunal em comento afirma que a não incidência decorre da ausência de acréscimo patrimonial, bem como, não há como equiparar indenização ao conceito de renda ou proventos de qualquer natureza, pois a indenização a título de dano moral restitui o patrimônio “imaterial” ao status *a quo*.

Nesse sentido, seguem alguns precedentes que deram origem à súmula supramencionada:

27 *IBIDEM*, 2010. p. 235.

28 *PEREIRA, Caio Mário da Silva. Teoria Geral das Obrigações. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 321.*

29 *IDEM*, 2010. p. 321.

30 Súmula 498 - Não incide imposto de renda sobre a indenização por danos morais. (Súmula 498, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 13/08/2012)



A verba percebida a título de dano moral tem a natureza jurídica de indenização cujo objetivo precípuo é a reparação do sofrimento e da dor da vítima ou de seus parentes, causados pela lesão de direito, razão pela qual torna-se infensa à incidência do imposto de renda, porquanto inexistente qualquer acréscimo patrimonial. [...] 3. Deveras, se a reposição patrimonial goza dessa não incidência fiscal, a fortiori, a indenização com o escopo de reparação imaterial deve subsumir-se ao mesmo regime, porquanto *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*.<sup>31</sup>

(..) II - [...] Explicitou-se que a indenização por dano moral limita-se a recompor o patrimônio imaterial da vítima, não tendo vinculação com o patrimônio real, ipso facto, inobservada na hipótese a aquisição de acréscimo patrimonial compatível com o comando do artigo 43 do CTN, tem-se afastada a incidência da exação.<sup>32</sup>

O fato gerador do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN). 2. Não incide imposto de renda sobre as verbas recebidas a título de indenização por danos morais uma vez que inexistente acréscimo patrimonial. [...] O imposto de renda, conforme prelecionado no art. 43 do CTN e respaldado pelo art. 153, III, da Constituição Federal, tem como fato gerador a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de acréscimo patrimonial. A aferição de renda, portanto, pressupõe a existência de um ganho, um lucro, um acréscimo patrimonial. Dentro deste conceito se enquadram as verbas de natureza salarial ou as recebidas a título de aposentadoria, ao contrário das verbas indenizatórias, que são recebidas como compensação pela perda de um direito e não constituem acréscimo patrimonial. [...] após intensos debates sobre o caráter indenizável dos danos morais, dada a inexistência de repercussão na esfera econômica, concluiu-se pela reparabilidade do prejuízo sofrido, da dor suportada pela vítima. Atualmente, tanto a Constituição Federal (art. 5º, V e X), quando o Código Civil de 2002 (art. 186) trazem previsão expressa para o ressarcimento de prejuízos não-patrimoniais.<sup>33</sup>

Ademais, o tribunal também se pauta nos dizeres do princípio “Ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio”, o qual significa que nos casos em que prevaleça a mesma razão fundamental, deverá ser aplicado a mesma regra de direito. Entende o tribunal que simplesmente por não haver incidência de IRPF sobre a indenização reposição, também não deverá haver sobre indenização compensação proveniente de dano moral, pois tem o escopo de reparar o “patrimônio imaterial”.

No entanto, a razão pela qual não ocorre a incidência do IRPF sobre indenização reposição decorre da ideia de que esses valores não configuram um aumento patrimonial, mas sim uma recomposição daquilo que se perdeu. Por outro lado, a indenização compensação, que provém da ofensa aos bens de cunho moral ou lucros cessantes, tem natureza diversa, configurando uma retribuição via monetária pelos transtornos que foram causados ou o ganho objetivamente certo que deixou de ser auferido.

No primeiro caso, referente à indenização reposição, não há dúvidas da inocorrência da hipótese de incidência do Imposto de Renda, pois, não há que se falar em aumento patrimonial. Entretanto, em relação aos valores recebidos a título de dano moral ou lucros cessantes, o acréscimo patrimonial é percebido por aquele que foi indenizado, devendo, portanto, haver o recolhimento do Imposto de Renda.

À vista disso, fica claro que a razão de direito que justifica a não cobrança do Imposto de Renda sobre as indenizações patrimoniais não se coaduna com o fundamento utilizado para a não ocorrência dessa mesma exação sobre o dano moral e lucros cessantes, sendo, o princípio “Ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio” utilizado de forma imprecisa pelo Superior Tribunal de Justiça.

<sup>31</sup> AgRg no Ag 1021368 RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 21/05/2009, DJe 25/06/2009.

<sup>32</sup> AgRg no REsp 1017901 RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2008, DJe 12/11/2008.

<sup>33</sup> REsp 686920 RS, Rel. Ministro ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 10/10/2009.

## Renda e proventos de qualquer natureza que não constam na base de cálculo do IRPF

Existem alguns recebimentos pela pessoa física que não sofrem a incidência de IRPF. Essa não incidência tem como causa dois motivos diversos, o primeiro motivo é que o valor recebido não caracteriza acréscimo patrimonial ou riqueza nova, portanto, não considerado como renda ou provento de qualquer natureza, o que impossibilita a subsunção do fato à norma geral e abstrata do IRPF. Já o segundo motivo se justifica pela isenção que o legislador concedeu a essa quantia recebida. Pode-se citar a título de exemplo o seguinte: (I) os rendimentos da caderneta de poupança; (II) indenização decorrente de acidente; (III) indenização por danos patrimoniais; (IV) proventos de aposentadoria por doença grave <sup>34</sup>, entre muitos outros.

Nesse sentido, é mister afirmar que todo ingresso de bens ou direitos economicamente mensuráveis no patrimônio da pessoa física devem ser submetidos a uma análise, a qual deverá verificar o enquadramento deste ingresso no conceito de renda ou proventos de qualquer natureza. Uma vez que haja o referido enquadramento, haverá incidência de IRPF, com exceção das situações em que o legislador optou por taxativamente afastá-la, seja através de imunidade ou isenção.

## PROPOSIÇÕES - GROSSUP - ISENÇÃO

Neste quarto último capítulo do presente artigo serão trazidas algumas proposições capazes de assegurar, tanto a utilização precisa das técnicas de hermenêutica quanto o alcance da desoneração das indenizações compensatórias no que se refere ao IRPF.

Primeiramente, cumpre ressaltar que também concordo com o fato de que as indenizações provenientes de dano moral não deveriam sofrer a incidência de IRPF, todavia, não da forma como é feito, tendo em vista que a norma geral e abstrata, em sua completude, isto é, com todos os enunciados prescritivos que tratam da matéria, não prevê essa possibilidade. No que se refere a indenização de lucros cessantes, há plena concordância quanto a incidência acima transcrita.

À vista disso, a simples produção de um enunciado através de atividade legislativa capaz de criar norma que trate da isenção da referida indenização no tocante ao IRPF é suficiente para adequação quanto às técnicas de hermenêutica.

Outra proposição que poderia funcionar como solução seria a implementação de uma metodologia de cálculo, de forma que o valor ajustado a título de indenização seria o valor líquido recebido pelo indenizado, ao mesmo tempo em que o valor pago por aquele

<sup>34</sup> Decreto 3.000/99. “Art. 39. Não entrarão no cômputo do rendimento bruto: (...) VIII - os rendimentos auferidos em contas de depósitos de poupança; (...) XVI - a indenização reparatória por danos físicos, invalidez ou morte, ou por bem material danificado ou destruído, em decorrência de acidente, até o limite fixado em condenação judicial, exceto no caso de pagamento de prestações continuadas; (...)XVIII - a indenização destinada a reparar danos patrimoniais em virtude de rescisão de contrato; (...)XXXIII - os proventos de aposentadoria ou reforma, desde que motivadas por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados de doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome de imunodeficiência adquirida, e fibrose cística (mucoviscidose), com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma (...)”.

que tem o dever de indenizar seria o valor bruto, contendo tanto valor líquido como o IRPF, que poderia ser retido na fonte.

Desta forma, haveriam dois novos conceitos, o de indenização bruta e o de indenização líquida. A título de exemplo, uma vez que determinada pessoa faça jus a uma indenização no valor de R\$ 11.000,00, ao considerarmos que a alíquota do IRPF é de 15%, o valor da indenização bruta que deveria ser pago pelo causador do dano seria de 12.941,18, conforme quadro abaixo:

Indenização Líquida	R\$ 11.000,00
IRPF	R\$ 1.941,18
Alíquota	15%
Indenização Bruta	R\$ 12.941,18

Ambas as soluções propostas requerem atividade legislativa, todavia, visam desonerar o indenizado do encargo que traz o IRPF. Na primeira proposição a União sofreria o impacto, já na segunda, o encargo alcançaria aquele que causa dano.

Em que pese não considerar que a indenização a título de lucros cessantes deva ser desonerada quanto ao IRPF, as proposições acima podem vir a abrangê-la.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, o presente artigo buscou elucidar todos os conceitos necessários que envolvem o imposto de renda de pessoa física e a incidência deste sobre as indenizações recebidas, de forma a tornar claro o entendimento de que as técnicas de hermenêutica têm sido aplicadas de forma imprecisa no tocante à matéria, bem como a análise realizada tanto pelos tribunais quanto pela doutrina acerca do entendimento da não incidência do referido imposto sobre a matéria ora discutida é rasa e não aprecia todos os elementos necessários.

Em que pese haja o consenso nos tribunais, do qual partilho, de que não seria justo o indenizado sofrer a incidência no IRPF na medida da indenização recebida, visto que além do abalo emocional sofrido, teria que se preocupar com o imposto em questão. Não é admissível a criação de conceitos ou distorção de termos, como acima exposto, quando há referência ao patrimônio moral ou imaterial e a indagação de que a indenização compensação recebida não caracteriza acréscimo patrimonial. Ora, uma vez que o patrimônio seja representado pela variável "x", é incontroverso que após o recebimento da indenização compensação, ele será representado pela mesma variável adicionada do valor da indenização, conforme abaixo demonstrado, onde:

$$A'(P = X); A''(P = X); A'''(P = X+I)$$

A' = Momento antes da ocorrência do Dano Moral ou Lucros Cessantes;

A'' = Momento após a ocorrência do Dano Moral ou Lucro Cessantes;

A''' = Momento após o recebimento da Indenização Compensação;

P = Patrimônio;

X = Variável que representa o patrimônio;

I = Valor da Indenização Compensação.

Em vista disso, chega-se à conclusão de que, primeiro, a indenização compensação, conforme acima demonstrado, gera riqueza e caracteriza acréscimo patrimonial, que é o complemento do verbo no critério material da RMIT de IRPF. Segundo, os argumentos utilizados que procuram afastar a incidência deste imposto sobre esta espécie de indenização não examinam a origem do dano e seu efeito no patrimônio, mas não somente o fato de se tratar de uma indenização.

Por fim, também é possível concluir que ao promover decisões baseadas na criação de conceitos novos apenas para alcançar determinado fim, mesmo que este não corresponda à fiel aplicação do direito, é dado um passo em direção à insegurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquematizado. São Paulo: Editora Método, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário Linguagem e Método, 5ª Edição. São Paulo: Noeses. 2013.

CASTELLANI, Fernando Ferreira. O imposto sobre a renda e as deduções de natureza constitucional. São Paulo: Noeses, 2015.

DE CARVALHO, Aurora Tomazini. Curso de Teoria Geral do Direito, O Constructivismo Lógico-Semântico, 4ª Edição. São Paulo: Noeses, 2014.

De PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico Conciso, segunda edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

HIGUCHI, Hiromi. Imposto de Renda das empresas: Interpretação e prática: atualizado até 10-01-2013. 38ª Edição. São Paulo: IR Publicações, 2013.

LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. “DESCONSTRUINDO O MITO DA NÃO-INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE VERBAS DE NATUREZA INDENIZATÓRIA”. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/revista-pgfn/ano-i-numero-i/augusto.pdf>. Acesso em 23/03/2017.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Introdução ao Direito Civil Teoria Geral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. Teoria Geral das Obrigações. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

QUEIROZ, Mary Elbe. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. São Paulo: Manole, 2004.

**Direito e justiça tributária a luz do conceito de bens e serviços do setor de tecnologias da informação e comunicação: atividades de P.D&I versus serviços de P.D&I e os reflexos tributários da lei 8.387/1991 sobre ISS**

***Tax law and justice in the light of the concept of goods and services in the information and communication technology sector: R.D&I activities versus R.D&I services and the tax consequences of law 8.387/1991 about ISS***

**Ana Maria Oliveira de Souza**

*Mestre em Desenvolvimento Regional, Especialização em Direito Público e Comércio Exterior. Graduação em Economia e Direito. Professora do Centro Universitário Luterano do Brasil/CEULbra-Manaus/AM – Brasil*

**RESUMO**

O presente estudo tem como objetivo a análise da natureza jurídica do que vem a ser descrito em norma específica como as “atividades de serviços de pesquisa, desenvolvimento e inovação” opostas a natureza jurídica da “*prelados estação* de serviços de pesquisa, desenvolvimento e inovação”, que se configuram em equações antagônicas do ponto de vista jurídico-tributária. O conflito conceitual desemboca numa hipótese de incidência conflituosa entre o que a lei se propõe e o objetivo para a qual a lei foi proposta. A metodologia está voltada para a pesquisa bibliográfica, análise de leis, decretos, livros e acervo técnico e científico capaz de reunir informações qualitativas para análise da legislação. No campo dos



resultados estão as evidências normativas extraídas da dimensão material, espacial e pessoal, constante da Regra da Matriz de Incidência Tributária, que decorrem em evidências de ausência das características para se tributar atividade de pesquisas em detrimento dos objetivos maiores da política extrafiscal trazida pela Lei no. 8.387/91.

**Palavras-chave:** pesquisa. desenvolvimento. inovação. serviços.

## ABSTRACT

The legal nature of what is described in a specific rule as the “activities of research, development and innovation services” are opposed to the legal nature of the “provision of research, development and innovation services”, and are configured in antagonistic equations of the legal-tax point of view. A bibliographic research is inferred as necessary, in order to, through laws, decrees, books and scientific collection of articles on the internet, gather qualitative information for the analysis of specific legislation, and discuss the reach of the material, spatial and personal dimensions, constant of the Tax Incidence Matrix Rule, which resulted in evidence of the absence of the characteristics to tax research activity to the detriment of the greater objectives of the extrafiscal policy brought by Law no. 8,387/91

**Keywords:** research. development. innovation. services.

## INTRODUÇÃO

A Pesquisa, desenvolvimento e inovação (P.D&I) são definidos de maneira uniforme no Manual Frascati e Oslo, documentos preparados pela Organização OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), para unificar o conceito e a prática de pesquisas estatísticas dos estados membros da organização. Desde então, essas definições têm sido usadas por vários outros países, inclusive no Brasil. No entanto, a definição não é estática, esses manuais têm revisado para melhorar a coleta de dados, precisão e utilidade dos dados coletados.

Nessa linha de pensamento, sejam os conceitos trazidos pelos manuais, seja pelo regramento legal das normas, a aplicação de recursos para a industrialização de bens e serviços do setor de tecnologia da informação e comunicação não possuem lastro de recurso público, pela natureza jurídica que exercem. Os conceitos trazidos pelos manuais citados serão revisitados ao longo do presente trabalho com o objetivo de não se deixar ofuscar o que de fato deve representar a sigla atividades de P.D&I e seus reflexos sobre políticas públicas.

Por esse ângulo de balizamento, este trabalho justifica-se pelo estudo do nexos causal entre a política pública extrafiscal advinda do Decreto-lei no 288/67 c/c com Lei no. 8.387/91, e a política de P.D&I na Amazônia Ocidental e Amapá, conforme exarado na condição de princípio jurídico pelo inciso I, parágrafo único, artigo 1º da Lei de Inovação, “*promoção das atividades científicas e tecnológicas como estratégicas para o desenvolvimento econômico e social*” (Lei 10.973/2004).

O trabalho tem como objetivo geral discutir, especialmente, a diferença jurídico-

tributária entre “atividades de serviços de P.D&I” e “prestação de serviços de P.D&I” (pesquisa, desenvolvimento e inovação), a partir dos aspectos material, espacial e pessoal das regras da matriz de incidência tributária (RMIP).

No campo dos objetivos específicos, verifica-se que a política pública advinda da Lei de Informática aplica a Amazônia Ocidental e Amapá, tem o condão de promover o desenvolvimento de atividade de pesquisa e desenvolvimento, e que, portanto, eventuais tributações sobre atividade de serviços de pesquisa e desenvolvimento, acabam criando distorções principiologicamente.

Assim, a relevância do tema investigado tem sua narrativa alicerçada no debate sobre a natureza jurídica do que vem a ser “atividades de serviços de P.D&I” e “prestação de serviços de P.D&I”, e os reflexos na distorção do objetivo do legislador quando da criação de mecanismos de políticas públicas extrafiscais.

O acordo celebrado entre pessoas jurídicas produtoras de bens de tecnologia, serviços de informação com Institutos de Ciência e Tecnologia, Institutos Públicos, Privados e de Ensino, revestem-se em parcerias de P.D&I, conforme orientação da Lei no. 8.387, de 30 de dezembro de 1991 e Lei no 10.973, de 02 de dezembro de 2004, que visam a realização de atividades conjuntas de pesquisa, desenvolvimento de tecnologia, produtos, serviços ou processos.

Essas atividades conjuntas de serviços, não possuem natureza jurídica tributária e nem de longe podem ser confundidas com as características descritas:

No artigo 3º do Código Tributário Nacional, *in verbis*, Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”. (FACHIN, 2020)

A natureza jurídica<sup>1</sup> de um tributo é determinada pelo seu fato gerador, não havendo em qualquer legislação de inovação amparo legal para isso, portanto, os recursos a serem aplicados a título de pesquisa e desenvolvimento são essencialmente recursos de origem privada. Assim, seja utilizando-se de acordo de parceria, convênios, contratos ou qualquer outro instrumento similar, não há presente a natureza jurídica tributária do recurso, portanto ausente a figura do repasse público, também conceituado como transferência voluntária de recursos.

## DESENVOLVIMENTO

A Lei no 10.973, de 02 de dezembro de 2004 (Lei de Inovação), alterada em 2016 pela Lei no 13.243 (novo marco da C.T&I) tratou expressamente no artigo 9º dos instrumentos jurídicos para aporte de recursos privados no âmbito da promoção das atividades de científicas e tecnológicas como estratégicas para o desenvolvimento econômico e social por intermédio dos “acordos de parceria”, ou convênios.

Neste ponto, há de ressaltar não se trata do convênio administrativo, próprio do

<sup>1</sup> Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:

I - A denominação e demais características formais adotadas pela lei;

II - A destinação legal do produto da sua arrecadação.

Decreto no. 6.170/2007 que cujo objeto é sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, que envolvam recursos públicos, mas dos acordos entre entes da iniciativa privada (acordos civis) com interesses comuns. Portanto, são recursos privados não constantes de operacionalização de transferências oriundas do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União, mas recursos cujo objetivo é estabelecer parcerias privado-público, privado-privado com objetivos voltados para a pesquisa e desenvolvimento. Este tipo de mecanismo foi inaugurado, do ponto de vista mais rápido, com a Lei no. 8.248, de 23 de outubro de 1991, conhecida como Lei de Informática Nacional (LIN).

A Lei no. 8.248, de 23 de outubro de 1991 inaugurou os efeitos da Abertura Comercial sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação no Brasil. Na mesma esteira a Lei no. 8.387, de 30 de dezembro de 1991, o fez para a industrialização de bens de informática na Zona Franca de Manaus, alterando o Decreto-lei no. 288 de 28 de fevereiro de 1967, quanto a concessão de alguns incentivos fiscais do imposto de importação e sobre produtos industrializados.

A evolução jurídica do marco regulatório do P.D&I na ZFM, inaugurado pela Lei no. 8.387/1991, sofreu melhorias e adequações nas regulamentações dos dispositivos da lei, na seguinte ordem cronológica: Decreto no 1.885, de 26/04/1996; Decreto no 4.401, de 01/10/2002, e Decreto no 6.008, de 29/12/2006. Em 2016, com o nascituro do marco legal da inovação nacional pela Lei no 13.243/2016, novamente se fez necessários ajustes regulamentares na inovação a partir da ZFM, e com isso o executivo publica o Decreto no 10.521, de 15 de outubro de 2020 e Decreto no 10.891, de 09 de dezembro de 2021.

Em que pese todas as alterações sofridas desde o advento da “Lei de Informática da ZFM” em 1991, em nenhum regramento as atividades de P.D&I foi tratada como “prestação de serviço”.

O artigo 2º da Lei no. 8.387/1991, aduz que os bens e serviços do setor de tecnologia da informação e comunicação industrializados na Zona Franca de Manaus serão concedidos os incentivos fiscais e financeiros do Imposto de Importação e Imposto sobre Produtos Industrializados, desde que atendidas um conjunto de obrigações acessórias, tais como, cumprimento do processo produtivo básico, incorporação de tecnologia de produtos e de processos de produção compatíveis com o estado da arte e da técnica, níveis crescentes de produtividade e competitividade, e investir, “anualmente, no mínimo 5% (cinco por cento) do seu faturamento bruto no mercado interno, decorrente da comercialização de bens e serviços de tecnologia da informação e comunicação incentivados na forma da lei, deduzidos os tributos correspondentes a tais comercializações” (SUFRAMA, 2007) , além dos valores da aquisição dos produtos incentivados adquiridos pela Lei no. 8.248/1992 ou Lei no. 11.484/2007.

Assim, o 5% obedecem às formas de aplicação determinados no §4º e §18 do artigo 2º da Lei no 8.387/1991, conforme Quadro I e II, conforme veremos a seguir.



**Quadro 1 - Formas de alocar os 2,7% do faturamento bruto em atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação.**

Inciso	% Alocado	Condição
I	2,7	PROJETOS TECNOLÓGICOS COM OBJETIVO DE SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL, DE ENTIDADES CREDENCIADAS PELO CAPDA
II		CAPITALIZAÇÃO DE EMPRESAS NASCENTES DE BASE TECNOLÓGICA NA AMAZ. OCIDENTAL
III		REPASSE A ORGANIZAÇÃO SOCIAL
IV		ATIVIDADES DE P.D.&I REALIZADAS DIRETAMENTE PELA PRÓPRIA EMPRESA OU COM ICT's

**Fonte: Elaboração própria autora, a partir do §18º do artigo 2º da Lei no. 8.387, de 30 de dezembro de 1991 c/c Decreto no 10.521, de 15 de outubro de 2020.**

Os §§ 4º e 18 do artigo 2º da Lei no. 8.387/1991, dispõem sobre os critérios com que os investimentos mínimos em atividade de PD&I devem obedecer, a saber:

Art. 2º Aos bens e serviços do setor de tecnologias da informação e comunicação industrializados na Zona Franca de Manaus serão concedidos os incentivos fiscais e financeiros previstos no art. 9º do Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, atendidos os requisitos estabelecidos no § 7º do art. 7º do referido Decreto-Lei.

§ 1º Após 29 de outubro de 1992, os bens referidos neste artigo, industrializados na Zona Franca de Manaus, quando internados em outras regiões do País, estarão sujeitos à exigibilidade do Imposto sobre Importação relativo a matérias-primas, produtos intermediários, materiais secundários e de embalagem, componentes e outros insumos, de origem estrangeira e nele empregados, conforme coeficiente de redução estabelecido no § 1º do art. 7º do Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, com a redação dada pelo art. 1º desta lei.

§ 2º (revogado)

§ 2º-A Os bens de que trata o caput deste artigo são os constantes da relação prevista no § 6º do art. 16-A da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991

§ 3º Para fazer jus aos benefícios previstos neste artigo, as empresas que tenham como finalidade a produção de bens e serviços de tecnologias da informação e comunicação deverão investir, anualmente, no mínimo 5% (cinco por cento) do seu faturamento bruto no mercado interno, decorrente da comercialização de bens e serviços de tecnologias da informação e comunicação incentivados na forma desta Lei, deduzidos os tributos correspondentes a tais comercializações e o valor das aquisições de produtos incentivados na forma do § 2º deste artigo, da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, ou do art. 4º da Lei nº 11.484, de 31 de maio de 2007, em atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação a serem realizadas na Amazônia Ocidental ou no Estado do Amapá, conforme projeto elaborado pelas próprias empresas, com base em plano de investimento em pesquisa, desenvolvimento e inovação a ser apresentado à Superintendência da Zona Franca de Manaus (Sufrema, 2007 *apud* BRASIL, 1991). “grifo nosso”

Em síntese as empresas que industrializarem bens e serviços do setor de tecnologias da informação e comunicação na Zona Franca de Manaus, podem pleitear a redução do imposto de importação e isenção do imposto sobre produtos industrializados, consoante projetos técnico-econômico apresentado a Superintendência da Zona Franca de Manaus, com base em plano de investimentos em pesquisa, desenvolvimento e inovação (PPD&I), cujos critérios estão dispostos no § 4º, do art. 2º, quais sejam:

§ 4º No mínimo dois vírgulas três por cento do faturamento bruto mencionado no § 3º deverão ser aplicados como segue:

I - Mediante convênio com Instituições Científica, Tecnológica e de Inovação (ICTs),

bem como com instituições de pesquisa ou instituições de ensino superior mantidas pelo poder público, com sede ou estabelecimento principal na Amazônia Ocidental ou no Estado do Amapá, credenciadas pelo Comitê das Atividades de Pesquisa e Desenvolvimento na Amazônia (Capda), e, neste caso, será aplicado percentual igual ou superior a 0,9% (nove décimos por cento);

II - sob a forma de recursos financeiros, depositados trimestralmente no Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT), criado pelo Decreto-Lei nº 719, de 31 de julho de 1969, e restabelecido pela Lei nº 8.172, de 18 de janeiro de 1991, e, neste caso, será aplicado percentual igual ou superior a 0,2% (dois décimos por cento);

III - sob a forma de aplicação em fundos de investimentos ou outros instrumentos autorizados pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) que se destinem à capitalização de empresas de base tecnológica, com sede ou atividade principal na Amazônia Ocidental ou no Estado do Amapá, conforme regulamento a ser editado por ato conjunto do Ministro de Estado da Indústria, Comércio Exterior e Serviços e do Superintendente da Suframa;

IV - Sob a forma de aplicação em programas prioritários definidos pelo Capda;

V - Sob a forma de implantação ou operação de incubadoras ou aceleradoras credenciadas pelo Capda; VI - Mediante convênio com ICTs criadas e mantidas pelo poder público, com sede ou estabelecimento principal na Amazônia Ocidental ou no Estado do Amapá, credenciadas pelo Capda, e, neste caso, será aplicado percentual igual ou superior a 0,4% (quatro décimos por cento), conforme regulamentação do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços e da Suframa; e

VII - em organizações sociais, qualificadas conforme a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, que mantenham contrato de gestão com o Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços e que promovam e incentivem a realização de projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação na área de bioeconomia, com sede ou atividade principal na Amazônia Ocidental ou no Estado do Amapá, conforme regulamento a ser editado pelo Ministro de Estado da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, que, neste caso, poderá substituir os percentuais previstos nos incisos I e IV deste parágrafo. (SUFRAMA, 2007 *apud* BRASIL, 1991)

**Quadro 2 - Formas de alocar os 2,3% do faturamento bruto em atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação.**

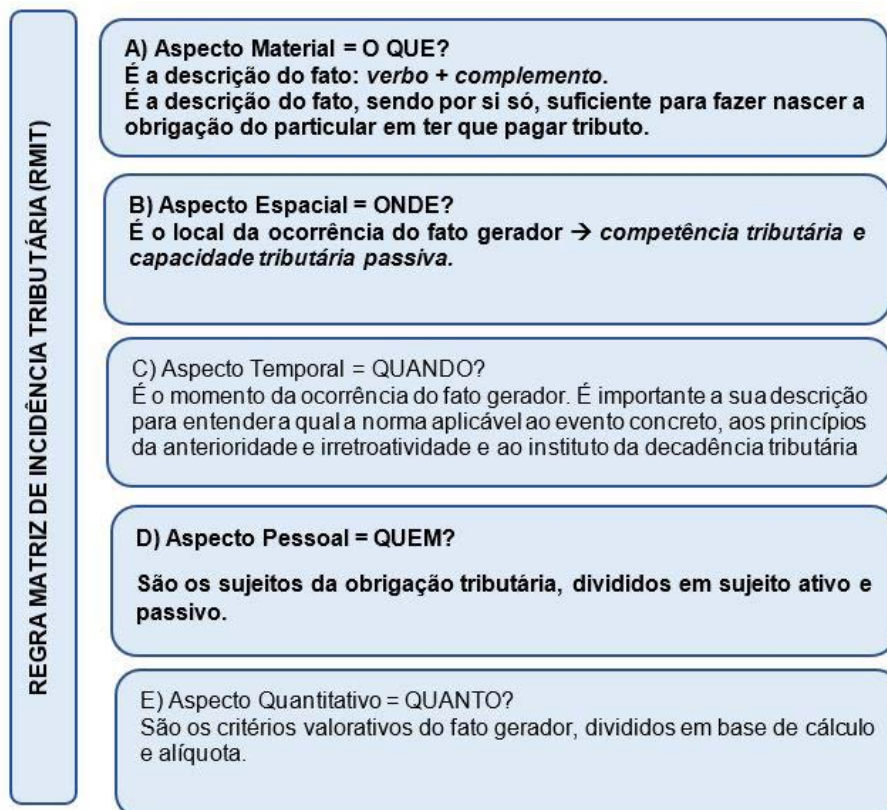
Inciso	% Alocado	Condição
I	= ou superior a 0,9	POR MEIO DE CONVÊNIO COM INSTITUIÇÃO CIENTÍFICA, TECNOLÓGICA E DE INOVAÇÃO - ICT OU COM INSTITUIÇÕES DE PESQUISA OU INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR MANTIDAS PELO PODER PÚBLICO
II	= ou superior a 0,2	SOB A FORMA DE RECURSOS FINANCEIROS, DEPOSITADOS TRIMESTRALMENTE NO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO - FNDCT
III	0,8	APLICAÇÃO EM FUNDOS DE INVESTIMENTOS OU OUTROS INSTRUMENTOS AUTORIZADOS PELA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS QUE SE DESTINEM À CAPITALIZAÇÃO DE EMPRESAS DE BASE TECNOLÓGICA.
IV		PROGRAMAS PRIORITÁRIOS
V		IMPLANTAÇÃO OU OPERAÇÃO DE INCUBADORAS OU ACELERADORAS
VI	= ou superior a 0,4	POR MEIO DE CONVÊNIO COM ICTS CRIADAS E MANTIDAS PELO PODER PÚBLICO
VII		ORGANIZAÇÕES SOCIAIS, REALIZAÇÃO DE PROJETOS DE PESQUISA, DESENVOLVIMENTO E INOVAÇÃO NA ÁREA DE BIOECONOMIA (SUBSTITUI 0,9% + 0,4%)
Σ	2,3	

Fonte: elaboração própria autora, a partir do §4º do artigo 2º da Lei no. 8.387, de 30 de dezembro de 1991 c/com Decreto no 10.521, de 15 de outubro de 2020.

A validade tributária dos tributos é verificada mediante a aplicação legal das regras da matriz de incidência tributária (MIT), que nada mais são que condutas estabelecidas em lei obedecendo ao Princípio da Tipicidade Cerrada ou Fechada. Tais condutas são denominados na literatura jurídica-tributário como Aspectos ou Critérios do fator gerador do tributo. São eles: aspecto material, espacial, temporal, pessoal e quantitativo.

O aspecto material refere-se à descrição do fato, da matéria trazida em lei pela ação do verbo; aspecto espacial, versa sobre o local da ocorrência do fato gerador, influenciando sobre a competência e capacidade tributária do tributo; o aspecto temporal, irá se preocupar com o momento temporal da ocorrência do fato gerador; e, por fim o aspecto quantitativo, visa quantificar, ou seja, valorar a base de cálculo.

**Figura 1 – Regra da Matriz de Incidência Tributária e seus aspectos.**



**Fonte: elaboração da autora.**

Considerando o objetivo do tema que se propõe este artigo, a partir deste momento a análise será pontual em três aspectos: material, espacial e pessoal, tendo em vista que os outros dois aspectos (temporal e quantitativo) não são objeto de divergência ou interpretação controversa. Assim, busca-se responder aos seguintes questionamentos e entendimentos legais:

- Aspecto material: se os serviços do setor de tecnologias da informação e comunicação industrializados na Zona Franca de Manaus, são prestação de serviços ou atividades de serviços?
- Aspecto espacial: qual o aspecto espacial do recolhimento do ISS?
- Aspecto pessoal: quem é o contribuinte e o responsável tributário?

Dentro do campo do direito tributário destaca-se existir da hierárquica no sentido lógico-jurídico, que tem no corpo constitucional o maior grau importância, seguido pelas leis complementares que devem estar em perfeita harmonia com o Código Tributário Nacional (CTN), aplicado em todo território nacional. Assim, é fundamental a estrutura federal de Estados e seus respectivos municípios com as competências tributárias próprias, conforme referência de Hans Lelsen quando descreve sobre a descentralização jurídica. Portanto, ao lado de cada ente federativo, a CF/88 concedeu autonomia formal e material à competência concorrente.

O instituto da lei complementar, hierarquicamente inferior à Constituição, é própria no direito tributário para legislar sobre matérias de ordem tributária (Art. 146, CF).

A União por força constitucional pode legislar concorrentemente sobre as matérias de Direito Tributário, disciplinado pelo que traz o artigo 24 da CF, que por sua vez se materializa por meio da produção de normas gerais, não podendo suprimir, estancar ou substituir a competência legislativa própria de Estados e Municípios.

O artigo 150, Inciso I da CF combinado com o artigo 97 do CTN:

Referem-se à necessidade de lei do ente competente (federal, estadual ou municipal) para instituir e regular o tributo, não satisfazendo o mandamento constitucional nem a edição de normas gerais, por meio de lei complementar (Artigo 146/CF). A lei complementar não cria limitações que não sejam dadas pela Constituição, não restringe nem dilata o campo por ela delimitado, de tal forma que há isonomia no campo da descentralização e da harmonia, conforme preleciona o Código Tributário (BRASIL. 1966)

As leis municipais e estaduais devem ser harmônicas ao descrito nas leis federais, sob pena de tornar inócuos nos resultados perquiridos pelo sistema tributário nacional. A harmonia deve sempre ser privilegiada em detrimento da substituição de qualquer exercício normativo, em matérias tributárias, especialmente quando uma lei federal encampa o espírito extrafiscal, que pode ter seus efeitos socioeconômicos anulados, caso a lei estadual ou municipal não desejar os mesmos objetivos, ou seja, enquanto uma desonera para estimular comportamentos, outra aplica a fiscalidade como objetivo arrecadatório.

Inexistindo lei complementar da União, que previna conflitos de competência, regulamente as limitações ao poder de tributar ou defina os tributos, suas espécies, os fatos geradores e as bases de cálculos, dos impostos, taxas, contribuições de melhorias, empréstimos compulsórios e contribuições, não há que se falar em supressão, assim acautelado pela competência suplementar, seguindo a termo o artigo 25 da Constituição Federal.

Consoante o *princípio da continuidade da Ordem Jurídica*, o Decreto-lei 288/67, é recepcionado pela CF/88 com força de lei complementar, portanto seus princípios explícitos e implícitos devem servir de balizamento para as demais normas estaduais e municipais que coadunam com a lógica do instituto da extrafiscalidade tributária.

A Lei de Informática “é um instrumento de política industrial criado pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) no Brasil, no início da década de 1990, para estimular a competitividade e a capacitação técnica”, em empresas brasileiras de bens de informática, automação e telecomunicações. Dessa forma, como já mencionado

anteriormente, a empresa beneficiária da Lei auferiu incentivos fiscais referentes à redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) que incide sobre os produtos incentivados e, como contrapartida, deve comprovar investimentos em atividades de pesquisa e desenvolvimento (P&D) no Brasil. Paralelamente, a Lei 8.387/1991, regulamentada pelo Decreto 10.521/2020, concede benefícios fiscais, por meio de renúncia de receitas, para incentivar a ciência, tecnologia e inovação na Amazônia Ocidental e no Amapá.

É nesta linha que procedemos o estudo no sentido de esclarecer o objetivo do que venha ser “atividades de serviços de P.D&I” e “serviços de P.D&I”, especialmente porque se trata de lógica-tributária antagônicas, onde aquela é extrafiscal e esta fiscal.

## **Análise pelo Aspecto Material**

O ISS, embora amparado no inciso III, artigo 156, da CF, tem na Lei Complementar no 116/03 sua matriz de incidência tributária bem definida. Na citada LC, o fato gerador é apresentado no artigo 1º como “a prestação de serviços constantes da lista anexa.”. Desse modo, a prestação de serviço é por essência legal uma obrigação jurídica, ou seja, *“obligation est vinculum juris quae necessitate adstringimur, alicujos rei, secundum nostrae vivitatis”*. Desse modo, a obrigação é um vínculo de direito que compele alguém a efetuar uma prestação, de dar, fazer ou não fazer qualquer coisa (bem ou serviço) em favor de outra pessoa.

Dentro do anexo da LC no 116/2003 (Lista de serviços), todos os itens constantes do 1 – Serviços de informática e congêneres e 2 – Serviços de pesquisas e desenvolvimento de qualquer natureza, estão dentro de uma relação obrigacional de prestação de dar, fazer ou não fazer. Portanto, estamos dentro do ambiente obrigacional da prestação de serviços, diferentemente da relação jurídica das atividades de serviços de pesquisa, desenvolvimento e inovação.

A atividade de PD&I pressupõe o acordo de parceria para uma pesquisa específica que envolva desenvolvimento e inovação, pela própria essência jurídica da extrafiscalidade com lastro legal no artigo 9º da Lei no 10.973, de 02 de dezembro de 2004 c/c Decreto no 9.283, de 07 de fevereiro de 2018, além das normas jurídicas próprias do PD&I na Amazônia Ocidental e Amapá, a saber, a Lei no. 8.387, de 30 de dezembro de 1991 e Decreto no 10.521, de 15 de outubro de 2020.

Observa-se que o citado artigo da Lei no 10.973/2004, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica, prevê que as entidades públicas estão autorizadas a conceder recursos para a execução de projetos de P.D&I com ICT's, mediante instrumento de convênio, contrato ou instrumento jurídico assemelhado. Nessa mesma linha o Decreto 9.283/2018, na Seção II – Do acordo de parceria para pesquisa, desenvolvimento e inovação, assegura que o “acordo de parceria” celebrado sobre P.D&I é o instrumento jurídico celebrado pelas ICT's com as instituições públicas ou privadas para a realização de atividades conjuntas.

Assim sendo, ao se falar em acordo de parceria, convênios ou instrumento similar que traduza a expressão de vontade das partes em atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação não devem ser confundidos com prestação de serviços, ou seja, uma obrigação

de dar, obrigação de fazer ou não fazer em favor de outrem.

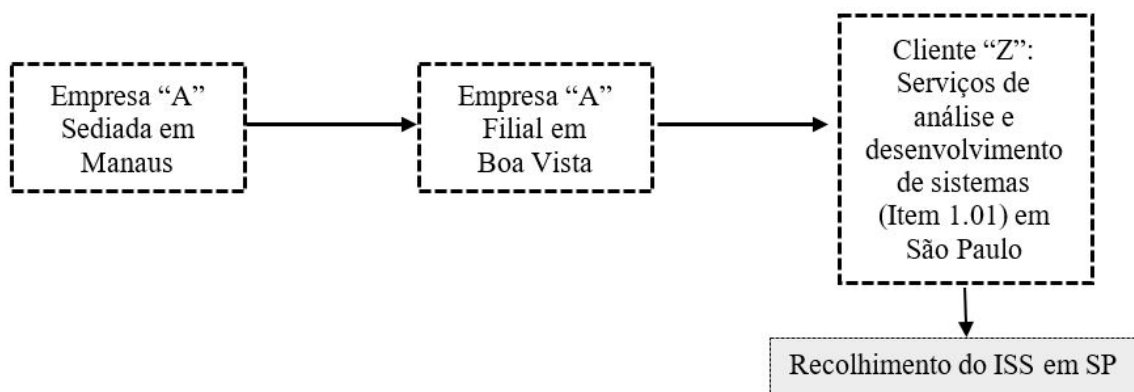
## Análise pelo Aspecto Espacial

O aspecto espacial é o local da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. A regra da ocorrência do fato gerador está descrita no artigo 3º da LC no 116/2003, onde o ISS será devido no local do estabelecimento do prestador de serviço, ou na falta do estabelecimento, no local do domicílio, salvo as exceções trazidas no mesmo artigo. Na mesma esteira, o artigo 4º, conceitua o que vem a ser estabelecimento, como unidade econômica ou profissional, sendo indiferente a denominação de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação. Ou seja, a regra de ocorrência do fato gerador é a área geográfica que não extrapola o município do prestador do serviço, isto é, onde está efetivamente localizado o prestador de serviço.

Estão no campo das exceções, ou seja, será cobrado no local do tomador do serviço (Itens I a XXV), os seguintes serviços agrupados: importações, planos de saúde, cartões de crédito e débito, serviços temporários e arrendamentos. E por fim, o salvo da exceção, o ISS se não enquadrado na regra, nem na exceção, será recolhido no local onde o serviço foi prestado.

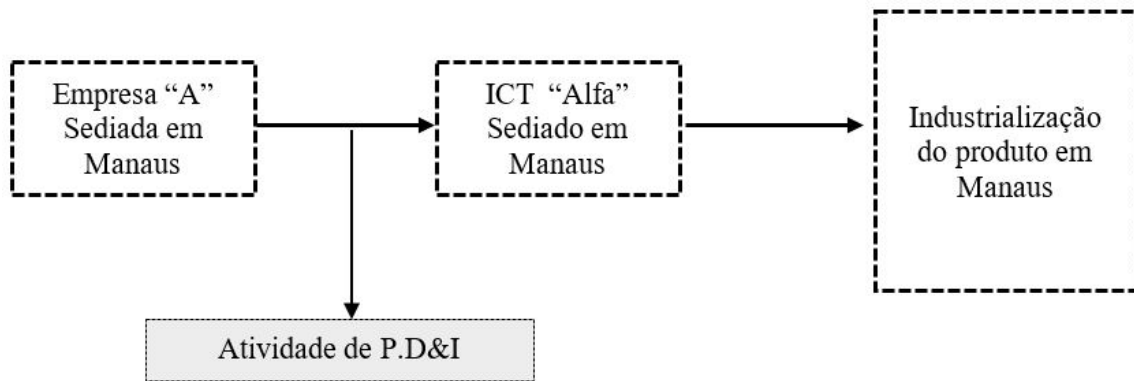
Em homenagem a objetividade, passamos a dois exemplos hipotéticos. O primeiro utilizaremos como hipótese uma situação considerando o serviço de análise e desenvolvimento de sistemas (Item 1.02) do anexo da LC no 116/2003.

Exemplo hipotético 1: uma empresa “A”, sediada em Manaus tem filial em Boa Vista (prestador de serviço), é contratada para realizar (obrigação de fazer) análise e desenvolvimento de sistemas (item 1.01 do anexo da LC no 116/2003) de um cliente “Z” (tomador de serviço) em São Paulo. Neste caso, o ISS será pago pelo prestador do serviço em no município de São Paulo, uma vez que o serviço extrapola a área do município.

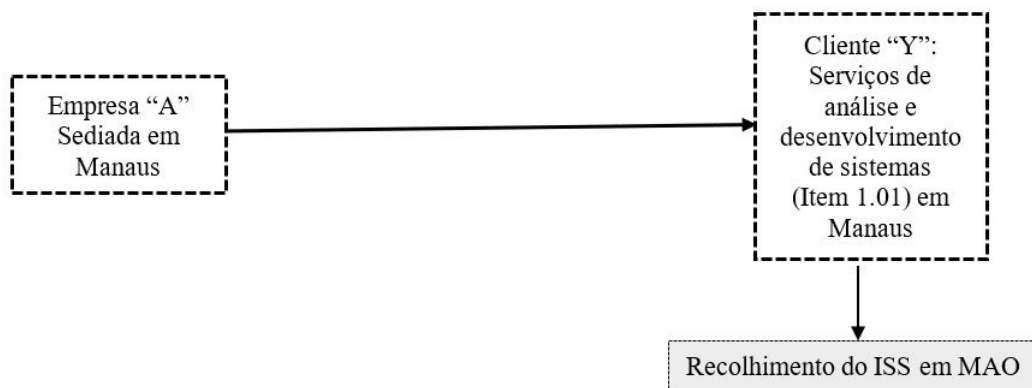


Exemplo hipotético 2: uma empresa “A”, sediada em Manaus firma com o ICT “Alfa”, sediado em Manaus, um acordo de parceria com interesses mútuos para realização de pesquisa e desenvolvimento de melhoria na implementação de insumo amazônico na fabricação de determinado produto em Manaus.

Nesta situação hipotética, não há que se falar em serviços de P.D&I, uma vez que não há a figura do prestador de serviço, do tomador do serviço, nem tão pouco da obrigação de fazer. Não se configurando fato gerador do ISS.



Exemplo hipotético 3: uma empresa "A", sediada em Manaus (prestador de serviço), é contratada para realizar (obrigação de fazer) uma análise e desenvolvimento de sistemas (item 1.01 do anexo da LC no 116/2003) de um cliente "Y" (tomador de serviço) em Manaus. Neste caso, o ISS será pago pelo prestador do serviço no município de Manaus, uma vez que o serviço não extrapola a área do município, e principalmente porque existe a configuração do aspecto material do fator gerador, qual seja: a obrigação de fazer, a existência do prestador e do tomador de serviço.



## Análise pelo Aspecto Pessoal

O aspecto pessoal dentro da MIT faz referência identificatória da competência e da capacidade tributária. Naturalmente por força do disposto do Inciso III do artigo 156/CF a competência é privativa dos municípios. Sobre a capacidade tributária é necessário em fase preliminar avocar-se o artigo 121 do Código Tributário Nacional – CTN, trazendo a diferença entre o sujeito passivo da obrigação tributária como contribuinte, sendo aquele que tem relação pessoal e direta com a situação que constitua o fato gerador e como responsável, aquele que a lei determinar como revestido da condição de contribuinte.

Nesta esteira, o artigo 5º da LC 116/2003 "*Contribuinte é o prestador do serviço*". Portanto, o contribuinte é aquele que tem relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador, a saber, aquele que tem a obrigação de dar, obrigação de fazer ou não fazer a prestação de serviço.

Dessa forma, dentro dos exemplos hipotéticos trazido no aspecto espacial, na hipótese 1 o contribuinte recolherá o ISS no município de São Paulo; na hipótese 2, não há que se falar em contribuinte nem responsável tributário, tendo em vista inexistir prestação de serviço, mas atividade de aplicação de recursos de P.D&I; e na hipótese 3, o contribuinte

fará o recolhimento no município de Manaus.

A obrigação de pagar o ISS é decorrência direta da prestação de serviço, não se confundindo com a atividade de serviços em P.D&I, descrita na lista anexa a LC 116/2003, estando presente o caráter mercantil de “circulação mercantil do bem imaterial, o serviço”. Portanto, sem a “circulação mercantil” não há que se falar em obrigação de dar, fazer ou não fazer. É imperativo a onerosidade na circulação do bem imaterial, como por exemplo o Inciso II do artigo 2º, da LC 116/2003. A reboque dessa interpretação está o disposto no artigo 53 do Código Civil, onde estão elencadas as associações que não possuem fins econômicos, como as associações, que estão fora da obrigação tributária passiva. Dessa forma, uma associação civil, sem fins lucrativos, não é contribuinte, nem responsável tributária do ISS.

Corroborando com o entendimento antagônico entre “prestação de serviço em P.D&I e atividade de serviços em P.D&I”, a Lei da inovação (Lei 13.243/2016), classifica as atividades de P.D&I como princípio no arcabouço das medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação tecnológica, ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional do País. Por lógica jurídica, não pode a lei federal criar mecanismos de incentivos à atividade de P.D&I e os legisladores federados, seja os estados os municípios, tributarem tais atividades, atribuindo a dentro da figura jurídica dos acordos de parcerias em pesquisa, desenvolvimento e inovação o conceito do CTN de contribuintes do ISS (sujeito passivo), quando, na verdade, se tratam de atividades conjuntas.

O marco legal da ciência, tecnologia e inovação (Lei 13.243/2016), traz o conceito de Instituições Científicas, tecnológicas e de Inovação (ICT), *como pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos*, a saber:

Órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no País, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico ou o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou processos. (Art. 2º, Lei 13.243/2016).

Nesta mesma esteira o decreto regulamentador traz expressamente que os “acordos de parcerias”, é o instrumento para a realização de atividade conjuntas das pesquisas científicas e tecnológicas.

Art. 35. O acordo de parceria para pesquisa, desenvolvimento e inovação é o instrumento jurídico celebrado por ICT com instituições públicas ou privadas para realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e de desenvolvimento de tecnologia, produto, serviço ou processo, sem transferência de recursos financeiros públicos para o parceiro privado, observado o disposto no art. 9º da Lei nº 10.973, de 2004. (Art. 35, Decreto 9.283/2018)

Por todo o exposto caminhamos com as evidências de que os recursos de P.D&I a luz da Lei no. 8.387/91, reveste-se de base indutora da tecnologia. Se olharmos sob a ótica tributária, reveste-se o tema do conceito da finalidade extrafiscal. Parte da compreensão da política extrafiscal está apensada inicialmente pelo que diz o jurista Alfredo Augusto Becker *apud* Aguiar:

A principal finalidade de muitos tributos (que continuarão a surgir em volume e variedade sempre maiores pela progressiva transfiguração dos tributos de finalismo



clássico ou tradicional) não será a de um instrumento de arrecadação de recursos para custeio de despesas públicas, mas a de um instrumento de intervenção estatal no meio social e na economia privada. Na construção de cada tributo, não mais será ignorado o finalismo extrafiscal, não será esquecido o fiscal. Ambos coexistirão agora de um modo consciente e desejado; apenas haverá maior ou menor prevalência deste ou daquele finalismo. (AGUIAR. 2008)

Os tributos não se prestam de forma única aos cofres públicos com fins de manutenção da máquina administrativa arrecadadora, mas principalmente em atender ao que preconiza o Item III, do art. 3º da CF/88, que só pode ser objeto da condição de extrafiscalidade<sup>2</sup>. Se a condição *sine qua non* da natureza tributária extrafiscal é a finalidade política, então não há sentido em comparações meramente monetárias entre renúncia fiscal setORIZADA e política extrafiscal da norma tributária como mecanismo de implementação de políticas públicas.

Diz-se que a tributação tem natureza fiscal quando o tributo tem por finalidade exclusiva o abastecimento dos cofres públicos, sem outros interesses que não o meramente arrecadatório. Significa dizer que os tributos são instituídos e cobrados sem algum fim específico a ele relacionado, prestando-se, apenas, ao suprimento dos recursos financeiros de que necessita o Estado para realizar suas atribuições constitucionais. Na extrafiscalidade, o que orienta a tributação não é, primordialmente, o interesse em arrecadar os tributos, mas sim, a necessidade de intervenção estatal no seio social ou na economia, com o intuito de se realizar um fim pré-determinado.

No ambiente jurídico, tais políticas extrafiscais tomam forma normativa, por exemplo, pela Lei no. 3.173, de 06 de junho de 1957 e pelo Decreto-Lei no 288, de 27 de fevereiro de 1967.

Art.1º - É criada em Manaus, capital do Estado do Amazonas, uma zona franca para armazenamento ou depósito, guarda, conservação, beneficiamento e retirada de mercadorias, artigos e produtos de qualquer natureza, provenientes do estrangeiro e destinado ao consumo interno da Amazônia, como dos países interessados, limites do Brasil ou que sejam banhados por águas tributárias do rio Amazonas. (art 1º. Lei no. 3.173, de 06 de junho de 1957)

Art 1º A Zona Franca de Manaus é uma área de livre comércio de importação e exportação e de incentivos fiscais especiais, estabelecida com a finalidade de criar no interior da Amazônia um centro industrial, comercial e agropecuário dotado de condições econômicas que permitam seu desenvolvimento, em face dos fatores locais e da grande distância, a que se encontram os centros consumidores de seus produtos. (art. 1º. Decreto-Lei no 288, de 27 de fevereiro de 1967)

Surgia assim, como política estratégica do Estado brasileiro para responder a uma série de demandas sobre a região, particularmente da parte ocidental da região norte. A visão federal, na década de sessenta, de desenvolvimento para a Amazônia Ocidental tinha no Decreto-Lei no 288/67 seu auspício central de espriar o desenvolvimento econômico regional. Nessa esteira são os direcionamentos dados a partir da década de noventa com os marcos regulatórios da pesquisa, desenvolvimento e inovação para a região da Amazônia Ocidental.

<sup>2</sup> Fiscal: quando o seu principal objetivo consiste na arrecadação de recursos financeiros para o custeio das necessidades coletivas pelos Estados.

Extrafiscal: quando o seu principal objetivo consiste na interferência no domínio econômico, com o fito de produzir um efeito diverso da simples arrecadação de recursos financeiros.

Para fiscal: quando o seu principal objetivo consiste na arrecadação de recursos, visando ao custeio de atividades que, em princípio, não integram funções próprias do Estado, mas que, no entanto, este desenvolve por meio de entidades específicas. JUND, 2007, pág. 29

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho ocupou-se em discorrer sobre os desequilíbrios jurídico-tributários ocasionados pela distorção interpretativa e legal entre a natureza jurídica de “atividades de serviços de P.D&I” e “prestação de serviços de P.D&I”. A análise a partir dos aspectos material, espacial e pessoal das regras da matriz de incidência tributária (RMIP), clarificam as evidências de que a política pública advinda da Lei de Informática aplica a Amazônia Ocidental e Amapá, tem o condão de promover o desenvolvimento de atividade de pesquisa e desenvolvimento, e que eventuais tributações sobre atividade de serviços de pesquisa e desenvolvimento, distorcem seus efeitos.

Na LC no 116/2003 (Lista de serviços), todos os itens constantes do 1 – Serviços de informática e congêneres e 2 – Serviços de pesquisas e desenvolvimento de qualquer natureza, estão dentro de uma relação obrigacional de prestação de dar, fazer ou não fazer. Portanto, estamos dentro do ambiente obrigacional da prestação de serviços, diferentemente da relação jurídica das atividades de serviços de pesquisa, desenvolvimento e inovação, que por sua vez, pressupõe o acordo de parceria para uma pesquisa específica que envolva desenvolvimento e inovação, pela própria essência jurídica da extrafiscalidade com lastro legal no artigo 9º da Lei no 10.973, de 02 de dezembro de 2004 c/c Decreto no 9.283, de 07 de fevereiro de 2018, além das normas jurídicas próprias do PD&I na Amazônia Ocidental e Amapá, a saber, a Lei no. 8.387, de 30 de dezembro de 1991 e Decreto no 10.521, de 15 de outubro de 2020.

Vencido a análise material, que por si só torna desconforme, impróprias e, principalmente ilegal tributar do ISS, buscou-se ainda prosseguir com a análise espacial e pessoal, cuja conclusões também levam a inconformidades. Acerca do aspecto espacial, a regra de ocorrência do fato gerador é a área geográfica que não extrapola o município do prestador do serviço, isto é, onde está efetivamente localizado o prestador de serviço, com isso há largo distanciamento entre o local de prestação de serviço de P.D&I e o local da atividade de P.D&I. Sobre o aspecto pessoal, ou seja, sobre a figura do sujeito passivo responsável e contribuinte, notadamente “Contribuinte é o prestador do serviço”, onde a situação que constitua o respectivo fato gerador, a obrigação de dar, obrigação de fazer ou não fazer da prestação de serviço e não da atividade de serviço.

Este trabalho ocupou-se em estudar a natureza jurídica e o conseguinte o nexo causal entre a política pública extrafiscal advinda do Decreto-lei no 288/67 c/c com Lei no. 8.387/91.

Confrontou-se o marco regulatório citado com as diretrizes da política de P.D&I na Amazônia Ocidental e Amapá, considerando o disposto no princípio jurídico pelo inciso I, parágrafo único, artigo 1º da Lei de Inovação, de promover as atividades científicas e tecnológicas como estratégicas para o desenvolvimento econômico e social. Com isso, observa-se haver desarmonia entre as premissas da política pública de P.D&I advinda da União e a outra do Município, na medida em que a União desonera para estimular comportamentos e o município tributa para aumentar a arrecadação.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Glauco et al. A Tributação extrafiscal como mecanismo de desenvolvimento socioeconômico da Zona Franca de Manaus. 1. ed. São Paulo: MP, 2008. v. 1
- A.COZZI, V.JUDICE, F.DOLABELA e L.J.FILION. Empreendedorismo de Base Tecnológica – Spin-off: criação de novos negócios. Campus / Elsevier, 2008.
- AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.
- F. PETER BOER. The Valuation of Technology – Business and Financial Issues in R&D. Wiley, 1999.
- FACHINI, Tiago. Direitos e garantias fundamentais: conceito e características. ProJuris. São Paulo, 2020.
- J.R.L.MATTOS e L.SANTOS GUIMARÃES. Gestão da Tecnologia e Inovação – Uma abordagem prática, 2ª. edição. Saraiva, 2012.
- MANGIERI, Francisco. ISS - Teoria, Prática e Questões Polêmicas. São Paulo: EDIPRO, 2017. 383 p. ISBN 978-85-521-0002-7.
- OCDE (Brasil). Manual de Frascati: Medição de atividades científicas e tecnológicas. 2013. ed. rev. Brasil: F-Iniciativas, 2013. 324 p. v. I. E-book
- P.B.TIGRE. Gestão da Inovação – A Economia da Tecnologia no Brasil. Campus / Elsevier, 2006.
- P. BOCK. Getting it Right – R&D Methods for Science and Engineering. Academic Press, 2001.
- PIRES, Adilson et al. Incentivos Fiscais: Questões Pontuais nas Esferas Federal, Estadual e Municipal. 1. ed. São Paulo: MP, 2007. v. 1.
- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Decreto nº 9283, de 7 de fevereiro de 2018. Regulamenta a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, a Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016, o art. 24, § 3º, e o art. 32, § 7º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, o art. 1º da Lei nº 8.010, de 29 de março de 1990, e o art. 2º, caput, inciso I, alínea “g”, da Lei nº 8.032, de 12 de abril de 1990, e altera o Decreto nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009, para estabelecer medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação tecnológica, ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional. [S. I.], 8 fev. 2018. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/d9283.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9283.htm). Acesso em 21 de dezembro de 2021.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 8387, de 30 de dezembro de 1991. Dá nova redação ao § 1º do art. 3º aos arts. 7º e 9º do Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, ao caput do art. 37 do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976 e ao art. 10 da Lei nº 2.145, de 29 de dezembro de 1953, e dá outras providências. [S. I.], 30 dez. 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8387compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8387compilado.htm). Acesso em 25 de outubro de 2021.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 10973, de 2 de dezembro de 2004. Regulamento dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. [S. I.], 2 dez. 2004. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm). Acesso em 21 de dezembro de 2021.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. [S. I.], 1 ago. 2003. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp116.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm). Acesso em 21 de dezembro de 2021

\_\_\_\_\_. Lei nº 13243, de 11 de janeiro de 2016. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação e altera a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, a Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, a Lei nº 8.010, de 29 de março de 1990, a Lei nº 8.032, de 12 de abril de 1990, e a Lei nº 12.772, de 28 de dezembro de 2012, nos termos da Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015. [S. I.], 12 jan. 2016.. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13243.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13243.htm). Acesso em 26 de dezembro de 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. [S. I.], 25 out. 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm). Acesso em: 7 jan. 2022.

R.SBRAGIA, E.STAL, M.A.CAMPANÁRIO e T.ANDREASSI. Inovação – como vencer esse desafio empresarial. Clio, 2006.

SILVA, Daniel. A finalidade extrafiscal do tributo e as políticas públicas no Brasil. 1. ed. São Paulo: MP, 2007. v. 1

SUFRAMA. Superintendência da Zona Franca de Manaus. 31 de maio de 2007, [planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8387compilado.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8387compilado.htm).

V.K. NARAYANAN. Managing Technology and Innovation for Competitive Advantage. Prentice-Hall, 2001.

## Feminismo e tributação sobre o consumo

### *Feminism and taxation on consumption*

Thécio Antônio Silveira Braga

#### RESUMO

O presente trabalho aborda a personalização do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), nos moldes do programa Devolve ICMS do Estado do Rio Grande do Sul, como forma de dirimir as injustiças socioeconômicas e culturais sofridas pelas chefes de famílias de menor renda, isto é, as mulheres titulares do benefício do programa Bolsa Família, lançando-se sobre a teoria de Nancy Fraser. Na qual distingue as injustiças socioeconômicas e culturais por meio de medidas de redistribuição e de reconhecimento, respectivamente. O objetivo é traçar uma exposição sobre a mulher, no mercado de trabalho, bem como do seu papel na sociedade, a fim de verificar se considerando o gênero essas injustiças existem, e a partir desta perspectiva, verificar se a tributação personalizada do ICMS é um meio para garantir as medidas de reconhecimento e redistribuição, aplicadas simultaneamente, às mulheres titulares do benefício do Bolsa Família, sem haver prejuízo mútuo para tais beneplácitos. Para tanto, o trabalho teve suporte no método dedutivo, a partir de uma pesquisa bibliográfica direcionada.

**Palavras-chave:** mulher. bolsa família. ICMS-p. redistribuição. reconhecimento.

#### ABSTRACT

The study discusses the use of the ICMS-p as a way of resolving the socioeconomic and cultural injustices suffered by women belonging to the lower classes, that is, those entitled to the Bolsa Família program, based on the theory of Nancy Fraser. In which it distinguishes socioeconomic and cultural injustices through redistribution and recognition measures, respectively. The objective is to outline an exposition about women, in the labor market, as well as their role in society, in order to verify whether considering the gender these injustices exist, and from this perspective, verify if the personal taxation of ICMS is a way of guaranteeing the recognition and redistribution measures, applied simultaneously, to the women benefited by the Bolsa Família program, without any mutual prejudice for such benefits.

**Keywords:** woman. bolsa família. ICMS-p. redistribution. recognition.



## INTRODUÇÃO

É fato que o grande problema social é a pobreza, o que impacta, demasiadamente, na vida da mulher em relação a do homem, face à dependência econômica, ainda existente. Esta diminuição da mulher em relação ao homem é estrutura histórica arraigada no seio da sociedade, e constrói a luta feminista.

A mulher compreendida como mera detentora de meios que não produzem pecúnia, diferentemente da posição masculina, responsável pela geração de riquezas e movimento do capital, trazem como consequência, atualmente, inúmeras famílias nas quais a mulher é provedora dos alimentos para seus filhos, e, no entanto, seus trabalhos não são tão bem remunerados, nem valorizados. Os dados apresentados pela Presidência da República, para março de 2023, demonstram que 81,2% (BRASIL, 2023) dos titulares do benefício do Bolsa Família são mulheres, resultado preocupante, pois demonstra o verdadeiro cenário de pobreza da mulher brasileira, seja com baixa ou nenhuma renda.

Em consequência disso um dos maiores desafios da luta do feminismo, sobretudo em países com níveis elevados de concentração de renda para os homens – como no Brasil-, é maximizar a renda das mulheres a fim de igualdade, principalmente daquelas mais desfavorecidas financeiramente.

Caso a promoção da igualdade, de primeira necessidade – leia-se alimentos -, fosse por meio de medidas redistributivas exclusivamente para mulheres, por exemplo, uma bolsa assistencial, haveria um choque com as medidas de reconhecimento, pois estas pregam a valorização do gênero, enquanto aquelas pregam sua abolição.

Em países desenvolvidos, devido ao grau de evolução da luta feminista e, também, face a melhor distribuição de renda, de maneira geral a carência econômica de primeira necessidade é mínima das mulheres, ou seja, quase não há dependência de alimentos providos pelos homens. Por isso, há um aparente empate entre as medidas de redistribuição e as de reconhecimento; no entanto, no Brasil a realidade é outra: a distribuição de renda é desigualitária, e às mulheres, majoritariamente das classes mais vulneráveis, são alienadas aos homens por dependerem da promoção de alimentos masculina, maiormente para sustentar os seus filhos.

O desafio, portanto, é minimizar o contrassenso entre as medidas de reconhecimento e as de redistribuição na promoção da igualdade para as mulheres brasileiras, sobretudo para aquelas de baixa renda. Uma possível solução para isso que se apresenta nesse artigo reside na aplicação do princípio constitucional da capacidade contributiva, previsto no art. 145, §1º, do Texto Magno, utilizando a tributação do ICMS na sua forma personalizada, nos moldes do programa Devolve ICMS do Estado do Rio Grande do Sul.

A pesquisa será realizada em duas partes, a primeira parte estará concentrada na compreensão das injustiças sofridas pelas mulheres e suas consequências dentro da sociedade, bem como a exposição da teoria de Nancy Fraser em relação às medidas de reconhecimento e de redistribuição. Na segunda parte, será realizada a análise do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e a sua tributação na forma pessoalizada como proposta para atenuar problemáticas sociais e culturais, simultaneamente, das

mulheres pobres (renda consubstanciada em até três salários mínimos ou nenhum tipo de renda), especificamente.

Quanto à metodologia, no trabalho em voga utilizar-se-á o método dedutivo, por permitir um encadeamento de raciocínio lógico do geral ao particular, ressalva-se que se pretende um ponto de vista estruturado a partir do raciocínio esposado, contando-se com subsídios doutrinários.

## SER MULHER E SUAS IMPLICAÇÕES

Primeiramente, é necessário estabelecer como se dá a relação da mulher dentro do mercado de trabalho. Uma vez que, entender a posição da mulher dentro do sistema capitalista é transportar as irradiações desse fenômeno para contribuição da estigmatização do gênero<sup>1</sup> dentro da sociedade. Bem como entender a imprescindível abordagem acerca das medidas de redistribuição e reconhecimento.

### A mulher e o mercado de trabalho

A opressão da mulher dentro dos mais variados segmentos da sociedade é uma questão que há anos está presente em nosso cotidiano. E não seria diferente dentro do mercado de trabalho. A construção da identidade da mulher como provedora dos meios de subsistência de sua família é recente e perpassa por um longo processo de conquistas dentro da sociedade, bem como, pelo afrouxamento das amarras patriarcais.

No interior da coletividade o gênero representa destino. Nas sociedades pré-capitalistas<sup>2</sup> a mulher não era alheia ao trabalho, ajudava na criação de riquezas, trabalhava nos campos, nas minas, nas lojas e nas manufaturas. Na sociedade medieval não era diverso, a mulher atuava na economia (SAFFIOTI, 1976). No entanto, o sexo traça destinos, a mulher sempre foi colocada em uma posição inferior, necessitando da tutela, seja de um marido ou de um pai (SAFFIOTI, 1976).

Com o advento da sociedade capitalista e a individualização dos trabalhos, a mulher é relegada a um segundo plano, sendo acometida por duas situações: a subvalorização das suas capacidades em detrimento dos mitos da supremacia masculina, e o progressivo afastamento das funções produtivas (SAFFIOTI, 1976).

No cerne da teoria feminista marxista, esta divisão sexual do trabalho dentro do sistema econômico capitalista<sup>3</sup> é apresentada da seguinte maneira: enquanto a responsabilidade masculina é centrada no trabalho produtivo, isto é, na geração de bens e serviços, auferindo expressão econômica, a responsabilidade feminina é focada no trabalho reprodutivo, que consiste no cuidado de si mesma e dos outros dentro do lar, sem auferir ganho de capital.

Assim sendo,

A existência da divisão sexual do trabalho evidencia que as desigualdades entre homens e mulheres são sistemáticas e desvenda os mecanismos utilizados pela sociedade para realocar atividades femininas e masculinas de forma hierarquizada, criando um sistema de gênero. [...] é necessário admitir que o trabalho realizado gratuitamente pelas mulheres é invisível e não realizado somente para elas, mas

sim para outros, justificando-se a partir daquilo que é naturalizado: amor e dever fraterno. (PEREIRA, 2019, p. 475-476).

Esta hierarquização cria um sistema em que o trabalho das mulheres é considerado menos valioso em detrimento do trabalho masculino, porquanto não gera o arrecadamento de capital e circulação da economia. O resultado deste sistema é a geração da desvalorização e opressão das mulheres como um grupo.

Como forma de inserção no mercado de trabalho, dentro desta perspectiva trabalho produtivo versus trabalho reprodutivo, a mulher alçou novos caminhos, utilizou-se do que já realizava, isto é, o trabalho doméstico, como forma de ganhar pecúnia.

No entanto, os desdobramentos desta nova caminhada não representaram um novo destino. A transformação de um trabalho que era entendido como reprodutivo, em um trabalho produtivo, criou a classe das secretárias do lar, domésticas, babás.

Essas mulheres passaram a reproduzir seus cotidianos nos lares de outros sujeitos. Todavia, essa tarefa foi e é considerada marginalizada em face ao trabalho produtivo, em virtude, da sua aproximação com o considerado trabalho reprodutor.

Esta transformação de um trabalho em outro, não reduziu a demanda feminina, pelo contrário, duplicou a jornada diária. A mulher passou a desempenhar o papel tanto dentro do lar, quanto fora dele. E isto repercutiu num fator principal: a estagnação no desdobramento reprodutor - produtor, pois gera a insuficiência de tempo para uma especialização em uma atividade laboral melhor remunerada.

E diante disto, o ciclo se fortalece: a mulher desempenha esta atividade tipicamente reprodutora, auferindo pequenos ganhos, sua jornada é duplicada, não há tempo nem renda suficiente para uma especialização e melhoria de salários, há a opressão e sua desvalorização pela sociedade, por pertencer a um grupo reconhecido como à margem dos homens, e em detrimento dessas situações não consegue melhorar seu padrão de vida e sair, pelo menos, da marginalização econômica.

As mulheres que exercem esta função não possuem salários vultuosos, o salário mínimo é regra, e por muitas vezes, são chefes solteiras de grandes famílias, com numerosos filhos. A renda torna-se insuficiente para os gastos com o lar.

Diante deste fato, é inegável considerar que à mulher é atribuída uma discrepância salarial, uma disparidade de condições para mudar sua realidade econômica, intelectual e social. Sua hierarquização não está presente somente na divisão sexual do trabalho, mas dentro dos mais diversos segmentos.

## **A mulher e a sociedade**

Não somente no mercado de trabalho a posição da mulher é diminuída, historicamente o papel da mulher dentro da sociedade é colocado em uma posição subalterna ao papel masculino. A mulher não era vista como um ser em equidade com o homem, no máximo complementar ou subsidiária (MAGALHÃES), bem como, ainda não conquistou essa posição diante do corpo social.



**Destarte:**

[...] identifica-se uma maior apropriação pelos homens do poder político, do poder de escolha e de decisão sobre sua vida afetivo-sexual e da visibilidade social no exercício das atividades profissionais. Este é um processo que resulta em diferentes formas opressivas, submetendo as mulheres a relações de dominação, violência e violação dos seus direitos. Poder e visibilidade são construtos históricos, determinados na e pelas relações sociais. (SANTOS; OLIVEIRA, 2010, p.12)

Magalhães (p.125) destaca que “em antigas civilizações a mulher foi considerada coisa, podendo ser passível de ser comerciada”. Não muito distante deste fato, tínhamos a algumas décadas anteriores a mulher como objeto dentro do casamento, onde o pai pagava um dote para que o marido a quisesse. Não era permitida a anuência pela futura esposa, mas um arranjo comercial organizado por sua família e de seu futuro esposo.

Na Roma Antiga, encontramos a mulher destituída do poder sobre si mesma, a responsabilidade pela sua própria vida era relegada ao seu pai, ou ao seu esposo, e quando não havia ambos, era entregue essa responsabilidade aos seus filhos. A mulher não era dada a condição de assumir seu próprio destino, porquanto o gênero já o definia.

O ano é o de 2020, o século é o XXI, e os fatos modificam-se lentamente, a identidade da mulher dentro da sociedade, ainda está em uma grande construção. Atualmente, a mulher conquistou o direito ao voto, a voz, o de decidir sobre seu próprio destino, ao divórcio, a decisão sobre o desejo de ter filhos ou não. Mas todos esses direitos são direitos formais, presente na Carta Magna de 1988 e no Código Civil de 2002.

Materialmente a mulher, ainda, é vista como nos moldes antigos, ser feminino é considerado ser de segunda classe. Ser feminino, ainda, é castigo dentro de uma sociedade machista que prega sua valorização em detrimento da mulher. A romantização da submissão ainda é realidade. As mulheres conquistaram o direito à voz, através do voto dentro de uma sociedade democrática, no entanto, sua fala é sufocada. Sua identidade é revestida de preconceito, marginalização, exclusão, violência e opressão.

Este mecanismo hierarquização do homem acima da mulher continua favorecendo o suporte para as práticas do poder masculino, segundo a visão de Foucault (2006) o poder não é algo que se possui, mas algo que é praticado, pode estar na mão de alguns grupos em detrimento de outros.

Séculos após séculos é conferido aos homens este poder de determinar as regras da sociedade, lhes são conferidos autorização para estabelecerem normas que os privilegiam (androcentrismo). Han (2019) explicita que o poder não advém da coerção, mas da continuidade. É a continuidade que cria as estruturas do poder. Aos homens foi concedida esta continuidade e para eles o poder sobre as estruturas da sociedade já está enraizado.

Diante disso que a luta feminista é constante, é a afirmação de obviedades, é a reiteração de certezas, é a luta diária pelo que já foi firmado na Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, inciso primeiro, onde consta o princípio da isonomia entre homens e mulheres.

## A mulher, entendida como gênero e acometida por injustiças

Como parte final da primeira seção deste estudo é imperioso compreender como são tratadas as injustiças apresentadas nos tópicos anteriores (2.1 e 2.2), no intuito de estabelecer um diálogo acerca da utilização do ICMS-p como solução para as medidas de reconhecimento e de redistribuição apresentadas por Nancy Fraser.

A teoria sobre as medidas de reconhecimento e redistribuição foram estudadas por Nancy Fraser. A autora contextualiza sua teoria com base nas injustiças, utilizando-se de duas, a injustiça socioeconômica e a injustiça cultural ou simbólica.

A injustiça socioeconômica é considerada por Fraser; Butler (2000, p.28) como “arraigada em la estructura económica-política de la sociedad”. Como exemplos dessa injustiça estão: a exploração, isto é, quando o fruto do próprio trabalho é apropriado para o benefício de outra pessoa; a desigualdade econômica, entendida quando se permanece confinado a trabalhos indesejáveis, ou mal onerados, ou desempregado; e a privação, quando não há um nível de vida material adequado (FRASER; BUTLER, 2000).

A segunda concepção de injustiça, é relacionada à injustiça cultural ou simbólica, é vista como encrustada nos modelos sociais de representação, interpretação ou comunicação (FRASER; BUTLER, 2000). Fraser aponta como exemplos: a dominação cultural, quando se está sujeito(a) a modelos de interpretação e comunicação que estão associados a uma cultura diversa ou são alheias e/ou hostis à sua própria; a falta de reconhecimento, por estar exposto(a) a invisibilidade em virtude das práticas de representação, comunicação e interpretação legitimadas por sua própria cultura; e a falta de respeito, isto é, ser difamado(a) ou desrespeitado(a) de maneira rotineira através de estereótipos nas representações culturais públicas e/ou nas interações cotidianas (FRASER; BUTLER, 2000).

Como bem destaca Fraser, como solução para a injustiça econômica tem-se as medidas de redistribuição, que perpassa “por algún tipo de reestructuración político-económica. Ésta puede consistir en la división del trabajo, em el sometimiento de las inversiones à la toma democrática de decisiones, o em la transformación de otras estructuras básicas de la economía.” (FRASER; BUTLER, 2000, p.32).

Já para a injustiça cultural, como solução existe a medida de reconhecimento, entendida como uma mudança cultural ou simbólica. Para autora implica:

[...] una reevaluación dinámica de las identidades denigradas y de los productos culturales de los grupos difamados. También implicaría reconocer y valorar de manera positiva la diversidad cultural. Una perspectiva aún más radical precisaría de la transformación total de los modelos sociales de representación, interpretación y comunicación de modo que pudiera cambiar el sentido que cada cual tiene de sí mismo. (FRASER; BUTLER, 2000, p.32 e 33)

Solucionar essas injustiças parece tarefa fácil, porquanto seria somente preciso atacar o problema ora econômico, ora cultural. No entanto, e quando há grupos que sofrem com ambas injustiças, isto é, quando são desassociáveis suas origens (bivalentes)? Não há como utilizar de uma medida redistributiva e resolver as duas arbitrariedades, econômica e cultural. É necessário aplicar as duas medidas. Todavia, cada medida é oposta a outra.

Quando tratamos sobre gênero, pelo exposto anteriormente, percebemos que este grupo é atacado tanto economicamente quanto culturalmente. Fraser assinala que:

O gênero, por exemplo, tem dimensões econômico-políticas porque é um princípio estruturante básico da economia política. Por um lado, o gênero estrutura a divisão fundamental entre trabalho “produtivo” remunerado e trabalho “reprodutivo” e doméstico não-remunerado, atribuindo às mulheres a responsabilidade primordial por este último. (FRASER, 2006, p. 233 e 234)

Esta divisão sexual do trabalho, como já analisada, “engendra modos de exploração, marginalização e privação especificamente marcados pelo gênero” (FRASER, 2006, p.234). Nesta concepção o gênero apresenta-se como uma espécie de injustiça econômica necessitando de uma medida redistributiva, que consiste na eliminação do gênero, porquanto se ele representa diferenciação, logo deve ser suprimido.

Em contraponto, o gênero também é uma diferenciação cultural, onde há problemas de reconhecimento. Neste aspecto, a autora apresenta o androcentrismo e o sexismo cultural.

O androcentrismo corresponde na “construção autorizada de normas que privilegiam os traços associados à masculinidade” (FRASER, 2006, p.234). Já o sexismo cultural desqualifica generalizadamente as coisas entendidas como “femininas”. E como consequência, representa uma série de danos sofridos pelas mulheres, como violências lato sensu, doméstica, sexual, humilhações, assédio, exposição a normas androcêntricas que inferiorizam as mulheres ou contribuem para mantê-las nessa posição. Como solução, a medida de reconhecimento, seria exatamente reconhecer positivamente este grupo e fortalecê-lo.

Esse grupo, todavia, por ser partícipe da comunidade bivalente, isto é, afetado tanto por injustiças econômicas quanto culturais, as duas medidas devem ser utilizadas. Contudo, as duas medidas são diametralmente opostas, enquanto a compensação redistributiva apresenta a exclusão do gênero, como forma de equalizar todos; a compensação de reconhecimento representa a valorização do grupo, assumindo o relevo que esse grupo possui. Isto é, representa a incompatibilidade do uso de ambas medidas para sanar as suas problemáticas.

Destarte, como forma de solucionar a utilização de medidas de reconhecimento e de redistribuição quando há a bivalência, Fraser utiliza-se dos remédios afirmativos e transformativos:

Enquanto os remédios afirmativos podem ter o efeito perverso de promover a diferenciação de classe, os remédios transformativos tendem a embaça-la. Além disso, as duas abordagens engendram diferentes dinâmicas subliminares de reconhecimento. A redistribuição afirmativa pode estigmatizar os desprivilegiados, acrescentando o insulto do menosprezo à injúria da privação. A redistribuição transformativa, em contraste, pode promover a solidariedade, ajudando a compensar algumas formas de não reconhecimento. (FRASER, 2006, p.239)

## ICMS

O consumo é fato, Bauman (2008, p.37) entende que “se reduzido à forma arquetípica do ciclo metabólico de ingestão, digestão e excreção, o consumo é uma condição, e um

aspecto, permanente e irremovível, sem limites temporais ou históricos”, assim como entende o consumo como “uma característica e uma ocupação dos seres humano como indivíduos” (BAUMAN, 2008, p.41). Portanto, consumir é um ato encrustado nos sujeitos, e a partir disso o Estado tributa nosso consumo, como forma de arrecadar fundos para os cofres públicos.

Diante disso, o Sistema Tributário Nacional – STN (Capítulo I, Título VI, CF88) é baseado principalmente na tributação sobre o consumo, tendo como característica a regressão fiscal para o consumidor final, ou seja, toda a carga tributária recai sobre ele na forma de um “custo adicional”, sem considerar qualquer aspecto subjetivo seu. A consequência disso é que tal forma de tributar absorve 28% da renda das famílias mais pobres do país (GASSEN; ARAÚJO; PAULINO, 2013), que vivem abaixo da linha da pobreza (ESTADÃO, 2018).

Neste contexto de violência tributária, o maior vilão é o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS (Art. 155, II, CF88), já que as famílias menos desfavorecidas, no caso do Rio Grande do Sul, consomem aproximadamente 57% da sua renda em produtos e serviços tributados por esse imposto (PADILHA, 2017).

A Constituição Federal garante que o cidadão não deve ser tributado além de sua capacidade contributiva (art. 145, § 1º), face à eleição do valor de justiça na instituição dos impostos, a fim de construir uma sociedade livre, justa e solitária, permitindo que os contribuintes cumpram com seu dever de solidariedade econômica, política e social.

A doutrina entende que capacidade contributiva é bipartida em dois aspectos: o objetivo, que determina a escolha como hipóteses de incidências, fatos que sejam presuntivos de riqueza, ou seja, é a aptidão genérica para pagar impostos; e o subjetivo, que preceitua que a tributação deve considerar ao máximo possível a situação pessoal de quem paga o imposto, isto é, a efetiva e concreta capacidade pessoal de pagar impostos.

Em seu aspecto objetivo, a capacidade contributiva impediria, em tese, a tributação do ICMS sobre os bens e serviços indispensáveis à vida, uma vez que há constitucionalmente proteção ao mínimo existencial, sob o fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) que é o piso da capacidade contributiva, dado que não há manifestação de riqueza.

Para tanto, a CF previu o instituto da seletividade (art. 155, §2º, III, CF), tendo como *discrímen* a essencialidade, assim a tributação será menor quanto maior a essencialidade do produto, de modo que os bens necessários à sobrevivência serão tributados com alíquotas menores, enquanto que sobre aqueles bens supérfluos incidirão alíquotas maiores. O que resulta numa tributação reduzida para os produtos da cesta básica de alimentos para todas as pessoas.

Em virtude dessa previsão constitucional, as unidades federadas estabeleceram o convênio 128/94, no âmbito Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), estabelecendo uma carga tributária mínima de 7% sobre os gêneros da cesta básica de alimento.

No entanto, a seletividade não é mais suficiente para o ideal de isonomia tributária, pois o seu critério de *discrímen* é puramente objetivo, não considerando a subjetividade de quem realmente paga o ICMS, quem seja o consumidor final. Beneficiando, assim, todos os consumidores finais (contribuintes de fato do ICMS), inclusive os de capacidade contributiva elevada.

Discriminando, por conseguinte, todos aqueles consumidores que vivem abaixo do piso da capacidade contributiva, em favor dos estratos mais abastados da sociedade, pois sofrem uma regressão fiscal de 7% sobre os produtos da cesta básicas de alimentos, além de outras em alíquotas de até 30% (caso de serviços de telecomunicações e combustíveis no Rio Grande do Sul). O que não concretiza efetivamente o ideal de justiça social.

Isso acontece porque o consumo de bens essenciais não é exclusivo para as pessoas de baixa ou nenhuma renda e não existe nenhum tipo de controle estatal de quem se beneficia da seletividade. Conforme destaca Caureo (2015, p.132) “[...] qualquer pessoa adquirente de uma determinada mercadoria pagará o mesmíssimo valor de tributo”.

Como consequência disso, além das famílias mais pobres gozarem somente de parte do incentivo a elas destinadas, elas também recebem o ônus da desoneração fiscal odiosa das famílias ricas, uma vez que o Estado divide igualmente para a sociedade a conta do recurso público empreendido. Como essencialmente a tributação é sobre o consumo no Brasil, ciclicamente a renda das famílias pobres continuam mais oneradas.

Isso ocorre porque o Estado, através da própria seletividade, onera a tributação de bens de consumo não exclusivos dos ricos (combustíveis, serviços de telecomunicações, energia elétrica, etc.) com alíquotas superiores com fins arrecadatários. O que nefasta ainda mais a renda das famílias pobres, já que estes produtos também podem ser essenciais no Estado de Direito e de consumo de toda a população (DANILEVICZ, 2011).

O que fragiliza ainda mais a seletividade, pois o seu critério de essencialidade é político, dependente de discricionariedade, conforme destaca Caureo (2015, p.132) “quanto à tributação indireta, como já mencionado, a discussão limita-se à seletividade e ao intrincado problema da discricionariedade na aplicação da essencialidade”. E completa com a crítica “[...] o legislador é apto, tem obrigação e realiza a obrigação de nomear, identificar e isentar os produtos essenciais a cada momento histórico” (CAUREO, 2015, p.133). Assim a seletividade faz presumir a capacidade contributiva na aquisição de determinados bens de consumo não exclusivos dos ricos, onde deveria haver uma relativização (SCAFF, 2015).

Quanto ao aspecto subjetivo, o princípio da capacidade contributiva não é, ainda, aplicado na tributação do ICMS, devido à impossibilidade de identificar o consumidor final em cada operação de circulação de mercadoria e prestação de serviço, sendo a seletividade sendo o único recurso operacional, conforme entende majoritariamente a doutrina (SCAFF, 2015).

## **Programa devolve ICMS: uma nova perspectiva**

Em 2007 foi consolidado o CadÚnico pelo decreto nº 6135, de 26/02/07, o qual se tornou o principal instrumento estatal para a seleção de beneficiários de programas sociais, reunindo os dados econômicos de praticamente de todas as famílias desfavorecidas

economicamente do Brasil, cuja renda não ultrapassa três salários mínimos nacionais. Como tal cadastro é de compartilhamento entre todos os entes políticos, oportunizou às Administração Tributária dos Estados conhecerem, com precisão, a renda de praticamente todos as famílias de baixa renda domiciliadas em seus territórios.

Já em 2012, com o surgimento da Nota Fiscal de Consumidor Eletrônica (NFC-e), inaugurou-se uma nova era quanto ao desenvolvimento tecnológico da Administração Tributária, já que o Estado passou a dispor do meio para identificar todos consumidores finais que assim desejarem, com a inserção do CPF na nota fiscal de venda no varejo. Isso simultaneamente com o fato gerador do ICMS, já que a NFC-e é emitida mediante autorização prévia da Administração Tributária.

Assim, a conjugação desses dois institutos possibilitou a aplicação do caráter pessoal do princípio da capacidade contributiva na tributação do ICMS (personalização do imposto), tendo como referência a subjetividade do consumidor final. Diante disso, o Estado do Rio Grande do Sul inovou na ordem jurídica, por meio do art.12-A. da lei nº 15.576, de 29 de dezembro de 2020, que institui a Reforma Tributária Estadual, autorizando o Poder Executivo a devolver parte do ICMS suportado pelas famílias de baixa renda.

Posteriormente, o governo do Estado do Rio Grande do Sul instituiu o programa Devolve ICMS, em outubro de 2021, por meio do decreto nº 56.145, de 20 de outubro de 2021. Tal programa é uma iniciativa pioneira que visa a devolver parte do ICMS que famílias de baixa renda absorveram em regressão fiscal, apurado a partir das Nota Fiscal de Consumidor Eletrônica (NFC-e), popularmente o “CPF na nota fiscal”. O programa abrange famílias cadastradas no CadÚnico, com base nos critérios de que recebam o benefício do Bolsa Família ou cujo titular da família tenha algum dependente matriculado na rede estadual de ensino médio regular.

Assim, todas as famílias gaúchas, com filhos em idade escolar, que possuem renda mensal de até três salários mínimos nacionais ou renda per capita por mês inferior a meio salário mínimo nacional, conforme critérios do CadÚnico, serão beneficiadas. Portanto, além de outras, todas as famílias beneficiadas pelo Auxílio Brasil serão beneficiárias do programa estadual.

Por fim, o Devolve ICMS é o embrião de uma tributação sobre o consumo personalizada. Além disso, em termos de justiça tributária, tal programa incentiva a cidadania fiscal, já que mais documentos fiscais eletrônicos serão emitidos no Estado, e, por consequência, incrementa uma rede de cidadania que traz benefícios para toda a sociedade, de forma a combater a informalidade, a sonegação e a concorrência desleal. Logo, a iniciativa do Devolve ICMS alcança justiça em sentido amplo, de modo a concomitar as justças social, distributiva e tributária.

## **Programa Devolve ICMS como proposta de implementação de medidas redistributivas e de reconhecimento para mulheres chefe de família**

O ônus da tributação do ICMS recai sobre todas as pessoas, como não há distinção subjetiva da regressão do seu ônus, tem-se o aprofundamento das desigualdades sociais. Isso, porque as necessidades fisiológicas das pessoas são iguais, mas a renda não; assim

o ICMS regredido sobre, por exemplo, um pacote de arroz é insignificante para as famílias de maiores rendas e sufocante para as de menor renda, já que alíquota é a mesma, qual seja, 7%.

O consumo das 30% das famílias mais pobres do Estado de Rio Grande do Sul, que são aquelas que se enquadram com beneficiárias do programa Bolsa Família (renda até três salários mínimos mensais) representa 58,21% da renda delas (PADILHA, 2017). Sendo que, segundo dados do Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, família e Combate à Fome (BRASIL, 2023), das 21 milhões de famílias atendidas pelo Bolsa Família no Brasil em março de 2023, 81,2% têm mulheres como titulares para o recebimento.

Nesse contexto a tributação de 7% do ICMS sobre os itens da cesta básica de alimentos vai de encontro à maximização da renda da mulher, o que por consequência afronta a luta do feminismo; pois a renda recebida pelo programa Bolsa Família é gasta, sobretudo, para alimentação. Dito de outra forma, a tributação do ICMS priva a mulher necessitada da sua própria renda, eliminando a sua oportunidade de transformação social.

Essas mulheres, portanto, seriam aquelas que necessitam urgentemente de medidas de redistribuição, porém, como já dito, tais medidas são contrárias às medidas de reconhecimento. Esse contrassenso, porém, levando em conta a Justiça Tributária como vetor da Justiça Social feminina, é apenas aparente, quando se aplica o princípio da capacidade contributiva na tributação do ICMS.

A personalização desse imposto, nos moldes do programa Devolve ICMS, consiste em devolver o imposto suportado pelas famílias inscritas no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal, ou seja, as mesmas beneficiárias do Bolsa Família. E isso não se trata de um favor estatal, e sim de uma norma constitucional de igualdade, direcionada para homens e mulheres, sendo uma promoção da Justiça social pela Justiça Tributária. E onde entra o feminismo?

Como dito no início, 81,2% das famílias beneficiadas pelo programa Bolsa Família tem como titulares mulheres, ou seja, personalizar o ICMS implica em aumentar a renda das mulheres, sem ser um favor de gênero. Isso porque o benefício será para todos: Homens e mulheres.

Todavia, na prática como os beneficiários majoritariamente são mulheres, em razão da estrutura de divisão sexual do trabalho imposta pelo capitalismo, a qual impõe como responsabilidade feminina o trabalho reprodutivo. E a mulher nesta condição e não auferindo renda com este tipo de trabalho passou a utilizar-se das atividades do trabalho reprodutor, quais sejam, cuidar das crianças, do lar, preparar refeições, como próprio do trabalho produtor, que é o segmento que arrecada pecúnia. Constitui a maioria que recebe até três salários mínimos, porquanto são atividades pouco valorizadas, e por isso, a remuneração escassa.

Por isso, tal medida promoveria uma medida de redistribuição, em razão de não considerar o gênero para haver esse retorno do tributo, e favorecia uma grande parte das mulheres, sem ofender as medidas de reconhecimento, pois ao haver esta restituição de valores para os beneficiários da personalização do ICMS não seria necessário abolir o gênero, e, sim considerá-lo, reconhecê-lo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo foi apresentada as problemáticas socioeconômicas e culturais impostas às mulheres. As injustiças socioeconômicas foram expostas nesse estudo como a divisão sexual no mercado de trabalho. Onde a mulher é colocada na posição de mera reprodutora, isto é, realiza trabalhos que consistem em cuidados de si, do lar e dos outros, e por ser desta natureza não há expressão econômica. Ao passo que, o homem é colocado na posição de produtor, gerando bens e serviços, auferindo ganhos, movimentando a economia.

Esta divisão sexual do trabalho inferioriza a mulher de diversas maneiras, tendo em vista, que a impõe a subvalorização da mulher numa sociedade que considera o capital como um fator relevante.

Mesmo havendo a alteração de planos, a mulher deslocando-se da posição de reprodutora para produtora, mas utilizando dos conhecimentos do trabalho reprodutor, a situação não modificou com grandes contrastes. Uma vez que, o trabalho doméstico, visto como reprodutor, não é valorizado na sociedade, e é praticado majoritariamente pelas mulheres. Encadeando a opressão e desvalorização do grupo.

Também, foi tratado sobre a injustiça cultural, onde o papel da mulher não é valorizado, sendo vista sempre à sombra do poder patriarcal. Ser mulher na sociedade em que constantemente se é classificada como pertencente a uma segunda classe é entender que “luto” é verbo, e conquistar respeito, espaço e voz é esforço diário.

Diante destes fatos é necessário tratar sobre as medidas de reconhecimento e de redistribuição, para garantir que estas injustiças terminem. E dentro desta ressignificação da mulher quanto sujeito merecedor destas medidas de reconhecimento e redistribuição, o presente trabalho defende a implementação da personalização do ICMS.

Pois, analisando os dados do programa Bolsa Família constatou-se, em março de 2023, que 81,2% dos titulares deste benefício são mulheres, ou seja, elas lideram predominantemente a chefia das famílias, com renda até três salários mínimos, ou nenhum tipo de renda. Isso demonstra a fragilidade econômica delas e, ao mesmo tempo, evidência, face à existência do programa Devolve ICMS, uma oportunidade de relativizar o antagonismo entre as medidas de reconhecimento e redistribuição

Também, a partir desse dado conseguimos compreender a posição da mulher, como chefe de família, provedora de alimentos, e a clareza da posição do homem como favorecido. Esta porcentagem elevada constata que a mulher ganha menos que o homem, justificada pela divisão sexual do trabalho instalado pela estrutura capitalista que relega a mulher trabalhos como doméstica, babá, cozinheira doméstica, que são trabalhos subvalorizados e pouco remunerados.

Portanto, personalização do ICMS com base nos dados fornecidos pelo Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (o mesmo do Bolsa Família) e NFC-e, asseguraria a verificação de quem tem pouca renda e retornaria o pagamento do imposto a essas pessoas.

Destarte, com a personalização do ICMS os beneficiários receberiam de volta o



valor do imposto regredido, representando uma medida redistributiva, pois o gênero não seria considerado para este repasse. Todavia, como o percentual é majoritariamente feminino, dado a estrutura social vigente, o retorno seria basicamente para as mulheres. Esse repasse do tributo ajudaria, também, nas medidas de reconhecimento, uma vez que conferiria a mulher uma renda melhor, podendo assim conquistar seu espaço de fala, e a valorização da sua identidade e do seu trabalho, percebendo que não utiliza da estrutura masculina para aumentar sua renda mensal.

## NOTAS EXPLICATIVAS

1 “O termo ‘gênero’ parece ter feito sua aparição inicial entre as feministas americanas, que queriam enfatizar o caráter fundamentalmente social das distinções baseadas no sexo. A palavra indicava uma rejeição do determinismo biológico implícito no uso de termos como ‘sexo’ ou ‘diferenciação sexual’. O termo ‘gênero’ enfatiza igualmente o aspecto o aspecto relacional das definições normativas da feminilidade.” (SCOTT, 1995, p. 72).

2 Consideramos as sociedades imediatamente anteriores à revolução agrícola e industrial.

3 “Contudo, segundo Heidi Hartmann, na análise feita por Cinzia Aruzza: ” O capitalismo, de fato, cria permanentemente hierarquias no interior da força de trabalho. Contudo, suas próprias leis de desenvolvimento não são suficientes para determinar quem é destinado a ocupar esta ou aquela posição no interior dessa hierarquia, pois, do ponto de vista das “puras leis do movimento” do capital, é totalmente indiferente que sejam homens ou mulheres, brancos ou negros que ocupem as posições inferiores. Na medida em que as categorias da crítica da economia política apenas refletem as leis de desenvolvimento do capital, elas são igualmente impotentes para explicar as diferentes posições de uns e de outros na hierarquia. Em outras palavras, a noção de classe não é suficiente, e deve ser integrada às noções de gênero, raça, nacionalidade e religião. Assim, o que permite ao capitalismo preencher os espaços vazios das hierarquias que ele próprio criou não são suas leis internas, mas sim as leis de um outro sistema, o sistema patriarcal, que, mesmo estando hoje fortemente entrelaçado ao capitalismo, possui uma vida autônoma.” (ARUZZA, p.161)

## REFERÊNCIAS

BARREIX, Alberto; BÈS, Martín; ROCA, Jerónimo. Aumentando la recaudación y compensando a los más pobres. CEPAL. 2010. Disponível em: [https://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/1/41751/alberto\\_barreix\\_EI\\_IVA\\_Personalizado\\_BID\\_Eurososial\\_IEF\\_2010](https://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/1/41751/alberto_barreix_EI_IVA_Personalizado_BID_Eurososial_IEF_2010). Acesso em 8 jul. 2023.

BRAGA, Thécio. ICMS PERSONALIZADO (ICMS-p): benefício fiscal em prol da isonomia tributária e do livre exercício de atividade econômica. BENEFÍCIO FISCAL EM PROL DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA E DO LIVRE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ECONÔMICA.. 2018. 63 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Direito Econômico e do Trabalho, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/184171/001078207.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 07 jul. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Mulheres são responsáveis familiares em 81% das concessões do Bolsa Família. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2023/03/mulheres-sao-responsaveis-familiares-em-81-das-concessoes-do-bolsa-familia#:~:text=Na%20folha%20de%20pagamento%20de,de%20fam%C3%ADlias%20benefici%C3%A1rias%20neste%20m%C3%AAAs>. Acesso em: 07 jul. 2023.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

CAUREO, Elisângela. Capacidade Contributiva, Tributação Indireta e Mínimo Existencial. RPGE – Revista da Procuradoria-Geral do Estado, v. 36, n. 76, p. 103-152, Porto Alegre: PGE/RS, 2015. Disponível em: <https://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201703/22152509-revista-pge-76-integra.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2023.

DANILEVICZ, Rosane Beatriz J. O princípio da Essencialidade na Tributação. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n. 28, p. 135 – 154, Porto Alegre: UFRGS, 2011.

ESTADÃO. São Paulo, 5 dez. 2018. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,em-2017-54-8-mi-de-brasileiros-estavam-abaixo-da-linha-de-pobreza-2-mi-a-mais-que-em-2016,70002634026>. Acesso em: 07 jul. 2023.

FOUCAULT, Michel. A Microfísica do Poder. Organização e Tradução Roberto Machado. Rio de Janeiro, Graal, 22 edição, 2006.

FRASER, Nancy; BUTLER, Judith. Reconocimiento o redistribución: un debate entre marxismo y feminismo. Un debate entre marxismo y feminismo. *New Left Review*, 2000. Traducción: Marta Malo de Molina Bodelón; Cristina Vega Solís.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. *Caderno de Campos*, São Paulo, n. 14/1, p.231-239, nov. 2006. Tradução Julio Assis Simões.

HAN, Byung-Chul. O que é o poder? Petrópolis, Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2019. Tradução de Gabriel Salvi Philipson.

GASSEN, Valcir; ARAÚJO, Pedro Júlio Sales D’; PAULINO, Sandra Regina da F. Tributação sobre Consumo: o esforço em onerar mais quem ganha menos. *Sequência*, Florianópolis, v. 1, n. 66, p.213-234, 2013. Julho. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n66/09.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2023.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. O papel da Mulher na Sociedade. Disponível em: [www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66895/69505/](http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66895/69505/). Acesso em 08 jul. 2023.

PADILHA, Giovanni da Silva. ICMS PERSONALIZADO (ICMS-P): UN IVA MODERNO, EFICIENTE Y EQUITATIVO. Tese (Doutorado em Economia) – UAH, Alcalá de Henares, Madrid, 2017.

PADILHA, G., da Sila. ICMS Personalizado (ICMS-p): por que escolher entre eficiência e qualidade se é possível ter ambas? *Enfoque Fiscal – Revista da AFISVEC e do SINDIFISCO-RS*, n. 13, out/2017, p. 70 – 73, Porto Alegre: AFISVEC/SINDIFISCO-RS.

PEREIRA, Maria Júlia Tavares. A dominação-exploração das mulheres na sociedade capitalista: um estudo bibliográfico. *Rev. Sociologias Plurais*, v. 5, n. 1, p.469-487, jul. 2019.

SAFFIOTI, Heleieth. A mulher na sociedade de classes: mito e realidade. Petrópolis-RJ: Vozes, 1976

SANTOS, Silvana Mara de Moraes dos; OLIVEIRA, Leidiane. Igualdade nas relações de gênero na sociedade do capital. Revista Katál: limites, contradições e avanços, Florianópolis, v. 13, n. 1, p.11-19, 2010. Janeiro/junho. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/rk/v13n1/02.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rk/v13n1/02.pdf). Acesso em: 05 jul. 2023.

SCAFF, Fernando Facury apud CAUREO, Elisangêla. Capacidade Contributiva, Tributação Indireta e Mínimo Existencial. RPGE – Revista da Procuradoria-Geral do Estado, v. 36, n. 76, p. 103-152, Porto Alegre: PGE/RS, 2015.

# Alienações sucessivas, fraude à execução fiscal e terceiro de boa-fé: uma análise sobre o julgamento do recurso especial repetitivo N. 1.141.990/PR

## *Successive Transfers, Fraud against Tax Execution, and Third Parties in Good Faith: An Analysis of the Judgment of Repetitive Special Appeal No. 1,141,990/PR*

**Rubia Mafort Clementino Silva**

*Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especializada 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.*

**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.*

### RESUMO

O presente trabalho apresenta algumas considerações a respeito da presunção absoluta de fraude à execução fiscal sedimentada no Recurso Especial Repetitivo n. 1.141.990/PR, nas hipóteses em que bem imóvel é adquirido por terceiro de boa-fé em alienações sucessivas.

**Palavras-chave:** fraude à execução fiscal. alienações sucessivas. terceiro de boa-fé. REsp 1.141.990/PR. presunção absoluta de fraude.



## ABSTRACT

This paper presents some considerations regarding the absolute presumption of fraud against tax foreclosure as established in Repetitive Special Appeal No. 1.141.990/PR, in cases where the property is acquired by a third party in good faith in successive sales.

**Keywords:** tax enforcement fraud. successive alienations. bona fide third party. REsp 1,141,990/PR. absolute presumption of fraud.

## INTRODUÇÃO

A fraude à execução fiscal constitui um desafio para o ordenamento jurídico brasileiro, representando uma prática que prejudica a efetividade da cobrança dos créditos fiscais por parte da Administração Pública.

O devedor, com o intuito de frustrar a satisfação do crédito tributário, aliena seus bens, dificultando ou impossibilitando a penhora desses ativos.

É essencial analisar a figura do terceiro de boa-fé num contexto de alienações sucessivas de bem imóvel em que não havia razão para suspeitar da irregularidade que recaía sobre o patrimônio alienado.

Destaca-se o impacto do recurso especial repetitivo 1.141.990/PR no tratamento dado à fraude à execução fiscal. Tal recurso, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), trouxe importantes diretrizes para a caracterização e prova da fraude, entretanto, vê-se a necessidade de modulação de efeitos, especialmente no que tange a boa-fé do terceiro adquirente.

O presente artigo visa aprofundar a compreensão sobre a fraude à execução fiscal, explorando os mecanismos que possibilitam a alienação sucessiva de bens, as questões relacionadas ao terceiro de boa-fé e o impacto do recurso especial repetitivo 1.141.990/PR na jurisprudência.

O método de pesquisa utilizado será o bibliográfico e o estudo de caso, permitindo uma análise aprofundada do tema a partir de referências doutrinárias, legislação aplicável e precedentes judiciais relevantes.

## ESCORÇO CONCEITUAL DE FRAUDE

A transferência da responsabilidade por uma obrigação da pessoa do devedor para seu patrimônio é um marco histórico importante. Dois eventos relevantes nesse contexto são a *Lex Poethelia Papiria*, de 326 a.C., que aboliu o *nexum* e a possibilidade de escravidão do devedor como garantia da obrigação, e a *pignoris capio*, que permitiu ao credor tomar parte dos bens do devedor como garantia do cumprimento da dívida.

Esses institutos influenciaram, séculos depois, no disposto no artigo 789 do CPC<sup>1</sup>, que consagra a responsabilidade do devedor em utilizar seus bens presentes e futuros para a satisfação da obrigação.

<sup>1</sup> De forma similar, é a redação do art. 391 do Código Civil: "Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor".

Segundo De Plácido e Silva<sup>2</sup>, a palavra fraudar tem origem no latim *fraudare* (fazer agravo, prejudicar com fraude). Em termos gerais, significa usar da fraude, exprimindo toda a ação de falsear ou ocultar a verdade com a intenção de prejudicar ou de enganar. No contexto fiscal, tem sentido de falsificar ou adulterar, usar de ardil para fugir ao pagamento de uma tributação, com o propósito de sonegar. Significa ainda burlar. “E neste conceito se afirma: fraudar a lei, ou seja, fugir arditosamente à sua regra ou ao dever que nela se contém”<sup>3</sup>.

Esta ação é realizada por meio de métodos (meios) que impõem à vítima uma falsa percepção da realidade e tem por finalidade trazer algum prejuízo às vítimas e/ ou algum benefício ao ofensor. A fraude é, portanto, uma ação enganosa, realizada das mais diferentes formas, com intuito de beneficiar o fraudador e/ou prejudicar terceiros<sup>4</sup>.

De acordo com Rodrigues, em todas as hipóteses de fraude, há sempre alguns elementos centrais inalteráveis, tais como: (I) a presença de um sujeito que comete fraude e outro sujeito que é vítima da fraude; (II) a intenção deliberada do primeiro em enganar o segundo; (III) a ocorrência de um benefício para o fraudador ou de prejuízo para a vítima ou para terceiros; e, (IV) a disponibilidade de meios para a execução da fraude<sup>5</sup>.

## RELEMBRANDO O CONCEITO DE FRAUDE À EXECUÇÃO

A fraude à execução ocorre nas hipóteses em que “o devedor aliena, hipoteca ou grava seus bens em prejuízo dos seus credores em meio à ação capaz de reduzi-lo à insolvência”<sup>6</sup>.

Para Dinamarco a fraude à execução dá-se quando:

A alienação ou oneração de bens é feita já na pendência de um processo, quer executivo, quer de conhecimento, monitório ou mesmo cautelar, cujo desfecho possa conduzir à imposição de medidas sobre o bem alienado ou gravado (CPC, art. 593); com essas condutas o obrigado não quer só prejudicar o titular do direito a ser satisfeito mediante o emprego do bem, como ainda rebela-se contra a autoridade exercida pelo Estado-juiz, procurando fazer com que caia no vazio tudo quanto no processo vier a ser decidido, determinado, comandado<sup>7</sup>.

Arranhando, assim, “o conceito macro insculpido no art. 789 do CPC, de que, para cumprimento de suas obrigações, o devedor responde com todos os seus bens, presentes e futuros”<sup>8</sup>.

Sua definição é feita pelos incisos I a V, do artigo 792, do Código Processo Civil, que dispõe que “a alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução: I - quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público,

2 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

3 *IBIDEM*, 2014.

4 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Execução por quantia certa contra devedor solvente*. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 87.

5 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Responsabilidade patrimonial pelo inadimplemento das obrigações*. Indaiatuba: Foco, 2023. p. 203.

6 BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Recuperação de Crédito*. Coleção Prática e estratégia. 3. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 259.

7 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. IV. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 372.

8 BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Recuperação de Crédito*. Coleção Prática e estratégia. 3. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 259.

se houver; II - quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828; III - quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude; IV - quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência; V - nos demais casos expressos em lei”.

Estabelecidas tais premissas, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ora proclamava pela necessidade de citação válida para reconhecer-se a fraude à execução<sup>9</sup>, ora admitia sua existência, antes da citação, caso ficasse provado que os alienantes estivessem cientes do processo<sup>10</sup>.

A fim de dirimir a controvérsia e trazer segurança jurídica, em especial ao adquirente de boa-fé, o STJ editou a Súmula n. 375, e estabeleceu que “o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”<sup>11</sup>

## **FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL E RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N. 1.141.990/PR**

Até o advento da Lei Complementar n. 118/2005, a fraude à execução fiscal configurava-se nas hipóteses em que o sujeito passivo do crédito tributário, após a citação em execução fiscal, alienasse ou onerasse seus bens, sem que tivesse resguardado patrimônio suficiente para o pagamento total da dívida tributária. Essa era a dicção do artigo 185 e parágrafo único do Código Tributário Nacional (CTN), em sua redação original.

Com a vigência da Lei Complementar n. 118/2005, o caput do artigo 185 do CTN foi alterado, passando a dispor que “Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa”.

Essa presunção só ocorre quando o devedor não tiver reservado patrimônio suficiente para garantir a dívida, sendo suprimida a expressão em fase de execução, contida na redação original do art. 185 do CTN.

Destarte, com a alteração promovida pela Lei Complementar n. 118/2005, a análise da ocorrência da fraude à execução fiscal deixou de ser a citação na execução fiscal para ser a data em que o crédito tributário é inscrito em dívida ativa.

De acordo com Hugo de Brito Machado, “Basta, portanto, que o sujeito passivo da obrigação tributária esteja em débito para com a Fazenda Pública, para que se presuma que a alienação ou oneração de bens ou rendas por ele praticada ocorre com o propósito de frustrar a execução que a Fazenda poderá contra ele promover”<sup>12</sup>.

9 Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). AgRg no REsp 316.905/SP. Relator Ministro Felipe Salomão. Julgado em 20/11/2008. DJe de 18.12.2008. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). REsp 819.198/RJ. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Julgado em 25/04/2006. DJ de 12/06/2006.

10 Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). REsp n. 796.812/SP. Relatora Ministra Laurita Vaz. Julgado em 13/08/2009. DJe de 08/09/2009. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). REsp 824.520/SP. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Julgado em 20/11/2008. DJe de 01/12/2008.

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Corte Especial). Súmula 375. 18/03/2009. DJe 30/03/2009. Ed. 334.

12 MACHADO, Hugo de Brito. Comentários ao código tributário nacional. V. 3. São Paulo: Atlas, 2005. p. 672.

Estabeleceu-se, assim, controvérsia sobre a aplicação da Súmula n. 375 no âmbito das execuções fiscais, tendo a Primeira Seção do STJ, ao julgar o Recurso Especial nº 1.141.990/PR, pela sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, definido que em razão da natureza jurídica tributária do crédito, a mera alienação ou ônus sobre bens ou rendas pelo sujeito passivo, quando este possui débito inscrito em dívida ativa, sem reservar meios para quitá-la, acarreta uma presunção absoluta de fraude à execução, eis que a lei especial prevalece sobre as regras do direito processual civil.

Para alienações realizadas até 08/06/2005, antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005, definiu ser imprescindível que tenha havido a prévia citação no processo judicial para caracterizar a fraude à execução. Já a partir de 09/06/2005, após a vigência da Lei Complementar n. 118/2005, basta a inscrição em dívida ativa para haja a presunção de absoluta (*jure et jure*) da ocorrência da fraude.

Eis a ementa do acórdão a que se faz referência:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM POSTERIOR À CITAÇÃO DO DEVEDOR. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO NO DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO - DETRAN. INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. ARTIGO 185 DO CTN, COM A REDAÇÃO DADA PELA LC N. ° 118/2005. SÚMULA 375/STJ. INAPLICABILIDADE.

1. A lei especial prevalece sobre a lei geral (*lex specialis derogat lex generalis*), por isso que a Súmula n. ° 375 do Egrégio STJ não se aplica às execuções fiscais.

2. O artigo 185, do Código Tributário Nacional - CTN, assentando a presunção de fraude à execução, na sua redação primitiva, dispunha que: 'Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução.'

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução.'

3. A Lei Complementar n. ° 118, de 9 de fevereiro de 2005, alterou o artigo 185, do CTN, que passou a ostentar o seguinte teor: 'Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.'

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.'

4. Consectariamente, a alienação efetivada antes da entrada em vigor da LC n. ° 118/2005 (09.06.2005) presumia-se em fraude à execução se o negócio jurídico sucedesse a citação válida do devedor; posteriormente à 09.06.2005, consideram-se fraudulentas as alienações efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa.

5. A diferença de tratamento entre a fraude civil e a fraude fiscal justifica-se pelo fato de que, na primeira hipótese, afronta-se interesse privado, ao passo que, na segunda, interesse público, porquanto o recolhimento dos tributos serve à satisfação das necessidades coletivas.

6. É que, consoante a doutrina do tema, a fraude de execução, diversamente da fraude contra credores, opera-se *in re ipsa*, vale dizer, tem caráter absoluto, obje-



tivo, dispensando o *concilium fraudis*. (FUX, Luiz. O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 95-96 / DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 278-282 / MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 210-211 / AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 472-473 / BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 604).

7. A jurisprudência hodierna da Corte preconiza referido entendimento consoante se colhe abaixo: 'O acórdão embargado, considerando que não é possível aplicar a nova redação do art. 185 do CTN (LC 118/05) à hipótese em apreço (tempus regit actum), respaldou-se na interpretação da redação original desse dispositivo legal adotada pela jurisprudência do STJ'.

(EDcl no AgRg no Ag 1.019.882/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009, DJe 14/10/2009)

'Ressalva do ponto de vista do relator que tem a seguinte compreensão sobre o tema: [...] b) Na redação atual do art. 185 do CTN, exige-se apenas a inscrição em dívida ativa prévia à alienação para caracterizar a presunção relativa de fraude à execução em que incorrem o alienante e o adquirente (regra aplicável às alienações ocorridas após 9.6.2005);'.

(REsp 726.323/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009)

'Ocorrida a alienação do bem antes da citação do devedor, incabível falar em fraude à execução no regime anterior à nova redação do art. 185 do CTN pela LC 118/2005'.

(AgRg no Ag 1.048.510/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/08/2008, DJe 06/10/2008)

'A jurisprudência do STJ, interpretando o art. 185 do CTN, até o advento da LC 118/2005, pacificou-se, por entendimento da Primeira Seção (EREsp 40.224/SP), no sentido de só ser possível presumir-se em fraude à execução a alienação de bem de devedor já citado em execução fiscal'.

(REsp 810.489/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009)

8. A inaplicação do art. 185 do CTN implica violação da Cláusula de Reserva de Plenário e enseja reclamação por infringência da Súmula Vinculante n.º 10, *verbis*: 'Viola a cláusula de reserva de plenário (cf, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.'

9. Conclusivamente: (a) a natureza jurídica tributária do crédito conduz a que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta (*jure et de jure*) de fraude à execução (lei especial que se sobrepõe ao regime do direito processual civil); (b) a alienação engendrada até 08.06.2005 exige que tenha havido prévia citação no processo judicial para caracterizar a fraude de execução; se o ato translativo foi praticado a partir de 09.06.2005, data de início da vigência da Lei Complementar n.º 118/2005, basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para a configuração da figura da fraude; (c) a fraude de execução prevista no artigo 185 do CTN encerra presunção *jure et de jure*, conquanto componente do elenco das 'garantias do crédito tributário'; (d) a inaplicação do artigo 185 do CTN, dispositivo que não condiciona a ocorrência de fraude a qualquer registro público, importa violação da Cláusula Reserva de Plenário e afronta à Súmula Vinculante n.º 10, do STF.

10. *In casu*, o negócio jurídico em tela aperfeiçoou-se em 27.10.2005, data posterior à entrada em vigor da LC 118/2005, sendo certo que a inscrição em dívida ativa se deu anteriormente à revenda do veículo ao recorrido, porquanto, consoante dessume-se dos autos, a citação foi efetuada em data anterior à alienação, restando

inequívoca a prova dos autos quanto à ocorrência de fraude à execução fiscal.

11. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008.<sup>13</sup>

Assim, a partir do referido julgamento, sedimentou-se o entendimento de que em razão do interesse público existente nas execuções fiscais, bem como na prevalência da lei especial sobre a lei geral, a presunção de existência de fraude em bens adquiridos após a inscrição em dívida ativa é absoluta, independentemente da hipótese em que o bem tenha sido expropriado, o que não é razoável.

Estabeleça-se, hipoteticamente, que um determinado imóvel tenha sido adquirido após enorme cadeia de alienações sucessivas. Suponha-se que o último comprador tenha apresentado todas as certidões do proprietário anterior ou até mesmo de alguns dos que o antecederam e, mesmo assim, a situação estava regular. Suponha-se que passado algum tempo da compra, ele tenha sido cientificado que algum dos proprietários anteriores do imóvel, e de quem não adquiriu diretamente o bem, estava inscrito em dívida ativa de um pequeno município nos rincões do país.

Não é factível, exigir desse terceiro, a obtenção de certidões negativas de todas as fazendas públicas, especialmente as municipais, de todos os proprietários anteriores do imóvel a fim de evitar o reconhecimento da fraude à execução fiscal.

O fato de o devedor tributário e anterior proprietário do imóvel alienado sucessivamente ter ciência da existência de dívida ativa contra si, não retira a boa-fé do terceiro adquirente que não agiu em conluio e nada sabia da dívida, nem é essa a interpretação que se extrai do artigo 185 do CTN.

Nunca é demais lembrar que “A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova”<sup>14</sup>.

Daí porque muito embora o julgamento do REsp 1.141.990/PR tenha sido paradigmático para coibir a proliferação de fraudes às execuções fiscais através de ardil praticado por devedores da fazenda pública, não previu a generalidade de situações possíveis, reconhecendo a presunção absoluta da existência da fraude, independente do caso concreto, bastando a simples inscrição em dívida ativa.

Ainda que o adquirente de boa-fé pudesse obter certidões negativas da União e de todos os Estados e Distrito Federal, seria praticamente impossível obter certidão negativa de todos os Municípios do Brasil, de toda a cadeia dominial do imóvel, para resguardar-se de uma possível declaração de fraude.

Alheio a essa dificuldade, quiçá impossibilidade de obtenção de certidões de todos os estados e municípios do país, a jurisprudência do STJ vem aplicando de forma indistinta o decidido no REsp nº 1.141.990/PR, reiterando que “é irrelevante a existência de boa-fé ou de má-fé do terceiro adquirente, ou mesmo a prova da existência do conluio, para caracterizar fraude à Execução Fiscal, já que se está diante da presunção absoluta, *jure et de jure*, inaplicando-se a Súmula 375/STJ, mesmo em se tratando de alienações

<sup>13</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (1. Seção). REsp n. 1.141.990/PR. Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Seção. Julgado em 10/11/2010. DJe de 19/11/2010.

<sup>14</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Corte Especial). REsp n. 956.943/PR. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Relator para acórdão Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em 20/8/2014. DJe de 1/12/2014.

sucessivas”<sup>15</sup>.

Alguns dos tribunais pátrios, dentre os quais cita-se o Tribunal Regional Federal da 2ª e da 4ª Região, têm, por vezes, afastado a aplicação da exegese proclamada no REsp nº 1.141.990/PR, nas hipóteses de alienações sucessivas. Veja:

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. IMÓVEL. ALIENAÇÕES SUCESSIVAS. SEGURANÇA JURÍDICA DO NEGÓCIO. ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA. APRESENTAÇÃO DAS CERTIDÕES NEGATIVAS DO ÚLTIMO VENDEDOR. PENHORA EM EXECUÇÃO FISCAL. ATO FRAUDULENTO DO PRIMEIRO ALIENANTE (EXECUTADO). ART. 185 DO CTN. PRECEDENTES.

1. Sentença que julgou procedente o pedido dos embargantes, deferindo o pedido de levantamento de penhora.

2. Para as alienações ocorridas após a entrada em vigor da LC 118, ou seja, após 09/06/2005, aplica-se a nova redação do art. 185 do CTN, o qual presume fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.

3. O imóvel submetido a penhora foi alienado pelo executado em 03/10/2006 a terceira pessoa, e que esta, por sua vez, vendeu o mesmo bem para os embargantes no dia 15 de setembro de 2011. A inscrição da dívida na CDA se deu em 06/09/2006, restando, em tese, presumida a fraude à execução.

4. O embargante vem nestes autos comprovar sua boa-fé na aquisição do imóvel. Na ocasião da compra e venda do imóvel, não existia, na matrícula, nenhum ônus sobre esse bem, tal como demonstra da certidão acostada aos autos, nem era possível vincular o alienante à anterior inscrição em dívida ativa, já que os embargantes adquiriram o bem de terceira pessoa que não o executado.

5. A aplicação do Recurso Repetitivo Resp. 1.141.990/PR não é automática, podendo a presunção de fraude ser afastada quando o terceiro comprovar de forma inequívoca a sua boa-fé, a qual somente pode ser alegada quando não houver o registro de penhora ou de qualquer gravame sobre o bem. No caso de alienação de imóveis, é preciso considerar, ainda, que envolve circunstâncias jurídicas e negociais diferenciadas. A decretação de fraude à execução afetando terceiros, no caso de alienações sucessivas, configura verdadeiro confisco à propriedade, pois não é razoável exigir do cidadão comum que investigue toda a cadeia dominial do imóvel à procura de ações executivas de todos os proprietários anteriores. Precedente: TRF4, AC 5004044-09.2016.404.7003, Segunda Turma, Relatora LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH, juntado aos autos em 28/06/2017.

6. Destaca-se que a presunção de fraude à execução quando a alienação do bem do devedor ocorre após a citação é relativa, ou seja, admite prova em contrário, sendo invertida pelo adquirente que comprova que agiu com boa-fé na aquisição do bem, mediante a apresentação de certidões pertinentes ao local onde se situa o imóvel, além de demonstrar desconhecer a existência da Execução Fiscal ou da inscrição em dívida ativa em desfavor do alienante. Cabe, nestas hipóteses, ao credor demonstrar o consilium fraudis, a culpa ou a má-fé por ocasião da alienação do bem. Precedente: STJ, EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1225829/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, julgado em 14/02/2017, DJe 22/02/2017.

7. Na hipótese de sucessivas alienações do imóvel com o respectivo registro na matrícula do imóvel, se mostra desarrazoado exigir que o adquirente tenha conhecimento da pendência de execução fiscal ou dívida ativa em nome de quem não fez parte do negócio. O ato fraudulento deve ser realizado pelo próprio executado,

<sup>15</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2. Turma). AgInt no AREsp n. 1.431.483/RJ. Relatora Ministra Assusete Magalhães. Julgado em 19/11/2019, DJe de 29/11/2019. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (1. Turma). AgInt no REsp n. 1.895.302/PR. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Julgado em 10/5/2021. DJe de 13/5/2021. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (1. Turma). AgInt no REsp n. 1.861.400/PR. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 5/10/2020. DJe de 8/10/2020. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (1. Turma). AgInt no REsp n. 1.853.950/PR. Relator Ministro Gurgel de Faria. Julgado em 24/08/2020. DJe de 31/08/2020.

jamais por terceiro relativamente ao processo, cuja boa-fé deve ser tutelada.

8. O art. 185 prescreve ser presumidamente fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou renda por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. No caso de alienações sucessivas, a fraude à execução é cometida no primeiro negócio (ou seja, naquele onde há participação do sujeito passivo em débito), mas sem contagiar as demais operações de transferência de domínio, porque o art. 185 do CTN, nesse aspecto, não assegurou beneplácito algum ao crédito tributário. Precedente: TRF4, AC 5007107-89.2014.404.7204, Segunda Turma, Relator OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA, juntado aos autos em 10/06/2016.

9. Apelação e remessa necessária desprovidas. Honorários mantidos<sup>16</sup>.

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. ALIENAÇÕES SUCESSIVAS DE IMÓVEL. BOA-FÉ DO ADQUIRENTE. ADOÇÃO DE CAUTELAS DEVIDAS. CERTIDÕES NEGATIVAS.

1. Na fraude à execução de dívidas tributárias, incidem as disposições do CTN em razão do princípio da especialidade, razão pela qual a Súmula 375 do STJ, que dispõe que o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má fé do terceiro adquirente, não se aplica ao caso dos autos (STJ no REsp 1.141.990, na sistemática do art. 543-C do CPC/73).

2. Anteriormente à vigência da LC 118/2005, presume-se em fraude à execução a alienação efetivada após a citação válida do devedor, e, após 09.06.2005, considera-se fraudulenta aquela realizada após a inscrição do crédito tributário em dívida ativa.

3. A presunção de fraude, no entanto, pode ser afastada quando, ausente o registro da penhora, o terceiro adquirente comprovar, de forma inequívoca, a sua boa-fé.

4. A segurança jurídica necessária para garantir a estabilidade dos negócios exige, diante da ausência de penhora ou outras restrições que recaiam sobre o patrimônio do devedor de dívida ativa e que sejam dotadas de publicidade, que o terceiro adquirente seja diligente e tome as cautelas necessárias para verificar se o alienante é devedor da Fazenda Pública, exigindo a apresentação de certidões negativas.

5. Caso em que o embargante, ao adquirir o imóvel, adotou as cautelas que lhe eram exigíveis, não sendo razoável pretender que, no caso de alienações sucessivas de imóveis, o último comprador investigue toda a cadeia dominial do imóvel em busca de certidões negativas dos proprietários anteriores, bem como que tenha conhecimento de execução fiscal em detrimento desses ou de empresas de que sejam/tenham sido sócios (nos casos de redirecionamento), sendo suficiente que a última compra tenha seguido todos os trâmites legais.

6. Comprovada a boa-fé do terceiro adquirente. Fraude à execução afastada. [...] <sup>17</sup>.

Todavia, o STJ reformou o acórdão proferido pelo TRF2, no julgamento do AREsp n. 1.431.483, por decisão monocrática da Ministra Assusete Magalhães publicada no DJe de 06/02/2019.

Já o Recurso Especial n. 1.843.897/SC interposto pela Fazenda Nacional em face do acórdão proferido pelo TRF4, não foi conhecido, com fulcro na Súmula n. 7 daquele Sodalício, que estabelece que não cabe recurso especial para simples reexame de prova<sup>18</sup>.

É de se ressaltar que mesmo antes do ajuizamento da execução fiscal, a Fazenda

<sup>16</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. (3. Turma Especializada). Apelação Remessa Necessária n. 0001302-57.2012.4.02.5107 (2012.51.07.001302-0). Relator Desembargador Federal Marcus Abraham. Julgado em 28/08/2017. DJe 31/08/2017.

<sup>17</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. (1. Turma). Apelação/Remessa Necessária n. 5007859-84.2016.4.04.7206. Relator Alexandre Rossato da Silva Ávila. Julgado em 25/06/2019.

<sup>18</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Decisão Monocrática). REsp n. 1.843.897/ SC. Relatora Ministra Regina Helena Costa. Julgado em 07/11/2019. DJe de 11/11/2019.

Pública dispõe de medidas legais tanto para dar publicidade à inscrição em dívida ativa, quanto para impedir que o devedor aliene seu patrimônio, em detrimento da dívida tributária.

Pode valer-se da ação cautelar fiscal, prevista na Lei n. 8.397/1992, para tornar indisponível o patrimônio do devedor até o limite da satisfação da obrigação, conforme dispõe o artigo 4º da referida lei.

Também tem a sua disposição o protesto da certidão de dívida ativa, previsto na Lei n. 9.492/97, com modificações feitas pela Lei n. 12.767/2012, que incluiu o parágrafo único ao artigo 1º<sup>19</sup>, e cuja alteração foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5135<sup>20</sup>, assim como teve sua legalidade analisada pelo STJ no julgamento do Recurso Especial n. 1.686.659/SP, pelo rito do artigo 1.036 do CPC/2015<sup>21</sup>.

Tais medidas já seriam suficientes para dar publicidade à existência da dívida tributária, a fim de que o terceiro de boa-fé não adquira imóvel que poderia ser objeto de futura execução fiscal, considerando que os tabeliães de protesto são obrigados por lei, a manter uma central nacional de serviços eletrônicos compartilhados, com abrangência nacional, devendo permitir “consulta gratuita quanto a devedores inadimplentes e aos protestos realizados, aos dados desses protestos e dos tabelionatos aos quais foram distribuídos, ainda que os respectivos títulos e documentos de dívida não sejam escriturais”, conforme previsão contida no inciso III, do art. 41-A, da Lei n. 9.492/97, incluído pela Lei n. 13.775/2018.

Após o ajuizamento da execução fiscal, poderá, ainda, valer-se da averbação premonitória, que torna indubitosa à fraude à execução fiscal em imóvel adquirido de devedor inscrito em dívida ativa, ainda que na hipótese de alienações sucessivas.

Guilherme Gehlen Walcher<sup>22</sup> sugere parâmetros para o reconhecimento da fraude à execução e aplicação do entendimento do REsp 1.141.990/PR em alienações sucessivas.

Segundo expôs, o julgado repetitivo deveria incidir nos casos em que o alienante sucessivo tiver, à época da alienação, certidão positiva de débitos fiscais; ou quando o fisco demonstrar que o bem foi alienado após o registro da penhora; ou quando a fazenda pública demonstrar, ainda que de forma indiciária, a prova de má-fé do adquirente sucessivo, seja pelo conhecimento da execução em curso, seja em razão de averbação premonitória anterior à aquisição, seja em razão de bloqueio decretado sobre o bem em medida cautelar fiscal anterior à aquisição, seja por indícios diversos (parentesco, vinculação societária, interesse reflexo), que poderão ser aprofundados em sede de eventuais embargos de terceiro, após

<sup>19</sup> Art. 1º Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.

Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.

<sup>20</sup> No julgamento da ADI n. 5135, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese: “O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). ADI 5135. Relator Ministro Roberto Barroso. Julgado em 09/11/2016. Publicação 07/02/2018.

<sup>21</sup> O STJ fixou a tese de que “A Fazenda Pública possui interesse e pode efetivar o protesto da CDA, documento de dívida, na forma do art. 1º, parágrafo único, da Lei 9.492/1997, com a redação dada pela Lei 12.767/2012”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (1. Seção). REsp n. 1.686.659/SP. Relator Ministro Herman Benjamin. Julgado em 28/11/2018. DJe de 11/3/2019.

<sup>22</sup> WALCHER, Guilherme Gehlen. Fraude à execução fiscal. Questões controvertidas à luz da jurisprudência pátria. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/79127845.pdf>. Acesso em: 31/07/2022.

a concretização da penhora”<sup>23</sup>.

Em comentários ao REsp n. 1.141.990/PR, Julizar Barbosa Trindade Júnior<sup>24</sup>, recomenda, de forma acertada, a nosso ver, a criação de um cadastro nacional de débitos inscritos em dívida ativa, a ser alimentado sobretudo pelos entes municipais e estaduais como condição à caracterização da fraude, que possibilitaria, de pronto, a verificação da existência de inscrição em dívida ativa de todos os anteriores proprietários do imóvel objeto de compra por terceiro.

Acreditamos que a saída possível para caracterização da fraude à execução fiscal em alienações sucessivas dá-se através da integração e publicidade de dados entre todos os entes públicos, União Federal, Estados, Distrito Federal e Municípios, que possibilitaria, indene de dúvidas, a consulta pelo terceiro de boa-fé.

Não se ignora, que muitas dessas transações, entre devedores do fisco e terceiros tenham o intuito único de blindar o patrimônio daquela contra possível expropriação em execução fiscal. Todavia, tal circunstância não pode servir de subterfúgio para a jurisprudência dos tribunais pátrios declarar, de forma indistinta, a ocorrência da fraude e má-fé do adquirente, ainda mais em razão de atualmente ser praticamente impossível a consulta a todas as fazendas públicas.

Tal como lançado pelo STJ, o REsp n. 1.141.990/PR não cumpre sua função precípua de apaziguar os conflitos de interesses surgidos em função desta questão, devendo, no nosso entendimento, ser revisto e melhor elucidado pela Corte de Cidadania.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do instituto da fraude à execução fiscal, em alienação sucessiva de bens, por terceiro de boa-fé e o impacto do recurso especial repetitivo 1.141.990/PR demonstra a complexidade e relevância do tema no âmbito do Direito Tributário e Processual Civil. Embora os tribunais tenham buscado solucionar controvérsias a respeito desses institutos, algumas questões ainda carecem de maior clareza e uniformização jurisprudencial.

A decisão proferida pelo STJ no recurso especial repetitivo 1.141.990/PR trouxe importantes diretrizes para a caracterização da fraude à execução fiscal em casos de alienações sucessivas. No entanto, a aplicação prática desse entendimento tem gerado desafios, especialmente quando se considera a dificuldade em acessar informações sobre débitos inscritos em dívida ativa de todos os anteriores proprietários de um imóvel.

Uma alternativa promissora para enfrentar essa questão é a criação de um cadastro nacional de débitos inscritos em dívida ativa, integrando as informações dos entes públicos em um único sistema. Isso permitiria consultas rápidas e abrangentes, proporcionando maior segurança jurídica aos terceiros adquirentes de bens.

Apesar das medidas já existentes, como a ação cautelar fiscal e o protesto da certidão de dívida ativa, é fundamental que a jurisprudência continue evoluindo e aprimorando

<sup>23</sup> IDEM, 31/07/2022.

<sup>24</sup> TRINDADE JR, Julizar Barbosa. Breve Comentário ao Recurso Especial n. 1.141.990/PR. Fraude à Execução Fiscal: Presunção Absoluta? Uma Distinção Necessária. Revista da PGE/MS. 15. ed. Disponível em <<http://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2020/02/Revista-PGE-ensaio-breve-coment%C3%A1rio.pdf>>. Acesso em 31/07/2022.

seus critérios para caracterizar a fraude à execução fiscal e proteger o terceiro de boa-fé. Ademais, o esclarecimento dos elementos que configuram a má-fé do adquirente sucessivo é crucial para evitar generalizações indevidas e garantir a devida segurança jurídica nas transações comerciais.

Diante disso, é imprescindível que o STJ reveja e melhor elucide a interpretação do recurso especial repetitivo 1.141.990/PR, de modo a proporcionar uma aplicação mais efetiva e coerente dos institutos relacionados à fraude à execução fiscal em alienações sucessivas.

Por fim, é importante destacar que a discussão em torno desse tema é de suma importância para o aprimoramento da legislação e jurisprudência relacionadas à responsabilidade patrimonial do devedor e à proteção dos direitos dos terceiros de boa-fé, eis que uma abordagem equilibrada e atualizada é fundamental para garantir um ambiente jurídico estável e propício ao desenvolvimento econômico e social do país.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, J. L. G. de; BITTENCOURT, J. J. Fraude contra credores: noção de fraude em geral. Escorço histórico e questões sobre a fraude contra credores. Ação pauliana. Revista da Faculdade de Direito, Universidade De São Paulo, 115, 63-91. 2020. <<https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v115p63-91>>. Acesso em: 29/06/2023

ASSIS, Araken de. Manual da execução. 18. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005. Altera e acrescenta dispositivos à Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, e dispõe sobre a interpretação do inciso I do art. 168 da mesma Lei. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp118.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp118.htm)>. Acesso em: 01/08/2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 01/08/2023.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. Recuperação de Crédito. Coleção Prática e estratégia. 3. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). Código Tributário Nacional comentado: doutrina e jurisprudência, artigo por artigo, inclusive ICMS e ISS. 6. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LIMA, Alvaro. A Fraude no Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 1965.

MACHADO, Hugo de Brito. Comentários ao Código Tributário Nacional. V. 3. São Paulo: Atlas, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil – Parte geral. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – Volume único. 11. ed.

Salvador: JusPodivm, 2019.

PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schroder. Leis de processo tributário comentadas: processo administrativo fiscal, protesto extrajudicial de títulos e execução fiscal. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Responsabilidade patrimonial pelo inadimplemento das obrigações. Indaiatuba: Foco, 2023.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Execução por quantia certa contra devedor solvente. Indaiatuba: Foco, 2021.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de execução civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. Volume único. São Paulo: Método, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TRINDADE JR, Julizar Barbosa. Breve Comentário ao Recurso Especial n. 1.141.990/PR. Fraude à Execução Fiscal: Presunção Absoluta? Uma Distinção Necessária. Revista da PGE/MS. 15. ed. Disponível em <<http://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2020/02/Revista-PGE-ensaio-breve-coment%C3%A1rio.pdf>>. Acesso em 31/07/2022.



## O ensino jurídico e o direito atento à realidade social

### *Legal education and law attuned to social reality*

**Victor Volpe Albertin Fogolin**

*Mestrando em Direito e Educação pela Universidade de Araraquara. Graduado pela Universidade de São Paulo (USP). Advogado. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/5532433504546412>.*

**Luiza Dias Seghese**

*[lattes.cnpq.br/7105512585590508](https://lattes.cnpq.br/7105512585590508)*

#### RESUMO

O estudo aborda a necessidade de superar a visão unidisciplinar do direito, influenciada pelo positivismo jurídico, que se concentra na interpretação literal da lei sem considerar a realidade e outras disciplinas. O texto apresenta juristas que lutaram contra a unidisciplinariedade e defenderam uma abordagem mais crítica e interdisciplinar do direito, como Orlando Gomes, Francisco San Tiago Dantas e Raymundo Faoro. Em suma, o artigo conclui que é necessário incentivar uma visão mais crítica e interdisciplinar do direito para que os juristas possam atuar de forma mais efetiva na sociedade e trazer inovação ao campo jurídico. O ensino jurídico é mencionado como responsável por muitos estudantes adotarem uma visão fechada do direito. É ressaltada a importância de integrar o ensino do direito com outras áreas do conhecimento, para que os juristas possam tomar decisões mais bem fundamentadas e contribuir para a resolução de problemas sociais. Essa mudança possibilitaria a abertura de debates políticos relevantes e o surgimento de juristas capazes de promover mudanças significativas na sociedade.

**Palavras-chave:** unidisciplinariedade. interdisciplinaridade. positivismo jurídico. ensino.

#### INTRODUÇÃO

Elinor Ostrom foi a primeira mulher a ganhar o Prêmio Nobel de Economia, fato ocorrido em 2009. A economista americana notabilizou-se, entre outros trabalhos, por suas contundentes críticas dirigidas à economistas que se mantinham predominantemente no campo teórico-abstrato, e esqueciam-se de observar a prática. Levando em conta essas críticas, como forma de homenagem, a jurista Lee Anne Fennell estabeleceu o axioma conhecido como Lei de Ostrom, que pode ser enunciado da seguinte forma: “Um arranjo de recursos que funciona



na prática pode funcionar em teoria”<sup>1</sup>. Embora o axioma seja mais dirigido à uma crítica econômica, é possível a sua aplicação para uma crítica ao predominante modo de se pensar o direito, fundado em interpretações com o forte distanciamento da realidade e foco na letra da lei, sem viés crítico, que praticamente desconsidera a prática e separa o direito de outras disciplinas.

Muito da predominância da unidisciplinariedade do direito deve-se ao positivismo jurídico. A expressão positivismo jurídico teria surgido na Alemanha<sup>2</sup>, no começo do século XIX, com os debates sobre a necessidade de codificação travados entre defensores de Savigny – que acreditava que a codificação seria a cristalização de um direito ruim - e defensores de Thibaut – para quem a codificação seria necessária para uma maior segurança jurídica -, com grande influência da França, que, em 1804, havia editado o Código Civil Napoleônico, levando ao surgimento da Escola da Exegese.

O positivismo jurídico possui como principais bases as ideias de que o Direito é baseado na coação, de que a fonte do Direito é a lei – salvo se o uso do costume for permitido pela lei -, a inquestionabilidade do mérito das leis e o ideal da interpretação mecanicista do Direito, que “faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito”<sup>3</sup>, levando a uma interpretação quase sempre textual, desconsiderando a realidade, ou apenas considerando-a se a lei assim estabelecer, adotando uma visão unidisciplinar. Com apoio na Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, os aplicadores do direito submeteram-se à condição de simplórios aplicadores da lei positiva como resposta às tentativas por parte de outras áreas de conhecimento de influenciar no direito.

José Eduardo Faria, a fim de exemplificar o que seriam “juristas fora da curva”<sup>4</sup>, analisa a trajetória de três juristas: Orlando Gomes dos Santos, Francisco San Tiago Dantas e Raymundo Faoro. Orlando Gomes foi um privatista baiano que frequentemente se utilizava de abordagens heterodoxas, com uma aversão ao conservadorismo e reconhecendo a importância da sociologia para o direito e levando-a em conta nas suas análises, especialmente do Direito Civil, sempre evidenciando as características sociais, políticas, econômicas e culturais presentes, por exemplo, através de uma análise do direito do trabalho sob a ótica da luta de classes<sup>5</sup>. San Tiago Dantas foi um jurista carioca que chegou a ser Ministro das Relações Exteriores e Ministro da Fazenda, frequente crítico do formalismo do positivismo e defensor de visão interdisciplinar do direito e membro da chamada “esquerda positiva”, crítica das pressões populistas, especialmente em relação ao projeto de desenvolvimento discutido no início da década de 60. Raymundo Faoro foi um jurista e historiador gaúcho, fortemente influenciado por Weber, marcado pela sua atuação, como presidente do Conselho Federal da OAB entre 1977 e 1979, em favor das garantias processuais durante o período da Ditadura Militar, recusando-se a ser um jurista que somente aceita a lei, mas também agindo para mudá-la.

Em comum entre os três juristas, José Eduardo Faria destaca a luta contra a unidisciplinariedade do direito e contra o fetichismo da legalidade, na busca por uma renovação da concepção Direito então vigente, que possuía forte enfoque positivista. O autor

1 FENNEL, Lee Anne. “Ostrom’s Law: Property Rights in the Commons”. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 584, 2011.

2 MENDONÇA, Fabrício Cortese. O positivismo jurídico. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 27 maio de 2010.

3 BOBBIO, Norberto. Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 133.

4 FARIA, José Eduardo. “Juristas fora da curva: três perfis”. Revista Direito GV, vol. 12, n. 2, p. 272-316, 2016.

5 GOMES, Orlando. O destino do direito do trabalho. Revista da Faculdade de Direito UFPR, 1957.

conclui de forma melancólica, destacando que a linhagem desses “juristas fora da curva” não deixou herdeiros e que o isolamento do direito levou à decadência do pensamento jurídico, e ao deslocamento dos centros de pesquisa para outras áreas mais abertas do conhecimento, dificultando o desenvolvimento do Direito vigente.

Partindo de um raciocínio *contrário sensu* do pensamento de José Eduardo Faria, o jurista médio configurar-se-ia com um anti-intelectual, que não cria, não possui pensamento crítico, que congela o direito vigente com sua interpretação, vendida como verdade científica. Em razão da predominância desse perfil, os juristas – inclusive os fora da curva, devido ao estabelecimento de um estereótipo - são jogados para escanteio de debates políticos importantes, sendo acionados somente para esclarecer a lei vigente, dificilmente para inovar e melhorar o Direito vigente. Em suma, só se consultam os juristas para saber o que é legal e o que é ilegal. Consequentemente, as pesquisas jurídicas são menos incentivadas, tendo em vista que a sociedade possui mais interesse em saber como o Direito pode atuar para impulsionar um maior desenvolvimento econômico do que em saber as 10 interpretações diferentes de um artigo do Código Civil – modelo de pesquisa frequente.

Ressalva-se que a culpa da predominância de juristas médios deve-se em maior parcela ao ensino jurídico no país do que à falta de vontade de dedicar-se nos estudos interdisciplinares por parte dos próprios estudantes. O ensino jurídico, com um forte viés positivista e impulsionado pela febre dos concursos públicos, reduziu o direito à uma disciplina autopoiética e fechada, em que se objetiva saber a interpretação da lei em abstrato, sem levar em conta as consequências concretas e sem um viés crítico.

Interessante episódio, também influenciado pelo positivismo, destaca a perda de ambição das faculdades de direito e a dominância do jurista médio no Brasil. A introdução dos cursos de Direito no Brasil ocorrida em 1827, por Dom Pedro I, com a criação da Faculdade de Direito de Olinda e da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Os cursos inicialmente recebiam o nome de “Ciências Jurídicas e Sociais”, destacando o olhar social, em tese, inerente ao direito e a multidisciplinariedade. Entretanto, sob a influência positivista da unidisciplinariedade, a palavra “Sociais” foi excluída, sendo criado um curso diverso de “Ciências Sociais” em São Paulo, em 1934<sup>6</sup>.

Destaca-se que a luta contra a unidisciplinariedade do Direito não é uma luta contra a segurança jurídica. Pelo contrário, trata-se de incentivar juízes a decidir com base na realidade e com conhecimento em diversas disciplinas, levando em conta as consequências práticas da decisão, inclusive os possíveis problemas da decisão judicial que podem afetar a segurança jurídica, não havendo fuga da lei, mas uma interpretação mais coerente com a realidade, já que o legislador é incapaz de prever no texto legal todos os casos possíveis. Outrossim, trata-se também de criar incentivos para que mais juristas pensem, de forma mais aprofundada, em maneiras de assegurar mais segurança jurídica.

O conhecimento está disperso na sociedade, em fragmentos incompletos na mente de pessoas desconhecidas<sup>7</sup>, da mesma forma, o potencial de inovação e criação. Com o ensino jurídico unidisciplinar, perde-se uma geração de gênios desconhecidos, que nunca

<sup>6</sup> UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Anuário da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo (1934 - 1935)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937.

<sup>7</sup> HAYEK, Friedrich. *O Uso do Conhecimento na Sociedade*. 1948. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1665>> Acesso em: junho de 2018.

tiveram aproveitadas suas capacidades de inovar na interação do Direito com determinada área, pois o ensino jurídico aplicado focou somente na letra da lei e ensinou uma concepção de Direito fechado, abstrato, sem viés crítico. O ensino jurídico deve criar os incentivos para que a capacidade dos estudantes seja aproveitada ao máximo, inclusive o potencial de criação de inovação das mentes.

Destaca-se que a redução de incentivos à crítica social não parece ser sintoma que ocorre exclusivamente no Brasil e exclusivamente no campo do Direito. De acordo com Axel Honneth<sup>8</sup>, sociólogo alemão, nas democracias avançadas hodiernas há um constante crescimento do número de intelectuais normalizados – especialmente em razão da expansão da educação e da disseminação da mídia - e por outro lado, se tem a marginalização dos críticos sociais. Ao diferenciar os intelectuais dos críticos sociais, o autor destaca que os intelectuais se mantêm dentro de um arcabouço conceitual e aceitam o sistema descritivo vigente, de forma rasa, com diretrizes conceituais da esfera pública, a fim de ganhar uma maior audiência, enquanto a crítica social, por sua vez, dedica-se a perfurar habilmente essas estruturas tentadas e testadas e continuamente fazê-las cessar, desfazendo mitos sociais que fazem parte do *establishment*.

Ainda, ressalta o Honneth que, diferentemente do constante fluxo de discussões levantadas pelos intelectuais normalizados, que debatem as necessidades, opiniões e posicionamentos dentro de um sistema descritivo democraticamente entendido, a crítica social, haja vista sua complexidade – de questionar os pressupostos por trás da suposta normalidade social –, necessita de um maior prazo antes que seus feitos atinjam a percepção social e a transformem. De fato, traçando-se um paralelo com os juristas, nota-se um aumento significativo de intelectuais normalizados - juristas “dentro da curva” -, sem capacidade de formular críticas sociais e com pensamento raso, muito em razão do fetiche da legalidade, por se aterem quase exclusivamente a um estudo literal de leis.

O Direito se propõe a regular diversas áreas do conhecimento, que possuem disciplinas próprias, tais como a medicina e a economia, trazendo, para dentro de si, conceitos extrajurídicos. Mostra-se imprescindível que os juristas também estudem outras áreas do conhecimento, inclusive para uma mais efetiva aplicação da lei, que leve em conta a realidade, e não somente teorias que parecem belas em abstrato. Não há como um jurista aplicar o princípio constitucional da livre concorrência (art. 173, § 4º) sem uma base de conhecimento em economia; não há como um jurista decidir pela proibição de um tratamento sem uma base de conhecimento médico.

De forma análoga, faz-se necessário integrar o ensino do Direito com outras áreas do conhecimento, como a sociologia, e ultrapassar a mera interpretação conforme a vontade do legislador e a letra da lei para que normas mais antigas sejam aplicadas em consonância com a atualidade, levando em conta as mudanças sociais. Como exemplo, cita-se o crime de ato obsceno (art. 233 do Código Penal), que certamente poderia levar o juiz a punir uma pessoa que andasse de biquíni no centro de uma cidade praiana há 60 anos atrás. Se a aplicação continuasse exclusivamente conforme a letra da lei e a vontade de legislador, sem uma análise do modelo cultural de atitude, tal conduta continuaria sendo crime.

O Direito, tomado como unidisciplinar, fechado e focado na interpretação da letra

<sup>8</sup> HONNETH, Axel. *Idiosyncrasy as a Tool of Knowledge: Social Criticism in the Age of the Normalized Intellectual*. 2007.

da lei é significativamente menos capaz de ajudar nos problemas da sociedade do que um Direito multidisciplinar e com viés crítico, tanto por estimular o pensamento na solução de problemas sociais, como por sofisticar tais soluções, com uma maior base de conhecimento. Muitos dos problemas sociais não são solucionados ou ao menos mitigados somente com a publicação de uma nova lei, necessita-se também pensar em políticas públicas – incentivadas pelo viés crítico e mais sofisticadas com a multidisciplinariedade - que levam a uma concretização do previsto na lei. Se bastasse a publicação de uma lei e a aplicação das leis pelas decisões dos juízes, todos os brasileiros teriam moradia e educação.

Felizmente, verifica-se atualmente uma adesão maior – embora não totalmente consolidada - à luta contra a unidisciplinariedade do direito, destacando-se o avanço com a publicação da Lei 13.655/18, que alterou a LINDB, estabelecendo uma nova redação ao seu artigo 20:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

A lei é fruto de um projeto apresentado pelo Senador Antonio Anastasia, elaborado pelos Professores da USP Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto. Tal alteração objetiva fazer com que os juristas adotem uma interpretação jurídica que leve em conta a realidade, balanceando as consequências práticas, vedando a decisão fundamentada exclusivamente em valores jurídicos abstratos.

Outrossim, destacam-se recentes avanços na jurisprudência nesse sentido. No HC 124.520, em que detento pleiteava a remissão ficta da pena, alegando que o Estado não o proporcionou condições de trabalho e estudo, venceu na 1ª Turma do STF o voto proferido pelo ministro Luís Roberto Barroso, que apesar de reconhecer no caso a omissão estatal, negou a remissão pelo trabalho ficto, tendo em vista as consequências da decisão, o impacto sistêmico e estrutural que ocorreria no sistema penitenciário, principalmente que quase todos os presos virtualmente teriam a oportunidade de descontar da pena a cumprir dias nos quais não desempenharam nenhuma atividade. No STJ, no julgamento do RE 1.163.283, anulou-se decisão judicial que concedia uma revisão de prestações do saldo devedor e repetição de indébito em um contrato de financiamento habitacional, sob o argumento, baseado na análise econômica do direito, de que o efetivo cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis é pressuposto para o funcionamento de todo o sistema de financiamento habitacional, já que, com constantes revisões judiciais sem motivos fortemente justificáveis, financiadores se sentiriam desmotivados em firmar novos contratos, prejudicando interessados nessa espécie de financiamento.

Espera-se que a ainda tímida luta contra a unidisciplinariedade do direito avance, para que juristas readquiram papel central nas discussões políticas, pesquisas jurídicas sejam mais interessantes à sociedade e mais incentivadas, a aplicação do direito seja menos alienada e mais eficiente e para que surjam cada vez mais juristas fora da curva.

Por fim, o jurista fora da curva, além de conhecer o Direito, também age para

mudá-lo. Um ensino jurídico que ensine somente as interpretações da lei vigente condena uma grande parte de uma geração de estudantes a se contentar ao congelamento de seu Direito, levando ao desperdício do potencial de mentes brilhantes de pensar em uma sociedade melhor, que não agem por falta de incentivos, e conseqüentemente condena a sua sociedade a um ritmo mais lento e menos efetivo de evoluções.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

COURA, Kalleo. Análise Econômica do Direito chega aos tribunais do país. Disponível em: <<https://www.jota.info/especiais/analise-economica-do-direito-chega-aos-tribunais-do-pais-01072017>>. Acesso em: 15 de junho de 2023.

FARIA, José Eduardo. “Juristas fora da curva: três perfis”. Revista Direito GV, vol. 12, n. 2, p. 272-316, 2016.

FENNEL, Lee Anne. “Ostrom’s Law: Property Rights in the Commons”. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 584, 2011.

GOMES, Orlando. O destino do direito do trabalho. Revista da Faculdade de Direito UFPR, 1957.

GONÇALVES RODRIGUES, Vinicius. A crise do positivismo jurídico e a necessidade de mudança de paradigma. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1496](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1496)>. Acesso em: 15 de junho de 2023.

HAYEK, Friedrich. O Uso do Conhecimento na Sociedade. 1948. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1665>> Acesso em: 15 de junho de 2023.

HONNETH, Axel. Idiosyncrasy as a Tool of Knowledge: Social Criticism in the Age of the Normalized Intellectual. 2007.

MENDONÇA, Fabrício Cortese. O positivismo jurídico. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 15 de junho de 2023.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Anuário da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo (1934 - 1935). São Paulo: Revista dos Tribunaes, 1937.

## Tutela interdital possessória

### Interim possessory protection

**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. E-mail: viniussena@gmail.com*

**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. E-mail: rubiamafort@gmail.com.*

**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 a respeito da teoria possessória; realiza uma análise do direito possessório com amparo no ordenamento jurídico brasileiro vigente; e identifica as moléstias possessórias e as principais questões concernentes aos interditos possessórios.

**Palavras-chave:** teoria possessória. posse como poder socioeconômico. a desvinculação da posse em relação à propriedade. moléstias da posse. o esbulho segundo a tese ampliativa e restritiva. interditos possessórios. fungibilidade.

#### INTRODUÇÃO

A temática dos interditos possessórios, impõe a realização de uma análise pormenorizada das Teorias Possessórias, que desencadearam a criação de novas e polêmicas teorias, contidas no presente estudo.

A junção do avanço normativo e do abismo social determinaram a criação de diversas teorias relacionadas ao tema proposto, que trouxeram à análise da função social através dos elementos que compõem as teorias possessórias.

O desenvolvimento dos estudos ao longo de décadas desencadeou na criação e no aprimoramento dos interditos possessórios, previstos, inclusive, pelo ordenamento jurídico brasileiro atual.

É neste contexto que muitos dos conceitos ora apresentados impõem importante vinculação entre as diversas teorias que amparam o



instituto e a prática relacionada à efetiva necessidade da proteção possessória.

## Contextualização do tema: A teoria possessória e a posse como poder socioeconômico

Amplamente tratada pela doutrina, a Teoria Possessória sofreu grande influência dos conceitos difundidos pelos Glosadores, mas, especialmente, por Friedrich Carl von Savigny e Rudolf Von Ihering.

Acerca da referida questão, Tito Fulgêncio e Marco Viana<sup>1</sup>, sintetizam muito bem o significado, assim como a concepção do *corpus* e *animus* a partir do estudo de cada influenciador citado:

(...) Significado Técnico (...)

I – *Dos glosadores*. A posse era o contato físico com a coisa, poder físico, para uns presididos da intenção de tê-la para si, enquanto que, para outros, tê-la com a intenção de dono era o que constituía o elemento anímico do contato.

II – *De Savigny*. A posse consistia na faculdade real e imediata de dispor fisicamente da coisa com a intenção de dono, e de defendê-la contra as agressões de terceiros.

III – *De Ihering*. A posse consiste no fato de uma pessoa proceder intencionalmente em relação à coisa, como normalmente procede ao proprietário, a dizer, na posse tem a propriedade a sua *imagem exterior*, este direito, a sua *posição de fato*.

(...) No que toca ao *corpus*:

a) Para os *glosadores*: está no contato material com o objeto a posse, ou em atos simbólicos (como a entrega de chaves), representativos desse contato.

b) *Para a escola savignyana*: está no fato material que submete a coisa à vontade do homem, cria para ele a possibilidade de dispor fisicamente dela com exclusão de quem quer que seja.

c) *Para Ihering*: consiste no estado normal externo da coisa, sob que se cumpre o destino econômico de servir aos homens, vale dizer, a exterioridade da propriedade, podendo ser ou não a detenção, conforme a natureza das coisas.

(...) No referente ao *animus*:

a) Para os *glosadores*: para uns, é a intenção de ter a coisa para si; para outros, a intenção de ser proprietário.

b) *Para Savigny*: é a intenção de dono desnecessária a convicção no possuidor de ser, na realidade, proprietário da coisa.

c) *Para Ihering*: é a vontade de se tornar visível como proprietário, exterioridade expressável na fórmula geral – *omnia ut dominum gessise*.

Em suma, para Savigny, a Teoria Possessória era denominada de subjetiva. Neste aspecto, “(...) a essência da posse estaria na intenção do possuidor de ter a coisa como sua. (...) de onde se aproveita para dizer que a teoria de Savigny é a teoria do animus, da intenção, e, portanto, relacionando-se mais ao sujeito de direitos do que ao seu objeto (...)”.<sup>2</sup>

Tanto é assim que, Jorge Avendaño, defende o seguinte:

<sup>1</sup> VIANA, Marco Aurelio S.; FULGÊNCIO, Tito, 2015, p. 14-15.

<sup>2</sup> PENTEADO, Luciano de Camargo, 2014, p. 635.



(...) en aquellos sistema posesionarios inspirados por la doctrina de Savigny, el tenedor o detentador no es verdadero poseedor porque carece de animus domini. Es la persona a quien se ha dado temporalmente una cosa para que la use y eventualmente disfrute, pero que deve devolveria al primer requerimiento del poseedor legítimo.<sup>3</sup>

Ou melhor, “(...) os detentores não fariam jus à tutela possessória, justamente pela carência do elemento volitivo”<sup>4</sup>.

Em linhas gerais, é possível vislumbrar que para Savigny a posse estava diretamente atrelada à possibilidade física daquele que queria adquirir-la, agir imediatamente e dispor livremente da coisa.

Diametralmente oposta, por compreender a ocorrência de diversas contradições na teoria de Savigny, a Teoria Possessória concebida por Ihering, denominada de Teoria Objetiva, “(...) repele a conceituação da posse que se baseia no elemento puramente subjetivo – *animus* – pois ele está implícito no poder de fato exercido sobre a coisa”<sup>5</sup>.

Ao estabelecer sua crítica, ponderou Ihering<sup>6</sup>:

O erro fundamental de Savigny consiste, a meu ver, na identificação da noção da posse com a do poder físico sobre a coisa, sem notar que esta última não passa de uma verdade relativa e limitada, pelo que chega a constrange-la, de tal sorte, que perde afinal toda a verdade e fica reduzida a ser a negação de si mesma.

Na visão de Tito Fulgêncio e Marco Viana, segundo a Teoria Objetiva concebida por Ihering, “(...) a proteção possessória, ou a usucapião, deve ficar circunscrita aos limites de efetiva utilização do bem, observando-se sua destinação econômica e social, porque só assim temos o estado normal de servir ao homem, a que se refere Ihering”<sup>7</sup>.

Ainda sobre a questão, Rosenthal<sup>8</sup> pontua que

(...) a teoria de Ihering é tida como objetiva pelo fato de explicar que a distinção entre possuidores e detentores não é traduzida à luz do elemento anímico, e sim do ordenamento objetivo, que cuidará de explicitar as hipóteses em que certas pessoas não alcançarão a tutela possessória por expressa opção de política legislativa.

Diante dessa concepção, Ihering reconheceu o elemento jurídico e moral da posse, de maneira que os interditos passariam a garantir o amparo necessário à continuidade da posse, mesmo quando inobservada a vigilância do bem.

Outra importante contribuição ao tema surgiu através do Direito Canônico, com a criação de instrumentos de proteção possessória utilizados inicialmente por bispos expulsos de suas sés.

Sobre a questão, segundo Orlando Gomes, o direito de ação, originário da *exceptio*, que passou a ser utilizado pelo clero e, posteriormente, por todo aquele que necessitasse de proteção possessória, influenciou de forma decisiva nas ações existentes nos dias se hoje, pelos seguintes motivos:

3 AVENDAÑO VALDEZ, Jorge, 1986, p. 62.

4 ROSENVALD, Nelson, 2004, p. 224.

5 IBIDEM, 2004, p. 225.

6 IHERING, Rudolf Von, 2005, p. 146.

7 VIANA, Marco Aurelio S.; FULGÊNCIO, Tito, 2015, p. 43.

8 ROSENVALD, Nelson, 2004, p. 226.

(...) A ação de força nova espoliativa, do Direito moderno, é uma combinação do interdito romano *unde vi* e do remédio canônico, ainda quando se considere que as inovações por este introduzidas tenham se reduzido à permissão de seu uso contra terceiro que houvesse recebido a coisa espoliada, sabendo que o era; à autorização para o seu emprego em todos os casos de esbulho, qualquer que fosse a sua causa; não apenas nas hipóteses de *violentia malorum*, mas também por quaisquer causas *injustas*.<sup>9</sup>

Em que pese ausência de aplicação exclusiva de uma das teorias citadas para o reconhecimento da posse, todas elas serviram de alicerce para o instituto no mundo jurídico atual.

Acerca do entendimento moderno relacionado à posse, em brilhante apontamento, Joel Dias Figueiredo<sup>10</sup> expõe o seguinte:

Essa nova visão é imprescindível e até mesmo inadiável, pois dela decorre a incidência e prosseguimento dos efeitos da posse no mundo jurídico, por meio dos interditos possessórios. Somente a posse gera esses mecanismos tipicamente hábeis a combater de forma urgente e até mesmo pela legítima defesa ou desforço, moléstias do mundo jurídico que contrariam frontalmente os interesses socioeconômicos, terminando por colocar em xeque o equilíbrio e a paz coletiva.

Essa novidade foi corroborada, inclusive, através de elementos garantidores da função social da posse, identificados na Constituição Federal de 1988, com expressa previsão de cumprimento da função social da propriedade, bem como especificação dos elementos necessários à usucapião urbana e rural.

Diante de tais concepções, passaram a surgir teorias sociológicas da posse, dentre as quais destaca-se a teoria do fato socioeconômico potestativo, tratada por Joel Dias em sua obra, fundamental à compreensão do tema da tutela interdital possessória e elencada também como objeto do presente estudo.

A teoria do fato socioeconômico potestativo surgiu em razão da ausência de elementos suficientes nas teorias Savigny e Ihering, ou até mesmo de outros estudiosos, para explicar o fenômeno da relação possessória.

Isto porque, como dito, a teoria de Savigny, estabeleceu como essencial o elemento psicológico, ao passo que na teoria de Ihering, a essência estava presente na relação do sujeito com a coisa.

Dentro da teoria de fato, os dois elementos – material e psicológico – passam a formar um único elemento, qual seja, o poder de fato.

Neste sentido, a partir dessa problemática, Joel Dias defende a unificação das teorias para elucidação do tema. Segundo o autor, essa junção resulta no poder de fato. Sobre a questão, esclarece<sup>11</sup>:

Entendemos que esses dois requisitos (material e psicológico) fundem-se para formar um elemento único, no qual reside a essência da fundamentação e da própria existência da relação possessória, qual seja, o *poder de fato*. Sem este elemento constitutivo não se pode falar em *posse*, mas em qualquer outra situação desprovida dos efeitos jurídicos a ela peculiares.

A posse nada mais é do que uma relação fática socioeconômica com carga potes-

<sup>9</sup> GOMES, Orlando, 2007, p. 95.

<sup>10</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, 1999, p. 29.

<sup>11</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, 1999, p. 35.

tativa (poder de ingerência) formada pelo sujeito titular de um bem da vida para a obtenção da satisfação de suas necessidades, suficientemente apta a excluir terceiros que possam prejudicar de alguma forma o seu normal desenvolvimento, tornando-se geradora de efeitos que se refletem no mundo jurídico.

Mais adiante estabelece a vinculação do poder de fato à relação possessória, e indica que o elemento *animus* e *corpus* se tornam desnecessários à análise, segundo consta<sup>12</sup>:

(...) O exame deverá basear-se no poder do sujeito sobre determinado bem dentro de um contexto social e econômico, em que a posição de senhoria exterioriza-se (exercício) ou potencializa-se (possibilidade de exercício) através de uma relação potestativa como desmembramento da propriedade ou outro direito real, no mundo fático.

Sobre essa concepção, dispõe<sup>13</sup> que “o poder de fato social e econômico exercido pelo possuidor sobre determinado bem da vida susceptível de posse é o fundamento desse instituto jurídico, enquanto o *animus possidetis* e o *corpus* são apenas componentes estruturais prescindíveis (subjetivo e objetivo) do *fato-potestade*”.

Neste aspecto, verifica-se que a relação possessória está nitidamente atrelada ao conceito de “poder de fato social e econômico”. Acerca disso, esclarece Joel Dias<sup>14</sup> que

A posse não é o exercício do poder; mas sim o poder socioeconômico propriamente dito que tem o titular da relação fática sobre um determinado bem. A posse caracteriza-se tanto pelo exercício como pela possibilidade de exercício. Ela é a disponibilidade e não a disposição; é a relação potestativa e não necessariamente o efetivo exercício.

(...)

O poder de fato resulta também na *abstenção de terceiros* (não possuidores) em relação à posse respectiva, a contar do momento de sua aquisição, e perdurando enquanto for mantido, isto é, até que ocorra a perda, por qualquer motivo.

Ou seja, o resultado social apenas poderá ser visualizado através do poder de ingerência do sujeito sobre determinado bem, o que resulta na finalidade socioeconômica.

Assim, é possível dizer que a posse é uma relação fática socioeconômica com carga potestativa (poder de ingerência) formada pelo sujeito titular do bem para obtenção da satisfação de suas necessidades, aptas a excluir terceiros que possam prejudicar de alguma forma o seu normal desenvolvimento, de maneira tal que reflete efeitos no mundo jurídico, especialmente relacionados à tutela interdita.

Ademais, o possuidor é protegido não em razão da sua condição de pessoa, mas de possuidor.

O poder de fato é compreendido como a sujeição da coisa à pessoa e sua ingerência sobre a mesma, o *corpus* e a manifestação psicológica daquele que exerce o poder, de maneira que referidos conceitos se tornam inócuos a esta interpretação, que vai além das definições estabelecidas na teoria subjetiva e objetiva.

Vislumbra-se que, para a caracterização da posse, basta a existência de poder sobre o bem.

<sup>12</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, 1999, p. 36.

<sup>13</sup> IDEM, 1999, p. 36.

<sup>14</sup> IBIDEM, 1999, p. 37.

Assim, o poder de fato está caracterizado no bem e sua utilização pelo sujeito, o que resulta nas relações fáticas de caráter econômico. É neste aspecto que a teoria defendida por Joel Dias, estabelece que a posse passa, portanto, a ser concebida como um fato social que ultrapassa a relação da coisa com o sujeito e passa a se conectar à relação entre sujeitos.

Como dito, a posse é uma situação fática que, em decorrência da relação socioeconômica formada entre um bem e o sujeito, produz efeitos no mundo jurídico. O primeiro deles é o poder de fato - sujeição da coisa à pessoa e no vínculo de ingerência estabelecido com o bem, protegendo-o de qualquer moléstia e atingindo sua função socioeconômica.

Neste contexto é possível sustentar que o “possuidor conserva a posse enquanto mantém a situação potestativa de ingerência socioeconômica sobre o bem da vida. Se não mais evidenciar essa postura (...) perderá a posse”<sup>15</sup>.

A partir das teorias citadas, fundamentais à compreensão da temática proposta, passa-se à análise da posse e seus efeitos, segundo o ordenamento jurídico brasileiro vigente.

## A desvinculação da posse e propriedade no ordenamento jurídico brasileiro

Além do estudo da Teoria Possessória, a orientação do assunto segundo o código civil, é indispensável à elucidação do tema.

Dentro dos conceitos anteriormente apresentados é possível vislumbrar que a posse, no ordenamento jurídico brasileiro, é independente do direito de propriedade, e não está atrelada a determinado título, o que, aliás, reflete diretamente na proteção possessória, conforme será tratado a seguir.

Segundo Cláudia Aparecida Cimardi<sup>16</sup>

A posse é tutelada em nosso sistema jurídico de forma desvinculada do direito de propriedade – ainda que se reconheça que, ontologicamente, seja o possuidor protegido porque muito provavelmente é o proprietário da coisa. Assim, a posse foi disciplinada pelo ordenamento jurídico brasileiro como fato que merece proteção, e, paralelamente, como uma das faculdades inerentes a um direito real ou um direito contratual.

Por isso, a posse pode ser considerada em si mesma, independentemente de estar fundada em um direito ou um título jurídico, como também como uma das faculdades jurídicas que integram o conteúdo do direito de propriedade ou outro direito real ou direito pessoal.

Na mesma linha, Luciano Penteado esclarece que

A posse no Brasil é um poder de fato cujo conteúdo consiste em usar, fruir, dispor ou perseguir o bem objeto da situação possessória, sendo que esses verbos designam uma ação efetiva e não algum tipo de situação jurídica real prévia e formalmente instruída, como ocorre com o direito de propriedade do CC 1.225, I.<sup>17</sup>

Dentro desse entendimento, Joel Dias expõe a existência da posse de forma

<sup>15</sup> ROSENVALD, Nelson, 2004, p. 262.

<sup>16</sup> CIMARDI, Cláudia Aparecida, 2007, p. 4.

<sup>17</sup> PENTEADO, Luciano de Camargo, 2014, p. 643.

autônoma em relação à propriedade, ao dispor que “(...) a posse existe e manifesta-se por si só, realizando sua função socioeconômica independentemente da existência ou não de algum direito que assim a justifique”.<sup>18</sup>

Acerca do assunto, o atual Código Civil de 2002 estabelece, em mais de uma oportunidade, essa desvinculação:

Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Art. 1.204. Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.

Ou seja, a posse é identificada como o exercício de poderes inerentes à propriedade, de maneira a diferenciá-la, por este motivo, do direito real, sendo caracterizada, pelo Código Civil atual, como um elemento da propriedade e um fato.

Ainda sobre o tema, Nelson Rosenvald propõe uma reflexão e identifica o real sentido da diferenciação dos institutos, conforme destaque a seguir:

Quando houver divergência entre os anseios do proprietário que deseja a posse, mas nunca lhe deu a função social, e, de outro lado, o possuidor, que mantém ingerência econômica sobre o bem, concedendo função social à posse, será necessário priorizar a interpretação que mais sentido possa conferir à dignidade, liberdade e justiça social. Optar cegamente pela defesa da situação proprietária, em detrimento da situação do possuidor, significará a validação do abuso do direito de propriedade como negação de sua própria função social, importando mesmo em ratificação de ato ilícito, na dicção do art. 187 do Código Civil.

Daí a necessidade de alcançarmos a posse como um fato social indissociável de uma função social própria e autônoma do direito de propriedade. A posse caracteriza-se por uma apropriação econômica e social consciente sobre um bem, voltada a uma finalidade individual que representa, em última instância, a própria finalidade coletiva, ao propiciar o direito fundamental social de moradia (art. 6º da CF)<sup>19</sup>.

Estabelecida a divisão ora sustentada, ao avançar no tema proposto, é possível identificar os interditos como um dos efeitos da posse, com previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro vigente, fortemente inspirado em outros sistemas. Acerca de tal influência, pontua De La Casas<sup>20</sup>:

Durante el período pos-clásico o justiniano, *el precarium* obtiene la calificación de “contrato innominado” próximo al comodato (préstamo de uso gratuito y temporal). Se definía como el negocio por el cual un sujeto (*precario dans*) concedía a otro sujeto (*precario accipiens* o precarista) una cosa, de la cual el *accipiente* adquiría la posesión *ad interdicta*, pero na una *ad usucapionem*, con la facultad de gozar, pero con la obligación de restituirla al requerimiento. Se mantuvo el interdicto como el mecanismo de tutela frente al poseedor precario que se negaba a entregar la cosa (...).

Ainda, Tito Fulgêncio e Marco Viana destacam a relevância de tratamento do tema através do Código Civil, o que não se observa em outros ordenamentos:

Alguns Códigos Civis não se ocupam dos interditos possessórios, por ser matéria processual, mas justifica-se o sistema contrário, pela íntima ligação existente entre a posse e a sua proteção; e porque mais avulta nas relações jurídicas a defesa da posse do que o próprio fato em que ela consiste. Se no Brasil se entregassem aos Códigos processuais a matéria dos interditos teríamos, dispersando os elementos

18 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, 1999, p. 42.

19 ROSENVALD, Nelson, 2004, p. 232.

20 DE LAS CASAS, Gerson Baboza. 2019, p. 09.

da teoria possessória, tornado muito precária a sua firmeza (Comentários, art. 499, ob. 2)<sup>21</sup>.

Diante da incontestável importância do assunto, a elucidação dos institutos concernentes à proteção possessória, vislumbrados através dos interditos possessórios, será tratada a seguir.

## As moléstias da posse e as ações possessórias

Inicialmente, importante esclarecer que são diversos os efeitos da posse. Dentre eles, é possível identificar os seguintes: defesa pessoal da posse; indenização por atos decorrentes de turbação ou esbulho; ao possuidor de boa-fé, indenização relacionada às benfeitorias úteis ou necessárias e o levantamento das benfeitorias voluptuárias; aquisição do bem pela usucapião; e, especialmente, os interditos possessórios, objeto central do presente estudo.

Antes de tratar dos interditos possessórios propriamente ditos, importante destacar que a relevância do tema da proteção possessória, resultou na elaboração de diversas teorias que visam evidenciar os fundamentos da tutela interdital, como as teorias relativas, teorias absolutas, teorias dogmático-jurídicas, dentre outras.

Neste tópico, será relacionada a teoria do fim socioeconômico da destinação dos bens em razão do poder fático de ingerência do possuidor, sustentada por Joel Dias Figueira Júnior, que compreende a posse como um fenômeno socioeconômico relevante, atrelado à ideia de que a proteção possessória está vinculada a sua razão existencial, tendo em vista o fim social a que se destina e, por este motivo, requer a tutela jurisdicional.

Conforme já defendido anteriormente, referida teoria desvincula a proteção possessória à propriedade, o que torna coerente a narrativa proposta.

Sobre as teorias socioeconômicas, pondera Gilberto Silvestre<sup>22</sup>:

Diferentemente das teorias subjetiva e objetiva da posse, as teorias socioeconômicas têm a virtude de analisar a posse de maneira autônoma face à propriedade, destacando, a propósito, situações em que a posse pretere a propriedade. A posse tem autonomia suficiente em relação aos direitos reais, inclusive para suplantar o direito de propriedade, notadamente quando se constata o efetivo cumprimento da função social.

Dentro da análise proposta por Joel Dias, o principal fundamento não é a tutela da propriedade, em especial, porque pode ocorrer a existência da propriedade, sem que o sujeito seja possuidor ou que, apesar de titular da posse indireta e do respectivo direito real, não se torne possível utilizar os interditos, pois a posse é justa; o principal fundamento não é a abstenção coletiva, no comportamento de terceiros em relação à posse, posto que poderá ser repellido por interditos ou, até mesmo, através da autodefesa; e também não está vinculado à consciência social, pois o poder fático, além da consciência social, se ampara na importância e finalidade socioeconômica da posse.

Assim, conclui como fundamento da tutela possessória com os seguintes dizeres<sup>23</sup>:

<sup>21</sup> FUNGÊNCIO, Tito; VIANA, Marco Aurelio da Silva, 2015, p. 123.

<sup>22</sup> SILVESTRE, Gilberto Fachetti, 2020, p. 4.

<sup>23</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, 1999, p. 67.

O verdadeiro fundamento da tutela possessória encontra-se na manifestação do poder fático traduzido pela normal relação exteriorizada entre o sujeito e um bem da vida, tendo-se em consideração o fim específico objetivado para a satisfação dos interesses do possuidor.

A razão da proteção possessória nasce e se encerra na finalidade existencial da própria posse, podendo ser mensurada pelo grau de normalidade do poder fático e através de um critério finalístico, via de regra social e econômico. O objetivo da tutela é permitir que o bem realize sua perfeita, adequada e tranquila destinação socioeconômica, em benefício do titular do poder fático e dentro de um determinado contexto social.

Em outras palavras, protege-se a posse por decorrência dos seus efeitos gerados no mundo jurídico, a fim de que o bem sobre o qual recaiu o poder de fato atinja com segurança sua finalidade social e econômica à satisfação de nossas necessidades. A expressão *finalidade social* (do bem) deve ser entendida como a função de toda a contextura do mundo fático.

Assim, a posse pode incidir sobre bens que não apresentam conteúdo econômico imediato ou que, apesar do valor econômico, não repercutem diretamente na órbita social coletiva.

Notório que, o conteúdo defendido na presente teoria está diametralmente vinculado aos preceitos constitucionais que impõe o cumprimento da função social da propriedade, sendo possível sustentar a exteriorização da propriedade no mundo fático, representada através da posse.

Evidenciada a importância da proteção possessória, os interditos possessórios, tomam espaço quando verificada a ocorrência de alguma moléstia da posse: esbulho, turbação ou ameaça.

Dentre as moléstias pontuadas, o esbulho pode ser enquadrado como a mais grave delas, posto que há privação ao possuidor do bem, em sua totalidade.

Por este motivo, é relevante o estudo mais aprofundado do instituto, sob a perspectiva da tese ampliativa e restritiva dos vícios da posse, que impacta em interpretações divergentes quanto à configuração do esbulho.

A tese restritiva, como o próprio termo remete, defende a interpretação restritiva da injustiça da posse quando presentes os vícios da posse elencados no artigo 1.200 do Código Civil – violência, clandestinidade e precariedade.

Neste sentido, defensor da tese restritiva, Nelson Rosendal<sup>24</sup>, preleciona que a utilização dos interditos deve estar vinculada à ocorrência de um dos vícios da posse previsto no artigo 1.200 do Código Civil.

*24 (ROSENVALD, 2004, p. 253): O artigo 1.200 do Código Civil é norma exaustiva – numerus clausus. Caso se entenda tratar de dispositivo exemplificativo – ao argumento de a injustiça surgir em qualquer situação de aquisição contrária à vontade do possuidor originário –, mesmo aquele que adquirisse a posse à luz do dia, de forma ostensiva e sem preocupar-se em escondê-la de quem a abandonou, seria taxado de possuidor injusto.*

*Não podemos aderir a tal posicionamento por duas razões básicas: primeiro, se fosse concedida tal elasticidade ao conceito de injustiça da posse, a posse justa seria somente aquela adquirida por relação jurídica de direito real ou pessoal, e aí estaríamos inadvertidamente introduzindo o juízo petitório no possessório, pois só a posse oriunda da propriedade seria passível de tutela, quando, em verdade, há uma autonomia entre a posse e a propriedade; segundo, aprofundaríamos o processo de exclusão social ao qualificarmos como posse injusta a tradicional situação em que inúmeras famílias ocupam imóveis abandonados pelos possuidores, recusando adimplemento ao princípio constitucional da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, da CF).*

*Destarte, desavisadamente qualificada a posse como injusta, em todas as hipóteses de aquisições contrárias ao desejo do possuidor primevo, autorizar-se-ia a ele, a qualquer tempo, ajuizar ação possessória para a recuperação do bem abandonado, mesmo que esteja descumprindo os seus deveres fundamentais perante a comunidade. Seria um prêmio em favor do titular desidioso da propriedade e uma sanção sem qualquer plausibilidade contra quem exerce ingerência socioeconômica sobre o imóvel e faz jus aos bens fundamentais dentro de um mínimo social.*

No sentido oposto, a tese ampliativa indica uma ausência de tratamento exaustivo pelo Código Civil das hipóteses dos vícios da posse. Marcus Vinícius Gonçalves<sup>25</sup>, defensor dessa corrente, dispõe que o Código Civil é exemplificativo ao tratar dos vícios da posse, e justifica sua tese ao dispor que

(...) Mais simples seria, pois, dizer que há posse viciosa quando houver esbulho, considerando tal expressão como a tomada de posse não permitida, nem autorizada. Inegável, portanto, que o que invade, ainda que a céu aberto, e sem incorrer em nenhuma das hipóteses do art. 489 do Código Civil (art. 1.200 do Código atual), ainda assim terá praticado esbulho, e ainda assim terá contaminado a posse por ele adquirida, em relação ao anterior proprietário.

Acerca da tese ampliativa, Marcus Dantas<sup>26</sup> apresenta uma interpretação, a partir dos fundamentos pontuados, de maneira a vincular a ocorrência ou não da injusta com o cumprimento da função social do bem, o que é possível vislumbrar no excerto abaixo:

Os autores sugerem que o uso da força para a obtenção da posse de um imóvel abandonado não gerará posse injusta quando ele tiver sido caracterizado dessa maneira, porque a função social estará sendo descumprida. O contrário sensu, quando a função social estiver sendo cumprida, mesmo a força empregada apenas na remoção de cercas e obstáculos caracterizará a violência geradora da posse injusta.

Só isso já é suficiente para que se possa reconhecer a pertinência da tese ampliativa dos vícios, pois autores têm considerado que a força pode qualificar a posse como injusta mesmo quando não é empregada diretamente contra uma pessoa, desde que o bem esteja cumprindo a sua função social.

E mais, sobre a tese restritiva, dispõe a crítica lançada pelos defensores dessa tese, que vislumbram o esvaziamento dos interditos possessórios em caso de interpretação diversa:

Os defensores da tese da interpretação restritiva aduzem outros importantes argumentos para a consolidação de sua proposta. Em uma linha de argumentação consequencialista, entendem que a interpretação ampliativa dos vícios aumentaria de tal sorte as hipóteses de posse injusta, que apenas a posse “adquirida por relação jurídica de direito real ou obrigacional” seria capaz de gerar posse justa. Isso criaria uma indevida intromissão do “juízo petitário no possessório, pois só a posse oriunda da propriedade seria passível de tutela, quando, em verdade, há uma autonomia entre a posse e a propriedade”<sup>27</sup>.

Sobre a divergência entre as teses ampliativa e restritivas, Marcus Dantas<sup>28</sup> conclui:

A discordância entre a tese restritiva e a tese ampliativa não está na identificação das formas pelas quais os vícios podem materializar-se, mas no peso que a função social pode desempenhar na sua caracterização. A restritiva não a tem como elemento relevante para a qualificação do apossamento, ao passo que, para a tese ampliativa, a função social teria importância fundamental.

(...)

Por ora, é possível resumir a questão assim: a diferença entre as correntes está no maior ou menor peso dado à função social na caracterização dos vícios; não haveria a invasão do petitário no possessório porque a identificação dos vícios seria feita da mesma forma que hoje, pela verificação de como a posse foi obtida. Ninguém passaria a “ser possuidor” por “ter posse justa”, da mesma forma que hoje ninguém “é possuidor” simplesmente por “ter um título”.

25 GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios, 1998, p. 53.

26 DANTAS, Marcus, 2013, p. 36.

27 DANTAS, Marcus, 2013, p. 36.

28 DANTAS, Marcus, 2013, p. 37.



A pertinência da temática se traduz ao fato de que a utilização dos interditos possessórios em determinada ocorrência do esbulho poderá até mesmo impor a defesa da posse pelo possuidor injusto, desde que devidamente observada a orientação prevista no artigo 561 do Código de Processo Civil<sup>29</sup>.

Voltando ao cerne da questão, além da hipótese de moléstia da posse observada através do esbulho, há incidência de outras moléstias, como a turbação e a ameaça.

Segundo conceito de turbação proposto por Joel Dias<sup>30</sup>,

*A turbação é todo ato ilícito de molestamento da posse diverso do esbulho, não compreendendo, portanto, qualquer situação fática de perda do poder de ingerência sobre o bem. Contudo, para sua caracterização faz-se mister a existência de uma lesão à posse, não sendo suficiente a turbação simples a mera intenção de turbar; imprescindível torna-se o agravamento qualitativo ou quantitativo da situação possessória causado pela moléstia.*

Ou seja, diferentemente do esbulho, a turbação não compreende a perda da posse, do poder de ingerência do bem, mas a prática de um ato ou fato que determine o pleno gozo da coisa possuída, sem determinar a ausência do possuidor no bem molestado.

A ameaça, por fim, é o justo receio em relação à prática de atos de esbulho ou turbação.

Em caso de ocorrência das moléstias citadas, a proteção possessória, por sua vez, encontra amparo no artigo 1.210 do Código Civil, 560 e 567 do Código de Processo Civil, sendo que para cada moléstia praticada existe uma ação possessória correspondente<sup>31</sup>.

Ou melhor, a ação de reintegração de posse ampara proteção da posse perdida através do esbulho; a ação de manutenção de posse, determina a proteção contra atos turbativos, e mantém o possuidor livre para o amplo e perfeito exercício da posse; e, por fim, o interdito proibitório garante a permanência do possuidor com a imposição da abstenção de atos de turbação ou esbulho não concretizados, mas com justo receio que ocorram.

Importante registrar que, como consequência lógica da desvinculação da propriedade ao direito de proteção à posse, conforme anteriormente tratado, referidas ações possuem como causa de pedir tão somente a posse, de maneira que a eventual alegação de propriedade deverá ser exclusivamente voltada para a ratificação do direito possessório.

Vale mencionar ainda, a aceitação do princípio da fungibilidade das ações possessórias, especialmente em razão da dinâmica do instituto e da possibilidade de equívocos ocasionados quando do ajuizamento da ação.

29 Art. 561. *Incumbe ao autor provar:*

*I - A sua posse;*

*II - A turbação ou o esbulho praticado pelo réu;*

*III - a data da turbação ou do esbulho;*

*IV - A continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração.*

30 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, 1999, p. 56.

31 Art. 1.210. *O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.*

§ 1º *O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.*

§ 2º *Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa.*

Art. 560. *O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado em caso de esbulho.*

Art. 567. *O possuidor direto ou indireto que tenha justo receio de ser molestado na posse poderá requerer ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório em que se comine ao réu determinada pena pecuniária caso transgrida o preceito.*

Em que pese a previsão do artigo 492 do Código de Processo Civil<sup>32</sup>, que trata da impossibilidade do juiz proferir decisão de natureza diversa da pleiteada, o artigo 554, caput do Código de Processo Civil, autoriza prestação jurisdicional de natureza diversa da pleiteada, desde que relacionada à natureza possessória, sendo notória a aceitação do princípio da fungibilidade pelo ordenamento jurídico vigente, diante da previsão do artigo supracitado<sup>33</sup>.

A fungibilidade da ação poderá ser apreciada e deferida, inclusive de ofício, e poderá ocorrer, logicamente, até o trânsito em julgado.

Sobre a questão, Cláudia Cimarci relaciona a ocorrência das seguintes hipóteses em que a fungibilidade poderá ser aplicada:

- (...) a. erro por parte do autor na análise dos fatos. O autor, por exemplo, afirma já ter ocorrido o esbulho, porém, os atos que descreve são de justa ameaça;
- b. erro na qualificação dos fatos (erro de direito). O autor narra corretamente os fatos, como, por exemplo, um esbulho, mas lhes atribui qualificação jurídica errada, de turbação;
- c. ocorrência de fato superveniente, quando já em curso a ação possessória. Tal situação é mais comum, pois não são raras as vezes em que, proposta uma ação de manutenção de posse, caracteriza-se o esbulho, a demandar não mais a manutenção, mas sim a reintegração da posse.<sup>34</sup>

Por fim, importante destacar que quanto à fungibilidade nas ações possessórias, a jurisprudência é silente e determina sua previsibilidade nos termos citados de acordo com o caso<sup>35</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a sua gênese, as Teorias Possessórias sofreram forte modificação e evoluíram de maneira a amparar alguns anseios da sociedade quanto à criação de instrumentos hábeis à proteção dos bens, bem como dos possuidores propriamente ditos.

Nos dias atuais, muitos dos temas relacionados à posse estão atrelados à função social e, especialmente no Brasil, dita afirmação é justificada pela promulgação da

32 Art. 492. *É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.*

*Parágrafo único. A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional.*

33 Art. 554. *A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos estejam provados.*

34 CIMARDI, Cláudia Aparecida, 2007, p. 19.

35 EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL FUNGIBILIDADE DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE AUSÊNCIA DE ESBULHO AUSÊNCIA DE POSSE MERA DETENÇÃO - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1- O legislador criou o instituto da fungibilidade das ações possessórias (art. 554 do CPC/15) para que o juiz possa julgar uma possessória pela outra sem necessidade de que o autor tenha que emendar a inicial e que a sentença prolatada pelo magistrado não venha a ser tida como extra petita. Nessa exegese, tendo a apelante perdido a posse do imóvel no decorrer do processo, em razão do cumprimento judicial do mandado de despejo, a ação foi julgada como reintegração de posse. 2- Em se tratando de ação de reintegração de posse, cumpre ao autor, para que ocorra eventual procedência do pedido, atender aos requisitos essenciais à tutela possessória que se fazem presentes no art. 561 do CPC/15: i) a sua posse; II) o esbulho praticado pelo réu; e III) a perda da posse. 3- Não há que se falar em esbulho praticado pelo réu/apelado se o que fez a apelante perder a posse do imóvel foi uma decisão judicial que, nos autos do cumprimento de sentença, determinou o despejo de quem estivesse ocupando o imóvel. 4- Eventual abandono do imóvel pelo proprietário ou mesmo eventual comodato, revela-se como ato de mera permissão ou tolerância (detenção), não induz posse, tornando-se essa precária a partir do momento em que o apelado não mais autoriza a permanência da apelante no imóvel. 5- O art. 1.208, primeira parte, do CC, dispõe que não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância. 6- Recurso conhecido e improvido. (TJES, Classe: Apelação, 024100311703, Relator: WALACE PANDOLPHO KIFFER, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 10/06/2019, Data da Publicação no Diário: 17/07/2019).

Constituição Federal que concedeu especial tratamento aos direitos sociais, inclusive com expressa previsão para determinar o alcance da função social da propriedade.

O desenvolvimento das diversas teorias vinculadas à posse e a preocupação do legislador em fixar conceitos necessários à proteção possessória identifica a importância e a grande polêmica que o tema propõe, de maneira que o presente estudo não esgota os conceitos relacionados à tutela interdita, mas identifica que a constante evolução dos estudos é de extrema relevância na medida em que interfere sistematicamente na aplicação prática dos institutos possessórios.

## REFERÊNCIAS

CIMARDI, Cláudia A. Proteção processual da posse. 2ª ed. Revista dos Tribunais, 2007.

DANTAS, Marcus. Análise crítica sobre a extensão do elenco de vícios da posse e suas consequências. In: Revista de Informação Legislativa, ano 50, n. 197, p. 29-50, jan./mar. 2013.

DE LAS CASAS, Gerson Baboza. Las vicisitudes de la posesión precaria. Un análisis histórico de la institución y su consolidación como posesión contraria a derecho y justificación para la tutela de la propiedad. In: Boletín sobre temas de Derecho, 07 de noviembre de 2019.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Liminares nas ações possessórias. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Orlando. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Dos vícios da posse. 4ª ed. Porto Alegre: Juarez de Oliveira, 1998.

JHERING, Rudolf von. Teoria simplificada da posse. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2005.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. As teorias socioeconômicas da posse no Superior Tribunal de Justiça: aspectos materiais e aplicação processual. In: Revista Direito da Cidade, vol. 12, n. 2, p. 86-121, 2020.

VALDEZ, Jorge Avendaño. Posesión ilegítima o precaria. In: Themis – Revista de Derecho, n. 4, Lima, p. 59 a 63, 1986.

VIANA, Marco Aurelio S.; FULGÊNCIO, Tito. Da posse e das ações possessórias (teoria legal – prática). 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

**A justiça fora do ordenamento jurídico: a ausência de garantia de direitos fundamentais sob a ótica da relação entre soberania e biopolítica empreendida por Giorgio Agamben**

***Justice outside the legal system: the absence of fundamental rights guarantees from the perspective of the relationship between sovereignty and biopolitics explored by Giorgio Agamben***

Luciana Regina de Macêdo Ferreira

*Mestranda em Direito (UFPE)*

**RESUMO**

O presente estudo busca demonstrar a relação entre os conceitos básicos da obra do filósofo Giorgio Agamben, como o estado de exceção e a articulação entre soberania e biopolítica, e a garantia de justiça em que se alicerça o discurso baseado na universalidade dos direitos fundamentais, visto que, conforme a hipótese sustentada pelo autor, a ausência de proteção dentro de um ordenamento jurídico de dado estado impossibilita na prática tal proteção de direitos e expõe populações a uma completa vulnerabilidade.

**Palavras-chave:** Giorgio Agamben. direitos fundamentais. soberania estatal.

**ABSTRACT**

This study seeks to demonstrate the relationship between the basic con-



cepts of the work by philosopher Giorgio Agamben, such as the state of exception and the articulation between sovereignty and biopolitics, and the guarantee of justice on which the discourse based on the universality of fundamental rights is based, considering that, according to the hypothesis supported by the author, the absence of protection within a given state's legal system makes such protection of rights impossible in practice and exposes populations to complete vulnerability.

**Keywords:** Giorgio Agamben. fundamental rights. state sovereignty.

## INTRODUÇÃO

### A contemporaneidade de Giorgio Agamben

Comentar o trabalho do filósofo italiano Giorgio Agamben implica passar por uma vasta gama de áreas de conhecimento, um percurso cujo intento pode ser, com certo esforço, definido como empreender uma visualização da vida humana a partir da convergência entre atualidade e retrospectiva, denunciando-a como cindida por violências progressivamente sistematizadas que são abrigadas pelo direito – seus primeiros livros podem ser vistos como leituras da modernidade, iniciando-se com a questão da arte e da estética e, através dela, conduzindo à ética e à política; momento em que se estabelecem suas afinidades, seu vocabulário e problemas que serão enfrentados (Castro, 2012, p. 5). Através dos trabalhos que constituem a série *Homo Sacer*, provavelmente seus escritos de maior ressonância, cujo tema central é também a grande questão recorrente em Agamben – a relação entre a política e a vida (Castro, 2012, p. 37) –, desenvolve-se uma longa investigação que conecta temas como lei, soberania, biopolítica, governo e, precisamente, a vida submetida ao governo, construção que pode ser centralizada em uma imagem recorrente em seu pensamento: o estado de exceção. Segundo o autor, se um livro abriga algo como um centro que permanece escondido, sendo o processo de escrita uma forma de aproximar-se dele, de encontrá-lo ou mesmo de evitar tal centro, esse núcleo problemático seria, em sua obra *Estado de exceção (Homo Sacer II)*, a relação entre anomia e direito, que ele consolida como o elemento constitutivo da ordem jurídica. Assim, seu objetivo é o de analisar a duplicidade no cerne da natureza da lei, a ambiguidade essencial que faz a ordem jurídica parecer “sempre dentro e fora de si mesma, simultaneamente vida e norma, fato e direito”. O estado de exceção faz emergir aos olhos esse caráter ambivalente, enquanto mantém unidos os aspectos contraditórios do sistema jurídico. Institui, assim, o nexos entre violência e direito, ao mesmo tempo em que, ao assumir sua forma “efetiva”, dá forma à possibilidade de romper com esse nexos (Agamben, 2006, p. 133-134) – noção que dialoga profundamente com a concepção acerca de violência e norma elaborada por Walter Benjamin.

A formação inicial de Agamben é jurídica: estudou direito e aproximou-se da filosofia na Universidade de Roma (Disponível em: <<https://egs.edu/faculty/giorgio-Agamben>>. Acesso em: 14 de novembro de 2022), tendo escrito uma tese não publicada, em filosofia do direito, acerca do pensamento político de Simone Weil, relativamente desconhecida na Itália da época – 1965. Impressionou Agamben a crítica por ela realizada sobre as noções de personalidade e lei em *A pessoa e o sagrado*, levando-o a apontar que sua

própria crítica do direito, nunca abandonada desde a publicação do primeiro volume de *Homo Sacer*, tenha, talvez, suas raízes fincadas no ensaio de Weil (Disponível em: <<http://jcart.org/religioustheory/2017/02/06/philosophy-as-interdisciplinary-intensity-an-interview-with-giorgio-Agamben-antonio-gnolioido-govrin/>>. Acesso em: 14 de novembro de 2022). Prossegue seus estudos em aproximação a Heidegger: em 1966 e 1968, participa dos seminários por ele ditados em Le Thor, no sul da França, sobre Heráclito e Hegel. Agamben recorda, em *Ideia da Prosa*, tais imagens: o seminário ambientado em um jardim sombreado por grandes árvores, ou, fora do povoado, em um refúgio perdido em meio a oliveiras (Castro, 2012, p. 33); ou as refeições compartilhadas em que perguntava as questões que lhe interessavam – se ele havia lido Kafka, se conhecia Benjamin. E afirma que o encontro com Heidegger, igualmente ao com Benjamin, dá-se de maneira nunca finalizada, como influência contínua – ambos são definidos como eventos muito grandes para que aconteçam de uma só vez: permanentes (Disponível em: <<http://jcart.org/religioustheory/2017/02/06/philosophy-as-interdisciplinary-intensity-an-interview-with-giorgio-Agamben-antonio-gnolioido-govrin/>>. Acesso em: 14 de novembro de 2022). Vai mais longe ao considerar incalculável o débito que possui com Benjamin: sem ele, suas incursões em campos tão diversos como teologia e direito, política e literatura, não teriam sido possíveis. Além de tradutor da obra de Benjamin para o italiano, ele descobriu seus manuscritos por duas vezes; primeiro em Roma, na casa de um amigo da juventude do primeiro, depois na Biblioteca Nacional de Paris – o que Agamben atribui ao fato de que “quando alguém persegue um autor tão intensamente, produzem-se fenômenos que parecem quase mágicos, mas que são apenas o resultado dessa intimidade” (Disponível em: <<http://jcart.org/religioustheory/2017/02/06/philosophy-as-interdisciplinary-intensity-an-interview-with-giorgio-Agamben-antonio-gnolioido-govrin/>>. Acesso em: 14 de novembro de 2022).

As temáticas de Agamben afiguram-se melhor quando se visualiza sua rede de influências e aproximações: há Foucault e seu método arqueológico; a simultaneidade entre Heidegger e Benjamin em que, segundo o autor, o pensamento do último tenha talvez funcionado como um antídoto ao do primeiro; Aby Warburg, essencial para sua relação com o domínio da estética, tendo Agamben estudado no amplo ponto de observação que é a Biblioteca Warburg, descrita por ele como uma coleção de documentos acerca da psicologia da expressão humana destinada a realizar um diagnóstico do homem ocidental (Agamben, 1999, p. 91-93); Carl Schmitt, que aparece relativamente tarde e suscita dele o comentário de que, se sua intenção era trabalhar com direito e política, era essencial a presença de Schmitt – como um inimigo, sobretudo, embora a antinomia amigo-inimigo fosse uma das teses Schmittianas que ele desejasse pôr em questão (Agamben, 2006, p. 132); Aristóteles, essencial para sua reflexão sobre a potência; Hannah Arendt, a quem um jovem Agamben escreve uma carta, em 1970, agradecendo-a por apontar, no espaço entre passado e futuro, a direção segundo a qual ele e outros sentiam a urgência de trabalhar, relatando como a descoberta de seus livros representou uma experiência decisiva em sua vida (Disponível em: <<http://www.critical-theory.com/wp-content/uploads/2013/06/Agamben-Arendt-letter.jpg>>. Acesso em: 14 de novembro de 2022).

Para elucidar os significados dessas influências e os rumos a partir delas estabelecidos ao longo da obra de Agamben, é útil iniciar pelas respostas encontradas

à sua indagação sobre o significado de contemporaneidade. Conforme a exposição de Edgardo Castro, a primeira delas é nietzscheana: o contemporâneo estabelece com seu tempo uma relação de inatualidade, aderindo a ele mediante um anacronismo de modo a rejeitar aquilo que sua época vive orgulhosamente. A segunda refere-se a dados da natureza que informam sobre luzes: certas células periféricas da retina, na ausência de luz, tornam-se ativas para fazer com que se enxergue a obscuridade; e a escuridão do céu é composta de luzes que se dirigem até nós, mas não conseguem alcançar-nos, pois a fonte que as emite se afasta a uma velocidade superior à sua. Assim, de acordo com Agamben em *O que é o contemporâneo*, sê-lo “significa ser capaz não só de ter fixo o olhar na obscuridade da época, mas também de perceber na obscuridade uma luz que, dirigida até nós, afasta-se infinitamente”. A terceira resposta remete ao método arqueológico tão relevante em seu trabalho e de inspiração Foucaultiana: o contemporâneo inscreve-se no próprio tempo percebendo nele as marcas da proveniência (Castro, 2012, p. 105).

Falar em Foucault indica tanto uma informação valiosa acerca dos métodos empreendidos por Agamben em suas investigações, quanto sobre sua maneira de comunicar-se com as referências escolhidas e dispô-las na forma de um mapa de referências múltiplas, em que se entrelaçam autores de diferentes correntes e épocas (Castro, 2012, p. 107). O autor define seu método como arqueológico e paradigmático, estando muito próximo a Foucault, mas não idêntico a ele. Sua intenção é, diante das dicotomias estruturantes da cultura, ir além das exceções que as têm produzido, não para identificar um estado cronologicamente originário, mas para compreender a situação do presente. A arqueologia, conforme afirmado por Agamben em algumas oportunidades, é a única via de acesso ao presente. Para o autor, a superação da lógica binária ocorre através da transformação de dicotomias em bipolaridades: as oposições consideradas substanciais, ou, dito de outro modo, antinômicas – como a da democracia *versus* totalitarismo – não desaparecem, mas perdem o caráter substancial e intransponível, sendo apresentadas na forma de um campo de forças percorrido por tensões polares que estão presentes em cada um dos pontos, sem que se possa traçar linhas claras de demarcação. O campo de tensão é, assim, a abertura da possibilidade de encontrar uma via de saída (Agamben, 2006, p. 132). A bipolaridade é capaz de fazer surgir um “terceiro termo, que não é a superação dos anteriores, não é da mesma natureza que eles, mas que os desidentifica e desnaturaliza” (Castro, 2012, p. 110).

Acerca do paradigma, apresentado como o método Foucaultiano em seu gesto mais característico (Agamben, 2009, p. 22), trata-se de um fenômeno particular que, valendo para todos os casos do mesmo gênero, constrói um conjunto problemático mais vasto e neutraliza a falsa dicotomia entre universal e particular (Agamben, 2006, p. 133). O conhecimento demarca um percurso realizado de singularidade a singularidade, o que implica uma forma nem indutiva, nem dedutiva, mas analógica: o termo grego para paradigma significa, precisamente, exemplo – e esse exemplo, por assim sê-lo, torna-se um modelo. Dessa forma, “o panóptico, o grande parto, a confissão e o cuidado de si, em Foucault, o homo sacer, o muçulmano, o estado de exceção e o campo de concentração, em Agamben, são paradigmas” (Castro, 2012, p. 112-114), condição que, como é o intento desse trabalho investigar, também é atribuída pelo autor à figura do refugiado, elevada à posição de centralidade para pensar adequadamente a política contemporânea.

Tais paradigmas, cujos significados conduzem os sentidos deste trabalho à luz dos entrecruzamentos e esforços de tornar convergentes dissonâncias para obter delas algo que não é visto de imediato – de modo a ser construído à luz de um método semelhante ao do filósofo que o inspira –, remetem a uma arqueologia da potência, que auxilia na busca de categorias com as quais pensar por meio de novas maneiras que ultrapassem aquelas preexistentes (Castro, 2012, p. 106). Pensar na política que vem e na filosofia que vem através de lentes – ou melhor, lupas ou binóculos – arqueológicas que fazem ver melhor o presente, o que é outra forma afirmar um pensamento acerca do ser humano sem remetê-lo a um destino biológico nem uma vocação histórica e sem, por isso, consigná-lo ao nada (Castro, 2012, p. 32), é o que faz de Giorgio Agamben um contemporâneo.

## O PARADOXO DA SOBERANIA

Ao tratar sobre a instituição do nexa entre violência e direito, Agamben, conforme apresentado, encontra inspiração em um comentário precedente acerca do estado de exceção – o de Benjamin, na Tese VIII de *Sobre o conceito da História*:

A tradição dos oprimidos ensina-nos que o “estado de exceção” em que vivemos é a regra. Temos que chegar a um conceito de história que corresponda a essa ideia. Só então se perfilará diante dos nossos olhos, como nossa tarefa, a necessidade de provocar o verdadeiro estado de exceção; e assim a nossa posição na luta contra o fascismo melhorará. A hipótese de ele se afirmar reside em grande parte no fato de os seus opositores ao verem como uma norma histórica, em nome do progresso. O espanto pôr as coisas a que assistimos “ainda” poderem ser assim no século vinte não é um espanto filosófico. Ele não está no início de um processo de conhecimento, a não ser o de que a ideia de história de onde provém não é sustentável (Benjamin, 2013a, p. 13).

O processo que conduz à definição da figura do estado de exceção, norteadado pela necessidade de investigar um caminho que se abra em perspectivas para a ruptura desse nexa, é descortinado por Agamben não apenas como centro do ordenamento jurídico e da forma de o direito incidir sobre o mundo – um alicerce de governo e de manejo da vida por um poder soberano –, mas também como a chave para desativação desse poder e, pode-se dizer, uma forma de saída para a vida e reconfiguração do atual domínio exercido sobre ela, cuja definição tem como fonte a distinção entre formas de violência empreendida por Benjamin – trata-se da violência dividida entre aquela que institui e aquela que mantém o direito (Castro, 2012, p. 39-40; 54), a violência historicamente reconhecida, ou sancionada, e a não sancionada (Benjamin, 2013b, p. 59-62) – e o conceito de soberania estruturado por Carl Schmitt; mais precisamente, o diálogo entre ambos.

Para melhor explicitar como esses significados se apresentam na obra do autor, aponta-se, de antemão, que o estado de exceção, cuja definição habitual costuma ser a medida última a ser tomada diante de grave ameaça contra a ordem constitucional, é entendido por Giorgio Agamben não como um fim ou objetivo em si mesmo, estando inscrito em um conjunto maior: o das tecnologias de governo (Agamben, 2004, p. 3). A criação de um estado de emergência permanente configura-se como uma das práticas políticas dos estados democráticos contemporâneos que é frequentemente justificada através do discurso de suposta defesa da democracia (Agamben, 2004, p. 13; 32-33). A exceção como medida plenamente absorvida pela estrutura governamental, não mais



necessitando da expressa revogação de liberdades democráticas para que se concretize, ou seja, integralmente conciliável com o arquétipo formal do Estado Democrático de Direito (Bello, Bercovici, Lima, 2019, p. 1797), tem seus rumos contemporâneos convergentes às dinâmicas de funcionamento regidas e ditadas pelo capitalismo, de modo que, em escala global, a classificação entre centro e periferia permanece essencial para a identificação dos espaços em que a exceção se materializa e torna-se permanente de maneira mais contundente na forma de exclusão social, devido à “constante negativa de aplicação de direitos e garantias fundamentais, nos aspectos políticos e econômicos, para a maioria da população” (Bello, Bercovici, Lima, 2019, p. 1798). Assim, em atenção às características que historicamente permeiam o cenário socioeconômico brasileiro, entre outros espaços em que são recorrentes situações de vulnerabilização da vida, por exemplo, é útil a atualização que Gilberto Bercovici realiza com bases na forma de estado de exceção teorizada por Agamben: a periferia do capitalismo está submetida a um estado de exceção econômico permanente, decorrência do êxito na substituição da ditadura política pela ditadura econômica dos mercados, que se contrapõe à normalidade do centro. Os Estados periféricos são marcados pelo convívio dos poderes constitucionais com o decisionismo de emergência para salvar os mercados; e soberania popular é progressivamente reduzida enquanto o direito interno subordina-se às necessidades do capital financeiro – limitam-se os direitos da população em geral para garantir que passem incólumes a propriedade privada e a acumulação capitalista, transformando a razão de Estado em razão de mercado (Bercovici, 2005, p. 1-2; 4-5).

É através da atribuição de permanência à figura do estado de exceção, bem como de sua adjetivação como o alicerce da ordem jurídica, que as contribuições da teorização de Carl Schmitt se elucidam e pavimentam o caminho a uma das chaves para o pensamento de Agamben: a reflexão sobre o poder soberano. Segundo Schmitt, soberano é aquele que decide sobre a exceção (Schmitt, 2009, p. 13); para isso, precisa estar fora do ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que sua inserção ancora o estado de exceção na ordem – essa duplicidade de caráter denota a verdadeira natureza da lei (Agamben, 2007, p. 23) e exprime a estrutura originária da relação jurídica (Agamben, 2007, p. 27). A definição Schmittiana conduz à postulação do problema da realização formal do direito como sendo completamente convergente à situação de exceção, que representa a essência da questão da manutenção da ordem política e do Estado – a ordem que repousa sobre uma decisão, e não sobre uma norma. Se o soberano decide sobre a situação em que a ordem jurídica será vigente, a soberania duplamente afirma e nega a ordem (Bercovici, 2014, p. 3). Essa relação implica um paradoxo constitutivo, que joga luz sobre a estruturação e finalidade do direito enquanto, conseqüentemente, demonstra a falha inescapável dos modelos tradicionais de racionalidade jurídica e suas correntes de justificação:

Qual é, na realidade, o paradoxo da soberania? Se o soberano é, segundo a definição de Carl Schmitt, aquele que tem o poder legítimo de proclamar o estado de exceção e de suspender, de tal modo, a validade do ordenamento jurídico, o paradoxo do soberano se pode enunciar então desta forma: “o soberano está, ao mesmo tempo, fora e dentro do ordenamento”. A precisão “ao mesmo tempo” não é supérflua: “o soberano, na verdade, tendo o poder legítimo de suspender a validade da lei, se coloca legitimamente fora dela. Por isso, o paradoxo da soberania se pode também formular deste modo: “a lei está fora de si mesma, está fora da lei; ou: eu, o soberano, que estou fora-da-lei, declaro que não há fora da lei”. Este paradoxo é muito antigo e, se se observa atentamente, está explícito no mesmo oxímoro em que se encontra a expressão; o sujeito soberano. O sujeito (isto é, aquilo que etimologica-

mente está sob) é soberano (é, por isso, aquilo que está sobre). E talvez o termo sujeito (em conformidade à ambiguidade da raiz indo-europeia da qual derivam as duas proposições latinas de sentido oposto *super* e *sub*) não tem outro significado que este paradoxo, este ficar lá onde este não está (Agamben, 2005, p. 93).

Trata-se, aqui, de voltar a atenção à ideia de suspensão sendo perfeitamente abrangida pelo direito, prejudicando a distinção entre o que está dentro e fora dele; ou melhor, revelando sua verdadeira configuração indistinta em que a norma se aplica à exceção desaplicando-se (Agamben, 2007, p. 25). Ao definir a exceção como o dispositivo que entrelaça o direito e a vida, Agamben refere-se a Schmitt na conceituação de soberania articulada por meio dessa figura do soberano como quem guarda o poder de decidir acerca do estado de exceção, da aplicação ou desaplicação da lei, o que pressupõe que a norma tem como referência a normalidade e, diante da situação caótica ou definida como incontrolável através dos mecanismos comuns, o direito abriga em si a possibilidade de ausentar-se sem, por isso, abdicar de seu caráter de comando: o soberano cria e garante a situação necessária à vigência do direito. A própria definição do que é a regra, assim, dialoga intimamente com sua exceção, seu “suposto oposto” – a exceção não se subtrai à regra, é esta que, ao suspender-se, abre espaço à exceção e só assim se constrói enquanto regra, consolidando suas características ao diferenciar-se daquilo que não é. Tal relação contínua com uma exterioridade é a forma com que o direito se refere à vida e a inclui em si através de sua própria suspensão – a forma de inclusão que só ocorre através de sua exclusão. O estado de exceção advém diretamente de um elemento formal especificamente jurídico – a decisão – e esse é o ponto vinculante que articula exceção e teoria da soberania. Se o soberano é aquele que pode decidir sobre o estado de exceção, ou seja, sobre a suspensão da norma, ele está situado fora da ordem jurídica; entretanto, ao ser o responsável pela efetivação dessa suspensão, ele está, simultaneamente, incluído – assim é elaborada a imagem Agambeniana da exclusão inclusiva (Castro, 2012, p. 39-40; 54).

## A VIDA ABANDONADA

Através da expressão *bloß Leben* (Benjamin, 2013b, p. 79) (que abrange, conforme a tradução, os significados de mera vida ou vida nua), Benjamin contempla a vida submetida à violência soberana. Tanto essa conceituação quanto o caráter sacro atribuído a essa forma de vida são reaproveitados por Agamben através da recorrência do paradigma que intitula sua série mais conhecida de obras e representa a convergência a que várias de suas referências e teorizações se destinam: o *homo sacer*. Dirige-se tamanha atenção a essa figura em razão de, para o autor, tratar-se da primeira afirmação histórica da sacralidade da vida humana; uma vida da qual se dispõe sem necessidade de celebrar sacrifícios e sem que perpetrar sua morte configure homicídio – e nenhuma das explicações oferecidas ao fenômeno havia tido êxito em abarcar a duplicidade inerente a esse Homem Sagrado: tanto insacrificável quanto integralmente exposto à morte (Castro, 2012, p. 58-59; 42-43). Trata-se de uma categoria própria do direito romano arcaico: uma espécie de condenação por delito que implicava, como pena, o estar exposto à morte sem poder ser alvo de assassinato (sem que este, se realizado, configurasse crime), mas cujo alvo também não poderia ser objeto de sacrifício aos deuses. Essa vida, assim, simboliza a esfera da soberania por representar uma vida matável e insacrificável, integralmente capturada e à disposição da violência soberana (Agamben, 2007, p. 91): criam-se os contornos de uma vida existente

e excluída da política (Agamben, 2007, p. 183). A questão sacrificial pode ser elucidada quando se compreende o “insacrificável” como aquele que não poderia passar pelo rito comum de punição. Um novo paradoxo é revelado ao adicionar-se a ausência de punição àquele que o executasse, pois, o homo sacer tornava-se destinado a uma forma anômala de pena, deixando em aberto a questão relativa à proibição do sacrifício: o homo sacer é impuro e rejeitado pelos deuses, ou ele se torna propriedade divina, e por isso não pode ser sacrificado? A resposta encontrada por Agamben reside na chamada vida sacra vivida pelo homo sacer: se a ideia original de consagração transporta seu objeto do direito humano para o direito divino, do profano ao sagrado, a vida sacra é o resultado da expulsão da esfera do direito humano sem que esta signifique a passagem à esfera do direito divino – esta vida, então, não está sob a proteção de jurisdição alguma, pois a violência infligida contra ela não constitui sacrilégio e nem crime, não profana um objeto sacro. A vida insacrificável e, todavia, não protegida contra a morte, incluída na comunidade na forma de matabilidade, é a vida sacra (Agamben, 2007, p. 90-91).

Trata-se de uma existência que permanece em curso, que ainda vive, mas é separada através do signo da exclusão, do banimento, não sendo objeto de mais nada além dos desígnios livres da violência soberana: uma forma íntegra e absoluta de desproteção. A vida sacra equipara-se ao conceito de vida nua, e ambos são apresentados por Agamben na forma da não pertença suportada pela figura do banido; por isso, Agamben retoma uma indicação de Jean-Luc Nancy – “entregue ao absoluto da lei, o banido é também abandonado fora de qualquer jurisdição. O abandono respeita a lei, não pode fazer de outro modo” (Nancy, 1983, p. 149-150) – para dar o nome de bando à relação de soberania, sendo o termo tanto referente à vida excluída da comunidade, quanto à distinta marca que identifica o soberano (Castro, 2012, p. 40):

Torna-se assim compreensível a ambiguidade semântica, já anteriormente registrada, pela qual *in bando*, a *bandono* significam originalmente em italiano tanto “à mercê de...” quanto “a seu talante, livremente” (como na expressão *correre a bandono*), e *bandido* significa tanto “excluído, banido” quanto “aberto a todos, livre” (como em *mensa bandita* e *a redina bandita*). O bando é propriamente a força, simultaneamente atrativa e repulsiva, que liga os dois pólos da exceção soberana: a vida nua e o poder, o homo sacer e o soberano. Somente por isso pode significar tanto a insignia da soberania [...] quanto a expulsão da comunidade. (Agamben, 2007, p. 117)

A produção da vida nua é, portanto, o préstimo original da soberania, e a sacralidade da vida, cujo sentido é atualmente marcado pela tentativa de ser interpretado como um direito humano fundamental, orientado pela definição de um suposto valor intrínseco à vida humana, exprime, em oposição, justamente a vida sujeita ao poder de morte, “sua irreparável exposição na relação de abandono” (Agamben, 2007, p. 92). Essa exposição localiza a vida que a sofre no espaço de uma zona indistinta, que remonta o conceito de exclusão inclusiva característico da figura do soberano: o abandonado é ligado a seu bando através da exclusão, pois, apesar de ser feito “externo” a ele, sua identidade ainda evoca a do bando e é a ele condicionada por ser aquela do “banido”, que passa a estar à mercê de quem o excluiu. Essa submissão nega liberdade ao abandonado, enquanto o impede de pertencer a qualquer espaço constituído, restando-lhe a indeterminação. A vida nua ou sacra é a vida natural enquanto objeto da relação política de soberania, ou seja, a vida abandonada (Castro, 2012, p. 45); e a vida natural submissa e excluída é a chave para empreender a conexão Agambeniana entre soberania e biopolítica, quando

esta última, para o autor, tem como característica essencial a sua necessidade de “redefinir continuamente, na vida, o limiar que articula e separa aquilo que está dentro daquilo que está fora” (Agamben, 2007, p. 138). Através dessa relação, são criadas e definidas as formas de vida afastadas das garantias professadas pelo direito, aquelas que, mesmo formalmente incluídas, têm sua experiência marcada pela submissão ao jugo impune da violência, e, por outro lado, outras que são destituídas do caráter historicamente entendido como “humano” por meio de ações engendradas para tanto, regidas pelas razões de Estado que preenchem o conteúdo e operam suas razões de direito – como se pode aferir pela análise de experiências totalitárias ou por formas diversas de hierarquização da vida.

A partir da introdução do conceito Foucaultiano de biopoder, pode-se dizer que a investigação realizada por Agamben em *Homo Sacer* pode ser resumida em três teses: a ideia de bando constitui a relação política original; a função do poder soberano é a produção da vida nua; o paradigma biopolítico do Ocidente não é a cidade, mas sim o campo de concentração (Castro, 2012, p. 49). Para a compreensão desta última, é necessário, inicialmente, deter-se sobre a conceituação de estado de exceção permanente e ilocalizável; depois, voltar a atenção à leitura realizada por Agamben em relação aos sentidos de uma biopolítica que integra o poder soberano e é tão antiga quanto ele, leitura baseada principalmente em uma ampliação das concepções de Michel Foucault e Hannah Arendt.

Na forma arquetípica preceituada por Carl Schmitt, o estado de exceção, embora ilocalizável enquanto ideia ou premissa, era o princípio de toda localização jurídica, por ser o único instituto capaz de abrir o espaço em que a fixação de um determinado ordenamento e território se torna, pela primeira vez, possível. Para Agamben, o nexó entre localização e ordenamento, que, segundo Schmitt, constituiria o nómos da terra, adquire descrição ainda mais complexa ao abrigar em seu anterior uma ambiguidade fundamental, “uma zona ilocalizável de indiferença ou exceção que, em última análise, acaba necessariamente por agir contra ele como um princípio de deslocamento infinito”. A tese de que a exceção é a estrutura política fundamental do tempo atual e, por isso, emerge continuamente ao primeiro plano e tende a tornar-se regra implica perceber que, quando este tempo procurou “dar uma localização visível permanente a este ilocalizável, o resultado foi o campo de concentração”, um estado de exceção desejado e permanente, além do temporário teorizado por Schmitt – é este o paradigma adequado a representar a estrutura originária do nómos, em vez do cárcere, como se poderia pensar (Agamben, 2007, p. 27). Transformar o ilocalizável em localizável significa a realização de um estado de exceção desejado, permanente, alicerce das razões de Estado, que, ao constituir-se como o campo que pode aparecer em diferentes espaços e contextos políticos de acordo com os desígnios do poder soberano, em decorrência de tais características, representa a apropriação pelo poder da pura vida sem qualquer mediação no mais absoluto espaço biopolítico (Agamben, 2007, p. 177-178).

Ao atingir esse ponto no percurso que, inicialmente, conduz à interpretação da noção de soberania em termos de bando e, em seguida, à vida que é objeto do bando na forma de vida sagrada, ou seja, abandonada (Castro, 2012, p. 46), torna-se necessário traçar um panorama acerca do que é o biopoder que também é poder soberano, investigar as construções teóricas que Agamben revisita para realizar a articulação entre os dois conceitos que, previamente, apareceram dissociados. Em Foucault, a passagem do poder ao biopoder

– da soberania à biopolítica – é colocada na forma de substituição, em que a segunda aparece como marco da modernidade; de “fazer morrer e deixar viver”, o poder passaria a “fazer viver e deixar morrer” (Foucault, 1999, p. 181). A soberania Foucaultiana assume um caráter territorial, um exercício atrelado ao domínio estabelecido no período medieval centralizado na terra e no que nela se produz, e é marcada pelo poder do soberano sobre a vida e a morte, sendo essa capacidade uma “velha potência de morte” (Foucault, 1999, p. 131) que é a imagem da identidade soberana: o soberano assim o é porque possui em absoluto o poder de fazer morrer. Os conceitos de biopolítica e biopoder aparecem enquanto processo posterior caracterizado principalmente pela mudança de postura e funções assumidas pelo Estado: a partir da formação dos Estados nacionais modernos, iniciou-se o movimento em que a política passou a encarregar-se e ter como interesse central, através de seus mecanismos, da vida biológica dos indivíduos e populações; no mesmo sentido, Hannah Arendt demonstra, em *A condição humana*, como a vida biológica passava a ocupar progressivamente o centro da vida política (Castro, 2012, p. 38). Demarca-se de maneira intensificada no século XIX, pela primeira vez, um processo cuja articulação se amplia continuamente desde então: os dispositivos estatais têm como objeto a vida humana em acepção direta e pura, o que representa uma “estatização do biológico” (Foucault, 2005, p. 286) engendrada através do controle sistematizado de processos referentes a nascimento, mortalidade, longevidade, entre outros. O poder disciplinar exercido tendo como alvo o corpo, bem como as regulações da população, assim, “constituem os dois pólos em torno dos quais se desenvolveu a organização do poder sobre a vida” (Foucault, 1999, p. 131).

O ponto de intersecção entre os conceitos apresentados pode ser compreendido através da produção de vida nua que marca o campo como máximo espaço biopolítico e, ao mesmo tempo, espaço absoluto de realização do poder soberano – para Agamben, a biopolítica é, pelo menos, tão antiga quanto a exceção soberana (Agamben, 2007, p. 17). A articulação realizada para apresentar esse pressuposto de simultaneidade se inicia através do comentário sobre dois termos do grego clássico que podem ser traduzidos como “vida”: *zoé* e *bíos*. O primeiro se refere ao “simples fato de viver, comum a todos os viventes”, enquanto o segundo fala sobre uma vida politicamente qualificada, a “forma de viver própria de um indivíduo ou de um grupo”. Como já havia feito Hannah Arendt, Agamben aponta que esses termos eram distinguidos e separados em termos de espaço pelos gregos entre, respectivamente, a casa e a cidade. A caracterização da vida nua acontece quando o poder soberano inscreve a *zoé* em seus dispositivos: a modernidade tem como característica central a politização desta (Castro, 2012, p. 28). Como afirmava Foucault:

O que se poderia chamar de “limiar da modernidade biológica” de uma sociedade se situa no momento em que a espécie entra como algo em jogo em suas próprias estratégias políticas. O Homem, durante milênios, permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivo e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal, em cuja política, sua vida de ser vivo está em questão (Foucault, 1999, p. 134).

A mudança empreendida por Agamben consiste em colocar que a produção da biopolítica consiste em um traço originário do poder soberano, um vínculo secreto que é reconduzido à luz através da estruturação do Estado moderno (Agamben, 2007, p. 15). Há, em lugar da substituição, a mesma antiguidade. A intenção de Agamben ao utilizar-se desses conceitos retrabalhando sua cronologia reside em sua observação de aspectos lacunares que surgem da interação dessas teorias e que, dessa forma, terminam por constituir a

tarefa que ele busca enfrentar em *Homo Sacer*: abre-se um espaço sem resposta, segundo o autor, em razão de Arendt ter deixado de vincular as reflexões de A condição humana à sua análise sobre a ascensão totalitária no século XX, bem como por Foucault não ter abarcado em seus objetos de investigação os campos de concentração e extermínio, nem ter interrogado “o centro comum no qual se cruzam as técnicas políticas com as tecnologias do eu da Modernidade”. Nesse sentido, o percurso realizado por Agamben ao dialogar com essas duas referências envolve retomar as investigações de ambas “enfrentando o núcleo comum no qual se cruzam as técnicas políticas e as formas de subjetivação”, o que leva a “analisar a relação entre biopolítica e soberania, o modo em que a vida nua está inscrita nos dispositivos do poder soberano”, descortinando, por fim, a constatação de que a politização da zoé é cronologicamente coincidente à existência da soberania e não configura uma novidade moderna (Castro, 2012, p. 38-39). Afirma Agamben:

A tese Foucaultiana deverá, então, ser corrigida ou ao menos integrada; no sentido que o que caracteriza a política moderna não é tanto a inclusão da zoé na pólis, em si mesma antiquíssima, nem simplesmente o fato de que a vida como tal converta-se em um objeto eminente dos cálculos e das previsões do poder estatal. O decisivo é, antes, que, simultaneamente ao processo pelo qual a exceção converte-se por todos os lados na regra, o espaço da vida nua, situado na origem à margem do ordenamento, coincide progressivamente com o espaço político, e exclusão e inclusão, externo e interno, bíos e zoé, direito e fato entram em uma zona de irreduzível indistinção (Agamben, 2007, p. 16).

Embora Agamben analise pormenorizadamente a concepção eugênica do nazismo e as práticas nela alicerçadas, sua intenção não é propriamente fornecer uma espécie de fenomenologia dos campos de concentração e extermínio; trata-se, na verdade, da descrição de sua estrutura jurídico-política que faz emergir à luz a “matriz oculta da política contemporânea” (Castro, 2012, p. 49). A porta que potencialmente leva à concretização de quaisquer cesuras biopolíticas, sejam elas decorrentes da atuação ou da ausência do Estado, produtoras da redução do acesso a direitos ou da absoluta desumanização confinada ao campo, é aberta a partir da possibilidade de os Estados definirem e redefinirem os critérios que preenchem as categorias de homem e de cidadão, que se referem à participação política e à constituição do que é um sujeito de direito, colocadas em uma separação necessária que consegue demonstrar o que está em jogo na questão dos direitos humanos. Segundo Agamben, dois fenômenos próprios do século XX devem ser lidos através dessa perspectiva: os refugiados, aqueles que perderam ou nunca foram inseridos em determinada estrutura de direitos de cidadania, e a “separação entre o humanitário, cujo objeto é a vida desprovida de cidadania, e o político” (Castro, 2012, p. 46-47). Além disso, essas figuras convergem quando identificadas através do eixo comum do campo, considerando que os primeiros campos construídos na Europa tinham como objetivo funcionar como espaço de controle para refugiados, sendo a sucessão na forma de campos de concentração e extermínio uma “filiação perfeitamente real”. Agamben nota que uma das poucas regras que foram efetivamente seguidas pelos nazistas ao longo da Solução Final era a de que os judeus e ciganos apenas poderiam ser enviados aos campos de extermínio após terem sido completamente desnacionalizados. A cidadania é, assim, traço constitutivo do que é ser um sujeito de direito e estar protegido por determinado ordenamento, e de não estar, portanto, passível de sofrer todo tipo de violência articulada por determinado poder cuja característica essencial é a impunidade, o ser inexistente para qualquer direito. Eis aí uma problemática intensamente explorada por Agamben em relação à proteção

jurídica professada pelos direitos humanos: quando os direitos deixam de ser vinculados à existência formal enquanto cidadão, sobrando apenas o homem desnacionalizado, este se torna realmente sacro de acordo com o sentido posto pelo direito romano arcaico – entregue à morte. Diante da intrínseca condição provisória doutrinariamente inscrita no estatuto do refugiado, que deveria ser substituída quando possível pela naturalização ou repatriação, a interpretação Agambeniana estabelece-se no sentido de que “um estatuto estável do homem em si mesmo é inconcebível no direito do Estado-nação” (Agamben, 2015, p. 28-30).

## A SITUAÇÃO JURÍDICA DO REFUGIADO

A reflexão proposta por Agamben em *Meios sem fim* é, no sentido até aqui exposto, uma associação da proteção de direitos à noção de cidadania tendo como influência principal a teorização de Hannah Arendt acerca do tema: segundo a autora, a suposta inalienabilidade dos Direitos do Homem mostra-se falha a partir do momento em que surgem pessoas que não são cidadãs de algum Estado soberano, mesmo nos países que os colocam como fundamento de suas constituições (Arendt, 2012, p. 399). No mesmo sentido, trata-se de pensar a condição do refugiado e do apátrida que não mais deseja assimilar-se a uma nova identidade nacional como o paradigma de uma nova consciência histórica: “os refugiados expulsos de país em país representam a vanguarda de seus povos”. O declínio da ideia de Estado-Nação é acompanhado do declínio das categorias jurídico-políticas tradicionais e, para Agamben, isso torna o refugiado “a única figura do povo pensável” nos tempos atuais, a única categoria que guarda em si o vislumbre da comunidade política que vem, enquanto não se consolidam os passos que levarão à dissolução do Estado-Nação e de sua soberania – o desejo de uma construção filosófica como um trabalho absolutamente novo implica pensá-la à luz dessa figura e reconfigurá-la através das imagens que rompem as classificações políticas habituais (Agamben, 2015, p. 25-26).

A tutela baseada num compromisso de garantia de justiça para todos prometida em nome dos direitos humanos passa a ser insuficiente para lidar com o fenômeno dos refugiados quando este atinge proporções de massa, processo que tem seu início no fim da primeira guerra mundial – em pouco tempo, mudam-se de seus países 1.500.000 russos brancos, 700.000 armênios, 500.000 búlgaros, 1.000.000 de gregos, centenas de milhares de alemães, húngaros e romenos (Agamben, 2015, p. 26) – e, atualmente, atinge novas proporções diante dos deslocamentos à Europa de grandes contingentes de refugiados, principalmente do Oriente Médio e África do Norte, e da rigidez que marca a política de recebimento que vários países passaram a adotar: a ideia de rejeitado, separado e exposto à morte ganha novos adjetivos atrelados às imagens de embarcações irregulares e superlotadas que tentam, sem sucesso, entrar no continente europeu, impedidas pelas legislações nacionais e frequentemente resultando na morte de seus ocupantes no mar. Se a ação de organizações orientadas pelo fomento dos direitos humanos e proteção à vida é constantemente coibida pelas legislações nacionais – ou seja, por soberanias –, é possível perceber um revérbero contínuo da leitura de Agamben acerca do nítido desamparo em que se encontra a vida dissociada da cidadania: quando o fenômeno do refugiado se espalha, ampliando-se em decorrência de diversos conflitos e situações de vulnerabilidade, tanto as organizações quanto os Estados, mesmo diante da constante invocação dos

direitos inalienáveis do homem, falham em resolver o problema e o enfrentam de maneira singularmente errada, deixando-o nas mãos da polícia e das organizações humanitárias. O refugiado passa, assim, a representar uma situação paradoxal, em que a suposta encarnação por excelência dos direitos humanos é a marca de sua crise radical, inexequíveis quando deixam de poder ser caracterizados como direitos do cidadão de determinado Estado. Esse paradoxo, prossegue Agamben, é lido na ambiguidade que intitula a Declaração de 1789: Declaração dos direitos do homem e do cidadão, “em que não é claro se os dois termos nomeiam duas realidades distintas, ou formam, ao revés, uma díade na qual o primeiro termo é, em verdade, sempre, e desde logo, conteúdo do segundo” (Agamben, 2015, p. 28). A garantia de direitos está, na prática, atrelada e condicionada à noção de pertença, como já preceituado por Hannah Arendt:

Algo mais fundamental do que a liberdade e a justiça, que são os direitos do cidadão, está em jogo quando deixa de ser natural que um homem pertença à comunidade em que nasceu, e quando o não pertencer a ela não é um ato da sua livre escolha, ou quando está numa situação em que, a não ser que cometa um crime, receberá um tratamento independente do que ele faça ou deixe de fazer. Esse extremo, e nada mais, é a situação dos que são privados de seus direitos humanos. São privados não do seu direito à liberdade, mas do direito à ação; não do direito de pensarem o que quiserem, mas do direito de opinarem. Privilégios (em alguns casos), injustiças (na maioria das vezes) bênçãos ou ruínas lhes serão dados ao sabor do acaso e sem qualquer relação com o que fazem, fizeram ou venham a fazer (Arendt, 2012, p. 403).

A partir desse pressuposto, Agamben considera que os direitos do homem – o termo aparece, aqui, espelhando a atual leitura de direitos humanos e o real alcance das ações de finalidade humanitária na consecução de seus preceitos – representam a inscrição originária da vida nua na ordem jurídico-política do Estado-nação. Retomando a acepção biopolítica que essa inscrição revela, é válido notar que o significado de Estado-nação reside em ser aquele “que faz da natividade, do nascimento (isto é, da vida nua humana) o fundamento da própria soberania”; apontando, ainda, a conformidade com o étimo: *natio* significa, em sua origem, simplesmente “nascimento”. Existe uma ruptura abrigada pela figura do refugiado em razão de haver nela o estilhaçamento da identidade entre homem e cidadão, amplificada e aprofundada quando se vivencia um momento histórico em que porções da humanidade progressivamente não mais são representáveis no interior da estrutura identitária e politicamente engendrada na forma da trindade Estado-Nação-Território, o que transforma uma categoria comumente marginalizada na figura central da história política desse tempo – um conceito-limite que permite “conduzir o campo a uma renovação categorial contemporaneamente inadiável” (Agamben, 2015, p. 29-30).

Ao comentar sobre as proporções crescentes do fenômeno da chamada imigração ilegal nos países da Comunidade Europeia, Agamben evidencia o fato de que os Estados industrializados atuais possuem em seu território uma “massa estavelmente residente de não-cidadãos, que não podem nem querem ser naturalizados ou repatriados”. Embora possuam uma nacionalidade originária, esses imigrantes, enquanto optam por não usufruir da proteção de seu Estado, encontram-se, analogamente aos refugiados, na condição de “apátrida de fato”. E menciona, em semelhança às imagens paradigmáticas, o termo “*denizens*”, utilizado por Tomas Hammar para referir-se aos residentes não-cidadãos em um país, contrapondo-se à ideia de “cidadão” como conceito suficiente para descrever a realidade político-social dos Estados contemporâneos. Por outro lado, também é



possível perceber que aqueles considerados cidadãos de Estados industriais avançados manifestam uma “crescente deserção em face das instâncias codificadas de participação política”, tornando-se propensos a quase a mesma transformação em denizens, ao menos em determinadas faixas sociais que avançam a zonas de potencial indistinção; enquanto, “em conformidade com o conhecido princípio segundo o qual a assimilação substancial em presença de diferenças formais exaspera o ódio e a intolerância, crescem as reações xenófobas e a mobilização defensiva” (Agamben, 2015, p. 31).

O elo que conecta as figuras apresentadas – do *denizen* ao refugiado ao *homo sacer* – é a cesura biopolítica realizada pelo poder soberano e indicativa de sua função e construção histórica: uma espécie de chave conceitual que alcança relevância prática quando se pensa na formação de um pensamento futuro, nos significados políticos em voga hoje e na possibilidade ou não de desarticular o domínio apropriado pela exceção soberana. Ao mesmo tempo em que a existência confinada no campo representa a degradação em seu empreendimento máximo, o resultado de um cálculo de morte que, produzindo a vida mais ausente de consciência, abre espaço para a reflexão acerca do que é humano e de como os direitos associados à vida nua conseguem definir um arcabouço discursivo sobre o que é humanidade, mas não necessariamente têm êxito em protegê-lo; o refugiado, habitualmente tido como marginalizado e “externo” a seu entorno, pode ser pensado como um conceito político fundamental que conduziria a imagens de futuro não previamente delineadas pelas bases atuais de domínio e força. Entretanto, o aspecto crucial que revela a face nefasta da exposição à violência que marca a construção histórica e social dessas vidas é o fato de que a reflexão que observa o futuro é capaz de pavimentar caminhos, mas não consegue impedir as violações presentes. Se o contato com o horror é paralisante, desesperador ou tendente a causar uma apatia na forma de descrença, uma visão pessimista e obliterada de esperanças de vencer um poder cuja estruturação parece firmemente fincada como absoluta, como preencher o espaço esvaziado com uma atividade que potencialmente reconfigure a realidade? Em outras palavras, a impossibilidade de encontrá-la no presente pode ser repensada na forma de visualizar um espaço que permita essa formulação futura?

Próximo à conclusão do pensamento sobre as aproximações entre o poder soberano do velho Estado territorial e o biopoder moderno na forma que aparece em O que resta de Auschwitz? Agamben retoma a distinção Foucaultiana entre “fazer morrer e deixar viver” e “fazer viver e deixar morrer” para afirmar que, à luz dos rumos da biopolítica levados à cabo ao longo do século XX, é necessária a definição através de uma nova fórmula: fazer sobreviver. A contemporaneidade é marcada pela intenção do poder de produzir uma “sobrevivência modulável e virtualmente infinita”, que separa a vida orgânica da vida animal, o não-humano do humano, a vida em estado vegetativo da vida consciente, criando sucessivos pontos-limite que não são fixos, uma vez que se deslocam e rearticulam em função do progresso das tecnologias em sentido político e científico. O biopoder ambiciona, assim, produzir no corpo “a separação absoluta entre o ser vivo e o ser que fala, entre a zoé e a bíos, o não-homem e o homem: a sobrevivência” (Agamben, 2008, p. 155-156). Se uma vida é, por algum contexto imprevisível ou disposição não conhecida, insistente e resiliente à anulação e degradação, se ela, pela potência contida nessa fórmula, é capaz de relembrar, narrar e possuir história, pergunta-se: é a ela possível – ou suficiente – sobreviver?

## JUSTIÇA PROFESSADA ATRAVÉS DOS DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA

### Capacidade de reconfiguração política?

Se a disseminação de símbolos através da comunicação que fomentam a manutenção e perpetuação do poder soberano e a ingerência do capital no funcionamento da política são traços perfeitamente abrigados pela democracia, é possível pensá-la para além dessas amarras, ou, em atenção ao que ela promete ser e não é, para além de uma ficção? Trata-se, primeiro, de refletir acerca desses fenômenos na forma de amarras que podem ser desfeitas através da ideia de democracia como um princípio e um norte, um esforço, o que exige participação popular, democratização das mídias, entre outras medidas que demandam atuação constante do direito, embora seja frequente que mudanças sociais se iniciem do lado de fora dele; ou, em outra perspectiva, perceber um traço de condenação insolúvel no fato de o direito estar ancorado na relação de exceção, com o agravante de que o funcionamento das instituições não apenas é insuficiente para bloquear sua deturpação por interesses antidemocráticos, como também pode ser entendido como favorecedor de tais interesses. É interessante notar que o filósofo Georges Didi-Huberman concorda com a leitura de Agamben sobre esses fenômenos, mas tende a se afastar do que ele chama de criação de um horizonte apocalíptico, com o perigoso potencial de desdialetrizar as noções de imagens e povos (Didi-Huberman, 2011, p. 102) que podem e devem guardar um potencial contrário, de resistência, dissonância e inconformidade. Ver nas imagens uma contínua possibilidade de reorganização seria, então, compreender a imaginação como política, intenção que é realizada, por exemplo, por Jacques Rancière, ao concentrar-se em questões da imagem, da imaginação e da “partilha da sensível” (Didi-Huberman, 2011, p. 61). O filósofo pensa nos “atos estéticos como configurações da experiência, que ensejam novos modos do sentir e induzem novas formas de subjetividade política” (Rancière, 2005, p. 11). O conceito de partilha da sensível pode ser entendido como o sistema de evidências sensíveis que revela, simultaneamente, a existência de um plano comum, compartilhado, e dos recortes nele realizados que definem os lugares e partes respectivas que indivíduos ou grupos ocupam. Trata-se, também, de constatar quem pode tomar parte do comum político, acessá-lo, colocando a política como o amplo domínio daquilo que se vê e de discursos que podem ser articulados a partir dessas visões, das distribuições das competências para ver e para discursar sobre o visto, das características e possibilidades do espaço e do tempo – a questão da ficção remete, sobretudo, à distribuição de lugares; e a percepção do compartilhamento das mesmas formas de inteligibilidade permite a abertura a novas organizações de pensamento e fala, a construção coletiva de interesses previamente inexistentes ou não organizados, de modo que diferentes sujeitos políticos podem recolocar em causa a partilha do sensível já posta (Rancière, 2005, p. 15-17; 60).

Esse modo de ver a questão da mobilidade dos discursos políticos e sua capacidade de empreender alterações na sociedade fala diretamente à conceituação de Rancière acerca da democracia: não se trata de um regime de governo, mas sim da sempre disruptiva e conflituosa manifestação do princípio da igualdade (Disponível em: <[https://www.eldiario.es/interferencias/democracia-representacion-Laclau-Ranciere\\_6\\_385721454.html](https://www.eldiario.es/interferencias/democracia-representacion-Laclau-Ranciere_6_385721454.html)>. Acesso em: 14 de novembro de 2022), não identificada com uma forma jurídico-política,

mas sim como um perpétuo processo de pôr em jogo diferentes formas de subjetivação (Rancière, 2014, p. 71; 80). De maneira análoga, Gilberto Bercovici, por sua vez, coloca que a democracia não pode ser reduzida a um mero princípio constitucional e deve ser cumprida no cotidiano para a realização de direitos fundamentais; não devendo, assim, ser entendida apenas como mera técnica jurídica, de representação e de legislação – o que demonstra como o “positivismo jurisprudencial” elucida uma crise que se alinha à crise da representatividade (Bercovici, 2003, p. 127). Nesse ponto, é possível estabelecer um diálogo mais direto: Rancière, em *O ódio à democracia*, critica a visão dos direitos humanos alinhada à Agamben e Arendt, bem como a de uma vida nua desprovida de agência no âmbito político. Ele começa por retomar a leitura de Hannah Arendt e defini-la como um enunciado em que os direitos humanos são ilusórios em razão de serem os direitos do homem nu, que teve seus direitos retirados e foi expulso de sua casa, de sua terra e cidadania por um regime tirânico (Rancière, 2014, p. 26). Após, ao tratar sobre as implicações da dualidade entre homem e cidadão, coloca que, entre Agamben, Arendt e outros críticos, consolidou-se o pensamento de que “se a política precisa de dois princípios, e não de um só, é por causa de um vício ou embuste. Um dos dois deve ser ilusório, se não os dois”. Sua compreensão perpassa a ideia de que a crítica estabelecida nesse sentido afirma que os direitos humanos são vazios ou tautológicos: são os direitos do homem nu; mas o homem nu, que não pertence a uma comunidade nacional constituída, não possui direito algum. Sobraria, assim, reconhecer que tais direitos são simplesmente os direitos dos cidadãos de determinada nação, a partir da ideia de comunidade nacional enquanto pressuposto para a obtenção de garantias e direitos que, naturalmente, só existirão para o humano que é cidadão – uma tautologia, portanto. Essa dualidade reveladora da vida nua parece problemática, para Rancière, em razão de sua conceituação de identidade e subjetivação atravessar outros caminhos: a identificação de um sujeito político não ocorre por meio da categorização “humanos”, por agrupamento de populações ou por identidades definidas através de textos constitucionais. Essa definição, na verdade, decorre de “um intervalo de identidades, sejam essas identidades determinadas pelas relações sociais ou pelas categorias jurídicas” (Rancière, 2014, p. 78-79). Percebe-se, assim, o intento de não recair no que o autor considera uma categorização fixa, de pouca mobilidade, que não abarcaria as possibilidades de reconfiguração da partilha e dos constantes traçados de novas comunicações associados ao compartilhamento de símbolos e formas comuns de dizer, pensar, fazer. Em suma, Rancière considera que “a oposição da ‘vida nua’ à existência política é ela própria politizável”. Ele exemplifica essa tese ao lembrar um silogismo introduzido por Olympe de Gouges no artigo 10 de sua *Declaração dos direitos da mulher e da cidadã*: “a mulher tem o direito de subir ao cadafalso: mas ela deve ter igualmente o direito de subir à tribuna”. Trata-se de uma inversão que demonstraria o caráter político de sua vida nua – se um poder revolucionário pode e deseja condená-las à morte, significa que suas vidas ascendem à esfera da relevância política, pois a igualdade da sentença de morte dilui a distinção entre vida política e vida doméstica e, por isso, abre espaço para a atuação na primeira.

Vê-se que Rancière deposita crédito e visualiza um princípio de mudança na possibilidade de reverter categorias através dos próprios termos de sua definição, colocando o significado de uma condenação em termos políticos como capaz de, por si só, fomentar uma resistência e posterior alteração das estruturas do campo político, fazendo circular novos

discursos e imagens. Ele faz colocação parecida ao referir-se a Rosa Parks recusando-se a dar seu lugar a um branco no ônibus em Montgomery, Alabama, 1955; sucedida por um boicote articulado coletivamente que daria forma às implicações concretas que constituem o cerne do processo democrático, suscitando novas articulações para a obtenção dos direitos civis: “a ação de sujeitos que, trabalhando no intervalo das identidades, reconfiguram as distribuições do privado e do público, do universal e do particular” (Rancière, 2014, p. 80).

É verdade que as lutas políticas são paulatinamente construídas dessa maneira, de modo que o acúmulo de resistências semelhantes gera mudanças sociais que alteram cenários a partir de sua demanda por reconhecimento; entretanto, é possível dizer que esse princípio se aplica a todas as hipóteses de dominação, que tudo é reversível pela ação dos que sofrem a opressão ou exclusão e são socialmente constituídos como vida nua? Em outro sentido, que depende da resposta dada à primeira pergunta, o pensamento de Agamben seria limitante por esmagar qualquer possibilidade de articular resistência e criar um horizonte apocalíptico que considera impossível vencer os dispositivos de poder que o autor busca investigar?

A questão sobre a reversibilidade das ações que abrigam a insígnia do poder soberano pode ter sua resposta – iniciada, ao menos – através da análise empreendida por Judith Butler acerca de uma problemática, poder-se-ia dizer, bastante Agambeniana em relação aos temas que ela levanta: as detenções indefinidas e contínuas em Guantánamo, comentadas, inclusive, por Edgardo Castro ao explorar o pensamento de Agamben (Castro, 2012, p. 53), demonstrando como este considera que a *military order* emitida por George W. Bush em 2001, autorizando essa detenção indefinida, tanto no tempo como em sua natureza, de não-cidadãos suspeitos de atividades terroristas, tem o condão de gerar uma submissão absoluta que torna também indefinidas as categorias de prisioneiro e acusado – uma desproteção e indefinição que se manifesta de maneira análoga à ausência de real tutela à condição de refugiado previamente comentada, bem como à atuação humanitária em relação ao problema. Butler dá prosseguimento a essas premissas tratando de como, em 2002, a administração de Bush admitiu que os detentos do Talibã na Baía de Guantánamo mereciam ser abrangidos pelas Convenções de Genebra; recusando-se, contudo, a conferir-lhes o status de prisioneiros de guerra, bem como à totalidade de detentos presentes naquele momento. A autora observa, então, que o acordo da Convenção de Genebra sobre prisioneiros de guerra funciona como um discurso civilizacional que protege e favorece os prisioneiros pertencentes a Estados-nação constituídos, o que torna necessário que o ato de assegurar o cumprimento das regras de direito internacional, nesse caso, seja sucedido pela crítica com o intento de expandi-las e assegurá-las também para os engajados em ações militares em nome de organizações não vinculadas à Estados (Butler, 2007, p. 223-224).

Em 2002, o Secretário de Defesa dos Estados Unidos à época, Donald Rumsfeld, afirmou que preferia chamar tais prisioneiros de “detentos em campo de batalha” ou de “combatentes ilegais”, e que estes poderiam permanecer indefinidamente detidos sem julgamento apropriado. Essa classificação abre espaço para entendê-los como relegados a “um lugar que ainda não está sob a lei ou que, com efeito, está à margem da lei de modo relativamente permanente” (Butler, 2007, p. 224), caracterizando uma imagem nítida da zona de indistinção criada pela lei e na qual a lei não se aplica, o que torna, como já visto,

imediatamente a relação entre o poder soberano e a vida que recebe suas cesuras sem proteção alguma, nem mesmo, nesse caso, no aspecto meramente formal. Diante das violações ensejadas pela ausência de prestação de suporte jurídico adequado, julgamentos justos e delimitação do tempo de detenção, poder-se-ia pensar que a atribuição de coercitividade aos preceitos das Convenções seria útil para efetuar as garantias de direito dos prisioneiros; entretanto, o fato de elas serem “difusamente enviesadas pela noção de Estado-nação e inadequadas para fornecer prescrições sobre as formas atuais e futuras que o conflito armado pode assumir” faz com que, mesmo nessa hipótese, o tratamento direcionado aos prisioneiros pertencentes a um Estado-nação não corresponda ao daqueles que não possuem a mesma prerrogativa. Além de esse debate remeter à reflexão sobre humanidade e cidadania que constitui o cerne da situação jurídica dos refugiados, demonstrando que a cidadania é requisito para uma efetiva proteção de direitos que possua um ente – o Estado – direcionado a realizá-la (o que, vale observar, nem sempre resulta na certeza de que esse direcionamento será seguido da mesma forma para todos os segmentos sociais interessados), de modo que o não-cidadão é constantemente empurrado a limbos que se constituem de diferentes maneiras de acordo com o contexto político analisado. Butler também contempla a questão da legitimidade da violência de maneira semelhante à crítica Benjaminiana, atrelando-a às razões sancionadas pelo direito que, naturalmente, são as razões estatais: “se traça uma distinção entre violência legítima e ilegítima conforme os combatentes sejam ou não vinculados à Estados”. Realizar uma leitura contemporânea dos significados da violência em sentido político implica pensar sobre o terrorismo como nomenclatura utilizada de maneira oficial para deslegitimar toda “violência empregada por ou em nome de autoridades que são consideradas ilegítimas por Estados constituídos ou que, com efeito, ameaçam a hegemonia do próprio Estado-nação”; trata-se de uma das formas atuais mais contundentes para a observação do manejo da violência de acordo com interesses de Estado e de um poder que busca concentrá-la em si mesmo para garantir, consolidar e ampliar a própria existência. “O uso do termo ‘terrorismo’ serve, portanto, para deslegitimar certas formas de violência praticadas por entidades políticas não vinculadas a Estados e ao mesmo tempo para sancionar reações violentas por parte de Estados constituídos” (Butler, 2007, p. 225-229).

Butler questiona, por fim: “até que ponto o Estado-nação pode fundamentar nossas noções sobre o que é ‘humano’?” Sua conclusão, nessa matéria, é a de que a Convenção de Genebra codifica tal percepção, no sentido da humanidade reconhecida e respeitada por lei, como primordialmente pertencente ao Estado-nação, o que acaba por produzir a mesma ruptura discutida anteriormente: algumas vidas humanas são tratadas como tal, segundo as garantias juridicamente atreladas à categoria de humano, enquanto outras são, nesse sentido, desumanizadas, destinadas ao papel de “seres à margem do escopo da lei”, não por acaso ou em razão de a “civilização” buscar proteger-se de ameaças à normalidade e à ordem, mas porque essa é uma das táticas pelas quais a civilização ocidental pretende definir-se “em relação e por oposição a uma população compreendida, por definição, como ilegítima” (Butler, 2007, p. 230-231). Assim, a normalidade se define em função da exceção, como maneira de justificá-la publicamente, relegando, no mesmo movimento, vidas nuas expostas a uma violência sem lei aos espaços legalmente delimitados. A utilização de exemplos decisivos à descrição das condições e posturas antidemocráticas que convivem pacificamente dentro das democracias demonstra como a exceção constitui-se em técnica

de governo de modo a engendrar um amplo controle sobre vidas selecionadas, de modo que a “vida nua politizável” preceituada por Rancière não consegue, quando o poder anula quase que integralmente sua capacidade de reação e resistência e a confina ao espaço de detenção indefinida e não regida por regramento algum, encontrar esse suposto fundamento reversível que a transformaria em agente político: a ela, resta apenas a sujeição a uma violência amorfa, impune e abrigada pela democracia em seu funcionamento normal. Da mesma forma, se a violência perpetrada contra migrantes e refugiados ocorre do lado de “fora”, nas embarcações que não conseguem adentrar os limites territoriais dos Estados e têm seu resgate negado e coibido, ou se ocorre do lado de “dentro”, quando as populações são imediatamente relegadas à condição de não-cidadãos, dificilmente a vida nua se torna politizável e consegue organizar-se de maneiras autônomas – não se trata de reconhecer uma impossibilidade, mas de perceber que a exposição a toda espécie de risco e violência afasta de quaisquer instâncias reconhecidas de representatividade e proteção de direitos; ademais, tais formas autônomas de organizar-se são frequentemente demarcadas sob o signo da ilegitimidade.

Vidas sofrem, assim, explorações e exclusões decorrentes de conflitos, mecanismos e ideários políticos, e são revestidas, diante disso, de significação política; todavia, esse caráter adquirido frequentemente é insuficiente para elevá-las a uma condição de emancipação quando a anulação perpetrada é avassaladora, total – é possível pleitear direitos quando se está inserido no âmbito do direito, mas é quando não se está, ou melhor, quando se encontra em uma relação de exclusão inclusiva? Esta retorna, na forma de estribilho dos espaços excludentes, complementada por uma das leituras de Didi-Huberman acerca da decadência da experiência segundo Benjamin e Agamben: trata-se de “evocar o tempo presente como uma situação de apocalipse latente, onde nada mais parece estar em conflito, mas onde a destruição não deixa de fazer estragos nos corpos e nos espíritos de cada um” (Didi-Huberman, 2011, p. 74-75).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

### Por uma política das identidades?

É possível enxergar resolução, possibilidades de vida que não se articulem a partir de um eixo do “fazer sobreviver”, mas que sobrevivam para ultrapassar as ausências que são impostas pela aparente invencibilidade de um poder soberano que perpetua desigualdade e exclusão? Essa busca perpassa a consecução de direitos, o que, no caso dos refugiados, recai no problema de uma tutela que, como colocado por Agamben, acaba por tornar-se papel das polícias e das organizações humanitárias, de modo que repetidamente não chega a ser efetivada. A reivindicação por direitos é frequentemente articulada através de uma reivindicação alicerçada na pertença, na identidade compartilhada – mas o que fazer quando é negado todo pertencimento, quando o pertencimento implica perigo de morte e perseguição ou, ainda, quando não é possível a certa identidade conquistar agência e superar a marginalização engendrada pelas estruturas organizadas de poder, ou seja, pelo Estado? Na leitura de Agamben sobre partilhas identitárias e lutas nelas centradas, o interesse pelos processos de dessubjetivação é tão relevante quanto aqueles pelos de subjetivação. Para melhor explicar sua tese, o autor referênciava os processos trabalhados

por Foucault: “cada subjetivação implica a inserção em uma rede de relações de poder, nesse sentido uma microfísica do poder”. A dessubjetivação, por sua vez, alinha-se à transformação de dicotomias em bipolaridades para apresentar o sujeito como um campo de forças percorrido por duas tensões opostas – uma que vai até a subjetivação e outra que percorre a direção contrária –, e o sujeito “não é outra coisa que o resto, a não-consciência desses dois processos” (Agamben, 2006, p. 134-135).

Essa descrição leva o autor a uma colocação certamente controversa: “letal é, por outro lado, toda política das identidades, ainda que se trate da identidade do contestatário e a do dissidente” (Agamben, 2006, p. 135). Essa afirmação adquire mais sentido quando se leva em conta outro eixo da visão de Agamben cujos revérberos encontram-se por toda a sua teoria – trata-se de reconhecer a estrutura da exceção em todos os âmbitos do pensamento contemporâneo, particularmente o da linguagem, que também funciona de acordo com o mecanismo de exclusão inclusiva (Castro, 2012, p. 40). Assim, o processo de subjetivação, a política identitária dissonante cujo intento é articular resistência, se opera dentro de uma mesma gramática hegemônica e está sujeita a suas impossibilidades, desígnios e símbolos de poder e legitimação: uma gramática da exceção. O Estado é capaz de lidar com reivindicações identitárias que buscam se formular de maneira representável; consegue, discursiva e imagetivamente, absorver essas pautas e neutralizá-las ou convertê-las em mercadoria. Se singularidades quaisquer, por outro lado, refutam o anseio de pertencimento e desejam apropriar-se da pertença em si, redefinir o significado de pertencer – o que implica rejeição à ordem e retoma a afirmação de Hannah Arendt sobre os refugiados e apátridas representarem a vanguarda de seus povos –, configura-se uma ameaça com a qual o Estado não está disposto a compactuar (Agamben, 2013, p. 79).

Restam, então, as últimas questões: é possível acreditar no funcionamento de uma democracia que não seja modulada por uma soberania que produz vidas tratadas como descartáveis? E, se reconhecido o fracasso e a impossibilidade, é possível subtrair-se do direito? Como dar os primeiros passos à visualização do que seria uma política que vem, termo reiterado no pensamento Agambeniano? Trata-se, primeiro, de vê-la: Agamben reconhece que o direito é parte excessivamente essencial da cultura para que se possa subtrair-se dele, e procura, por isso, “substituir o paradigma da ação destinada a um fim pelo do gesto subtraído de toda finalidade” (Disponível em: <<https://lavrpalavra.com/2018/04/24/o-verdadeiro-karma-do-ocidente/>>. Acesso em: 14 de novembro de 2022). Gesto: gesticula-se em direção a outro mundo, outra forma de vida, aquilo que ainda não veio – um termo que, segundo Butler, é utilizado por Benjamin e Adorno para referir-se a tais momentos “paralisados, essas emissões que não são exatamente ações”, que se solidificam ou congelam em uma condição incompleta (Butler, 2013, p. 251). Essa incompletude justifica um “ainda não”, a impossibilidade de ver por enquanto, que pode parecer total ou irreversível quando o que se vê efetivamente são destruições e lacerações constantes – perdas pungentes, vidas afundadas, espaços vazios.

## REFERÊNCIAS

Agamben, Giorgio. *A comunidade que vem*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

Agamben, Giorgio. Aby Warburg and the nameless science. In: \_\_\_\_\_. *Potentialities*. Stanford: Stanford University Press, 1999. p. 89-103.

Agamben, Giorgio. Bataille e o Paradoxo da Soberania. Ilha de Santa Catarina: 2005. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/Outra/article/download/12583/11750>>. Acesso em: 16 de junho de 2019.

Agamben, Giorgio. Entrevista com Giorgio Agamben. *Revista do Departamento de Psicologia - UFF, Rio de Janeiro*, v. 18, n. 1, p. 131-136, 2006.

Agamben, Giorgio. *Homo Sacer II, 1. Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

Agamben, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. 1º Ed. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

Agamben, Giorgio. *Meios sem fim: Notas sobre a política*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

Agamben, Giorgio. *O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)*. São Paulo: Boitempo, 2008.

Agamben, Giorgio. *Signatura Rerum: sobre el método*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2009.

Arendt, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

Bello, Enzo; Bercovici, Gilberto; Lima, Martonio. O fim das ilusões constitucionais de 1988? *Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro*, vol. 10, n. 3, P. 1769-1811, 2019.

Benjamin, Walter. Sobre a crítica do poder como violência. In: \_\_\_\_\_. *O anjo da história*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

Benjamin, Walter. Sobre o conceito da História. In: \_\_\_\_\_. *O anjo da história*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

Bercovici, Gilberto. A expansão do estado de exceção: da garantia da Constituição à garantia do capitalismo. *Impactum – Coimbra University Press*: 2014. Disponível em: <[URI:http://hdl.handle.net/10316.2/39819](http://hdl.handle.net/10316.2/39819)>. Acesso em 19 de agosto de 2019.

Bercovici, Gilberto. A expansão do estado de exceção: da garantia da Constituição à garantia do capitalismo. *Impactum – Coimbra University Press*: 2014. Disponível em: <[URI:http://hdl.handle.net/10316.2/39819](http://hdl.handle.net/10316.2/39819)>. Acesso em 19 de agosto de 2019.

Bercovici, Gilberto. Carl Schmitt, O Estado Total e o Guardião da Constituição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo*, n. 1, 2003.

Bercovici, Gilberto. O estado de exceção económico e a periferia do capitalismo. *Impactum – Coimbra University Press*: 2005. Disponível em: <[URI:http://hdl.handle.net/10316.2/24875](http://hdl.handle.net/10316.2/24875)>. Acesso em 19 de agosto de 2019.

Bercovici, Gilberto. O estado de exceção económico e a periferia do capitalismo. *Impactum – Coimbra University Press*: 2005. Disponível em: <[URI:http://hdl.handle.net/10316.2/24875](http://hdl.handle.net/10316.2/24875)>. Acesso em 19 de agosto de 2019.



Butler, Judith. A quem pertence Kafka? Revista Terceira Margem, Rio de Janeiro, n. 28, p. 222-260, 2013.

Butler, Judith. O limbo de Guantánamo. Revista Novos Estudos - CEBRAP, n.77, p. 223-231, 2007.

Castro, Edgardo. Introdução a Giorgio Agamben: Uma arqueologia da potência. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012.

Didi-Huberman, Georges. Sobrevivência dos vaga-lumes. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

Foucault, Michel. Em defesa da sociedade. 4°. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Foucault, Michel. História da sexualidade I. A vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal; 1999.

Nancy, Jean-Luc. L'impératif catégorique. Paris, 1983. P. 149-150. Apud: Agamben, Giorgio. Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I. 1° Ed. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

Rancière, Jacques. A partilha da sensível: estética e política. São Paulo: Editora 34, 2005.

Rancière, Jacques. O ódio à democracia. 1° Ed. São Paulo: Boitempo, 2014.

Schmitt, Carl. Teología política. Barcelona: Trotta, 2009.

### **Sites consultados:**

Disponível em: <[https://www.eldiario.es/interferencias/democracia-representacion-Laclau-Ranciere\\_6\\_385721454.html](https://www.eldiario.es/interferencias/democracia-representacion-Laclau-Ranciere_6_385721454.html)>. Acesso em: 13 de outubro de 2019.

Disponível em: <<http://jcr.org/religioustheory/2017/02/06/philosophy-as-interdisciplinary-intensity-an-interview-with-giorgio-Agamben-antonio-gnolioido-govrin/>>. Acesso em: 11 de outubro de 2019).

Disponível em: <<http://www.critical-theory.com/wp-content/uploads/2013/06/Agamben-Arendt-letter.jpg>>. Acesso em: 11 de outubro de 2019.

Disponível em: <<https://anistia.org.br/sete-perguntas-sobre-os-refugiados-e-migrantes-que-estao-morrendo-mediterraneo/>>. Acesso em: 23 de outubro de 2019

Disponível em: <<https://egs.edu/faculty/giorgio-Agamben/>>. Acesso em: 11 de outubro de 2019.

Disponível em: <<https://lavrapalavra.com/2018/04/24/o-verdadeiro-karma-do-ocidente/>>. Acesso em: 7 de outubro de 2019.

Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-critica-multa-de-e1-milhao-para-barcos-que-resgataram-migrantes-no-mediterraneo/>>. Acesso em: 23 de outubro de 2019.

Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/italia-vai-multar-barcos-que-resgataram-refugiados-no-mar-23734603>>. Acesso em: 23 de outubro de 2019

## O clientelismo entre “táticas” e “estratégias”: os limites da democracia brasileira.

### *Clientelism between “tactics” and “strategies”: the limits of brazilian democracy.*

Rodrigo Galdino dos Santos

*Aluno do programa de Mestrado Acadêmico Interdisciplinar em História e Letras (MIHL) da Faculdade de Educação, Ciências e Letras do Sertão Central (FECLESC), campus da Universidade Estadual do Ceará (UECE) em Quixadá, CE.*

#### RESUMO

Este estudo aborda o fenômeno do clientelismo, uma forma de troca política baseada na “dádiva e no favor” entre dois sujeitos distintos, onde uma busca um serviço público inacessível e o outro detém o poder para conceder esse acesso (SEIBEL E OLIVEIRA, 2006). Focando nas eleições de 2020 no município cearense de Itapiúna e nas ações do médico e político local Felisberto Clementino, o artigo destaca que o clientelismo relacionado aos serviços de saúde é uma das modalidades mais recorrentes no Brasil e aborda o clientelismo como “táticas” da população e “estratégias” do político (CERTEAU, 1998). As “táticas” são ações criativas e improvisadas utilizadas pelas pessoas comuns para contornar as limitações do sistema público de saúde. Já as “estratégias” do político envolve a oferta de ajuda que resulta em apoio político, o que pode enfraquecer a autonomia do eleitor.

**Palavras-chave:** clientelismo. assistencialismo. serviços de saúde.

#### ABSTRACT

This study addresses the phenomenon of clientelism, a form of political exchange based on “gifts and favors” between two distinct subjects, where one seeks an inaccessible public service and the other holds the power to grant such access (SEIBEL E OLIVEIRA, 2006). Focusing on the 2020 elections in the municipality of Itapiúna, in the state of Ceará, and the actions of the local doctor and politician Felisberto Clementino, the article highlights that clientelism related to healthcare services is one of the most recurrent modalities in Brazil and discusses clientelism as “tactics” of the population and “strategies” of politicians (CERTEAU, 1998). “Tactics” are creative and improvised actions used by common people to circumvent the limitations of the public healthcare system. On the other hand, the po-



litician's "strategies" involve offering help that results in political support, which may weaken the autonomy of the electorate.

**Keywords:** clientelism. assistentialism. healthcare services.

## INTRODUÇÃO

A democracia que tem sido experimentada no Brasil desde o processo de redemocratização, no final da década de 1980, é considerada por muitos como a conquista mais importante de nossa história. A Constituição promulgada em 1988 é conhecida como "cidadã", pois nela estão previstos avanços sociais e eleitorais sem precedentes no país.

A repercussão negativa dos atos de extrema-direita ocorridos em Brasília em 8 de janeiro de 2023 ilustra claramente o significado dessa Constituição para os brasileiros. Após o caótico domingo na capital federal, onde indivíduos vestidos de verde e amarelo invadiram e danificaram as sedes dos poderes judiciário, executivo e legislativo, a maioria dos veículos de imprensa, com algumas exceções, defendeu a democracia e repudiou o episódio como um ato golpista e terrorista.

No entanto, é necessário esclarecer que, embora seja menos autoritária, violenta e excludente em comparação com seus predecessores, a república iniciada em 1988 ainda pode preservar algumas dessas características de certa forma. A desigualdade social acentuada persiste no país até hoje, resultando em situações que prejudicam o exercício verdadeiramente livre e consciente do voto. Embora seja considerado um instrumento poderoso para mudanças sociais por muitos, o voto frequentemente é transformado em moeda de troca clientelista entre políticos e eleitores.

Relacionado a isso, o clientelismo é caracterizado como uma forma de troca política baseada na "dádiva e no favor", criando uma relação de dependência entre duas partes. De um lado, aqueles que buscam serviços públicos inacessíveis ou não diretamente disponíveis; do outro, aqueles que detêm o poder para conceder ou influenciar esse acesso (SEIBEL; OLIVEIRA, 2016).

Nesse contexto, uma análise será realizada a partir das eleições de 2020 em Itapiúna, município localizado na Microrregião cearense do Maciço de Baturité, a aproximadamente 120 km da capital Fortaleza, e com uma população de menos de 18 mil habitantes, conforme o censo demográfico de 2022 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Durante o processo eleitoral de 2020, o clientelismo se tornou mais evidente no município devido às restrições sanitárias impostas pela pandemia de coronavírus, que proibiram comícios e visitas domiciliares de políticos. Nesse cenário, a plataforma do Facebook desempenhou um papel crucial tanto para candidatos quanto para eleitores. No meio das discussões e debates eleitorais, as mensagens de agradecimento dos eleitores pelos serviços de saúde prestados pelo médico e ex-prefeito da cidade, Felisberto Clementino, que atuou como cabo eleitoral do candidato a prefeito vencedor, se destacaram.

Portanto, o presente estudo tem como objetivo explorar a dinâmica do clientelismo em Itapiúna, especialmente na área da saúde, e, em diálogo com Michel de Certeau, analisar

como essa prática política se manifesta como “táticas” da população e como “estratégias” dos políticos (CERTEAU, 1998). Compreender esses aspectos é fundamental para uma análise abrangente do fenômeno do clientelismo e suas implicações nas políticas públicas e na vida política da sociedade.

## A PERSISTÊNCIA DO CLIENTELISMO NA POLÍTICA BRASILEIRA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CASO DE ITAPIÚNA NAS ELEIÇÕES DE 2020

O clientelismo é um fenômeno amplamente discutido no meio acadêmico devido à sua relevância histórica e contemporânea. Diversos estudos têm abordado diferentes tipos de clientelismo, envolvendo uma variedade de sujeitos históricos. Essa diversidade de abordagens resulta em múltiplas definições para identificar essa prática política que, apesar de ter origem no Brasil colonial, ainda persiste em nossos dias.

Diante desse contexto, no presente estudo, será adotada a definição proposta por Seibel e Oliveira (2006). Segundo eles, o clientelismo é uma forma de troca política baseada na lógica da “dádiva e do favor” que ocorre entre dois sujeitos distintos. De um lado, temos aquele que busca um serviço público inacessível pelo mercado ou que não possui acesso direto a ele. Por outro lado, temos o sujeito que detém o poder de conceder ou influenciar a obtenção desse serviço público. Essa dinâmica estabelece uma relação de dependência em que o favor político é oferecido em troca do acesso ao serviço desejado. Essa descrição enfatiza a existência de uma assimetria de poder no clientelismo e evidencia como os recursos públicos são utilizados como instrumentos de controle e influência política (SEIBEL; OLIVEIRA, 2016).

Em Itapiúna, essa delicada situação pôde ser observada de forma mais clara durante o processo eleitoral de 2020. Na ocasião, devido às restrições sanitárias decorrentes da pandemia de coronavírus, a eleição foi adiada para novembro e as campanhas eleitorais tradicionais, com comícios e visitas de políticos às residências dos eleitores, foram proibidas. Foi nesse contexto que o Facebook, principalmente, se tornou uma ferramenta crucial tanto para os candidatos quanto para os eleitores.

Entre as diversas discussões e debates sobre os mais variados temas relacionados àquela eleição, destacaram-se as inúmeras mensagens de agradecimento de eleitores pelos serviços de saúde prestados, tanto no âmbito público quanto privado, pelo médico e ex-prefeito da cidade (2005-2012), Felisberto Clementino, que foi uma espécie de cabo eleitoral do candidato a prefeito que saiu vencedor daquele pleito. Em um vídeo de agradecimento que circulou nas redes sociais após a vitória desse candidato, “Dr. Felisberto”, como é conhecido, afirmou ser “o elo entre as necessidades de todos os municípios e os serviços oferecidos pela administração”<sup>1</sup>.

A fala mencionada evidencia a relação de dependência e troca política característica do clientelismo. Essa dinâmica pode fortalecer a assimetria de poder e o uso dos recursos públicos como instrumentos de controle e influência política, o que prejudica a eficiência

<sup>1</sup> “Sinto-me na obrigação de ser o elo entre a necessidade de todos os municípios e os serviços que a administração oferece, e de fazer cumprir as reivindicações do que se refere à saúde e ao social [...] um abraço e, em breve, agradecerei pessoalmente” (FELISBERTO CLEMENTINO).

na alocação desses recursos e a promoção de políticas sociais equitativas, uma vez que sua distribuição se baseia em critérios políticos e pessoais, em detrimento de critérios técnicos — seletividade que acaba se tornando um obstáculo para a definição da agenda das políticas sociais, uma vez que exclui grupos vulneráveis do acesso à proteção social (SEIBEL; OLIVEIRA, 2016).

## Clientelismo nos serviços de saúde

O clientelismo pode ocorrer de várias formas, desde nomeações a cargos na administração pública até a oferta de auxílios financeiros, cestas básicas, isenção de impostos, materiais de construção, entre outros. Além desses, o clientelismo envolvendo serviços de saúde é uma das modalidades mais recorrentes no Brasil. O transporte de pacientes enfermos em veículos particulares, o encaminhamento para cirurgias e a oferta de medicamentos, consultas e exames, todos relacionados à contrapartida do voto ou do apoio político, são alguns exemplos (VIEIRA, 2002).

No Brasil, remontando ao passado, o campo da saúde sempre foi marcado por vulnerabilidades. Durante um longo período, para quem não fosse dotado de uma dada condição financeira, receber cuidados médicos só era possível através de serviços filantrópicos. Esse cenário só mudou depois da implantação do Sistema Único de Saúde (SUS) no país, em 1988, o mesmo que ainda hoje garante o acesso gratuito a serviços de saúde para todos os cidadãos brasileiros (VIEIRA, 2002).

No entanto, infelizmente o SUS apresenta algumas limitações. As principais são as relacionadas à oferta de “procedimentos clínicos e cirúrgicos, tratamentos e exames”, e à “falta de leitos em enfermarias e em Unidades de Terapia Intensiva (UTI)” (SOUZA *et al.*, 2011, p. 69).

Além disso, outra questão preocupante e que vai em sentido contrário à essência democrática do SUS é a intermediação entre a população e a oferta dos já precários serviços oferecidos pelo sistema. Hiato em que se destacam as atuações de políticos que, por agirem de maneira clientelista, acabam negando automaticamente o direito universal à saúde assegurado pela Constituição de 1988 a todos os cidadãos brasileiros. Muitos, em vez de lutar em prol do fortalecimento das instituições que promovem a saúde pública no país, aproveitam as suas falhas e limitações para barganhar votos e apoio político de eleitores pobres, oferecendo-lhes, em troca, de maneira particular, serviços desde o deslocamento a unidades hospitalares até a obtenção de exames, medicamentos, tratamentos, entre outros (VIEIRA, 2002).

Ademais, a conexão íntima entre o clientelismo e os serviços de saúde pode ser identificada adicionalmente por meio do fenômeno de médicos conquistarem posições políticas, como as de prefeito, bastante frequente especialmente em pequenos municípios do interior do país. A razão subjacente a isso, por sua vez, relaciona-se ao fato de os habitantes dessas localidades, diante de recursos financeiros escassos, limitações do sistema público de saúde e enfermidades que os acometem e os debilitam, perceberem nesses profissionais não apenas um vínculo estritamente médico-paciente, mas também laços de afetividade, sobretudo quando esses, de fato, conseguem salvar vidas (ARAÚJO, 2010).

No entanto, para além de todas essas questões, o clientelismo deve ser pensado não somente como “estratégias” do político para conquistar simpatia e, posteriormente, votos, mas também como “táticas” do eleitor.

Enquanto por um lado, as “estratégias” referem-se a formas de poder institucionalizadas e aplicadas por grandes organizações, instituições governamentais, corporações e outros atores dominantes na sociedade, além de serem estabelecidas a partir de uma posição de poder, seguindo uma lógica racional, com a intenção de alcançar resultados específicos e projetadas para controlar, governar e moldar o comportamento das pessoas dentro de uma determinada estrutura ou sistema (CERTEAU, 1998).

Por outro lado, as “táticas” são ações criativas, improvisadas e muitas vezes invisíveis realizadas pelos indivíduos no cotidiano. Elas são utilizadas para contornar, subverter e resistir às “estratégias” mencionadas anteriormente. As “táticas” surgem como uma forma de aproveitar brechas, espaços de manobra e oportunidades deixadas em aberto pelas “estratégias”. São adotadas pelos indivíduos que possuem menos poder e autonomia, permitindo-lhes alcançar seus objetivos e satisfazer suas necessidades de maneiras não controladas ou reguladas pelas “estratégias” institucionais (CERTEAU, 1998).

## A política assistencialista de “Dr. Felisberto” em Itapiúna

A assistência social, conforme destacado por Potrich (2021), é uma política pública que tem como objetivo assegurar direitos sociais e proteção social aos cidadãos em situação de vulnerabilidade. Por outro lado, o assistencialismo é uma prática que se baseia na doação de ajuda ou auxílio a pessoas em condições de pobreza ou necessidade, mas sem a devida garantia de direitos e sem ações que visem à sua autonomia e emancipação. Embora possa haver confusão entre assistência social e assistencialismo, é importante ressaltar que este último não se configura como uma política pública estruturada e efetiva.

No assistencialismo, a pessoa que recebe a ajuda se torna devedora do favor recebido, o que contribui para a manutenção de uma relação de dependência e submissão entre o doador e o receptor. Tal dinâmica pode enfraquecer a autonomia e a capacidade de organização das pessoas em situação de vulnerabilidade e fomentar, assim, a perpetuação de práticas clientelistas (POTRICH, 2021).

## O clientelismo como “táticas” da população

Apesar disso, não significa que a parte cliente<sup>2</sup> seja passiva ou dócil. Pelo contrário, apesar de ocupar posições sociais inferiores, essas práticas não devem ser vistas como uma imposição de cima para baixo, mas também como “táticas” utilizadas pelas pessoas comuns para contornar dificuldades provocadas pelas desigualdades sociais e precariedades das políticas de assistência social, como as relacionadas à saúde.

Em relação a isso, durante uma entrevista realizada em 2021, Maria das Graças destacou que, para realizar exames que custam valores elevados, “como seiscentos ou oitocentos reais”, por exemplo, “se você não tiver amigo ou dinheiro você não faz”<sup>3</sup>. Essa situação evidencia que, para ter acesso a esses e a outros serviços de saúde, a

<sup>2</sup> Isto é, a parte da relação clientelista que recebe um benefício em troca de voto ou apoio político.

<sup>3</sup> A entrevista foi realizada em junho de 2021 e na época Maria das Graças (nome fictício) tinha 64 anos de idade.

alternativa para muitos no município é recorrer ao atendimento do “Dr. Felisberto”. Conforme mencionado por Teresa Cristina no Facebook, “muito além da politicagem ele está sempre atendendo a todos que buscam seus serviços”<sup>4</sup>.

Fernanda Pereira, por sua vez, também em um comentário no Facebook, lembrou de um episódio no qual o seu filho, devido à precariedade dos serviços prestados pelo hospital municipal de Itapiúna, acabou tendo de recorrer aos cuidados de “Dr. Felisberto”.

Meu filho adoeceu e chegamos no Hospital de Itapiúna e não tinha médico, meu filho com 39 de febre e de imediato nos dirigimos para a casa do [Felisberto] e isso, lembro-me bem, de 01 hora da manhã, e ele nos atendeu muito bem, tanto ele como a esposa.<sup>5</sup>

No episódio relatado, observa-se que, apesar da dificuldade provocada pela doença de seu filho e agravada pela falta de médico no hospital local, a testemunha acabou recorrendo ao “Dr. Felisberto”, que, por sua vez, atendeu a uma necessidade de modo pessoal quando esta deveria ter sido suprida de forma impessoal pelo serviço público. Nesse caso, mesmo em uma posição inferior, a parte cliente buscou “táticas” para contornar as limitações e falhas do sistema público de saúde.

Apesar de essas “táticas” não resolverem os problemas estruturais do sistema de saúde itapiunense, uma vez que apenas oferecem uma solução temporária e limitada para as dificuldades enfrentadas, isso mostra que as pessoas comuns não são totalmente passíveis e, à sua maneira, procuram se adaptar através de alternativas para essas e outras dificuldades que, por sua vez, podem ser consideradas formas de resistência e expressão da individualidade dentro de estruturas sociais mais abrangentes. O cotidiano se revela um terreno fértil para a criatividade, a inventividade e a liberdade individual, mesmo diante das limitações e restrições impostas pelas instituições e estruturas de poder (CERTEAU, 1998).

### O clientelismo como “estratégia” do político

Se, por um lado, o clientelismo pode ser visto como uma expressão de resistência da população pobre, por outro, é também entendido como “estratégia” de cooptação política, uma vez que da ajuda oferecida pode resultar apoio político. Maria das Graças lembrou-me que muitas vezes as pessoas “nem vão com a cara” de algum candidato, mas votam se ele for apoiado por “Dr. Felisberto”. Foi o que aconteceu, por exemplo, com o seu marido, que “nunca nem viu o Dário Coelho”, o candidato apoiado pelo ex-prefeito nas eleições de 2020, mas mesmo assim “teve o prazer de ir de cadeira de rodas para votar” nele. Isso porque, quando acometido por problemas de saúde, recebeu um tratamento especial de Felisberto, que o acompanhou de perto.

Nesse mesmo sentido, durante uma discussão no Facebook, Fernanda Pereira não só lembrou da gratidão que sente pelo “Dr. Felisberto”, por ele ter curado o seu filho, como também elencou características pessoais e profissionais do médico, como o zelo pela vida, o amor pelo que faz e o tratamento igual com pobres e ricos:

Tenho um carinho e admiração tão grande por [Felisberto], [...] uma pessoa que zela pela vida, que ama o que faz e que acima de tudo atende pobre e ricos da mesma forma. Se não fosse [ele] [...], meu filho até hoje vivia doente [...] eu sou grata a ele

<sup>4</sup> Teresa Cristina (nome fictício para preservar a identidade da pessoa).

<sup>5</sup> Fernanda Pereira (nome fictício para preservar a identidade da pessoa).

pro resto da vida [...] Estamos juntos sempre Doutor Felisberto. #Fechada\_Com\_Dário\_15

A forma como ela finaliza o comentário (“#Fechado\_Com\_Dário\_15”), no entanto, dando a entender que votaria no candidato a prefeito apoiado pelo “Dr. Felisberto”, denuncia que isso seria para agradecer pelo médico ser “uma pessoa que zela pela vida, que ama o que faz e que, acima de tudo, atende pobres e ricos da mesma forma” e por ter curado o seu filho. Assim, percebe-se que a imagem política de Felisberto é construída a partir de algumas características de sua personalidade e sua vida privada.

O voto em Dário Coelho é motivado, primeiro, pela gratidão ao “doutor”, antes de qualquer convicção política formulada pelos eleitores sobre o candidato. Nesses termos, o voto, uma das poucas “riquezas” que possuem, acaba sendo o único meio capaz de “pagar” pela atenção, preocupação, prestatividade, dedicação e zelo recebidos do médico.

Atualmente, resido em outro estado, mas enquanto o [Felisberto] [...] estiver envolvido em política e eu vendo que ele está do lado de quem realmente trabalha pela população itapiunense eu votarei aí com certeza. Minha vó sempre dizia pra [...] votar no Lado do Doutor (FERNANDA PEREIRA).

Portanto, numa espécie de persuasão indireta, geralmente, quem recebe algum benefício do “Dr. Felisberto” entende que seja de seu interesse ou uma espécie de obrigação moral votar de acordo com ele (CHAVES, 2014). Dessa forma, em um comportamento recíproco, da ajuda brota a gratidão e da gratidão, a fidelidade política (LENARDÃO, 2006).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise realizada, fica evidente que o clientelismo é um fenômeno complexo e multifacetado que permeia a política brasileira, revelando-se como um desafio persistente para a efetivação de políticas sociais equitativas e a promoção da igualdade de acesso aos serviços públicos. A definição adotada neste estudo, proposta por Seibel e Oliveira (2006), destaca a dinâmica de troca política baseada na “dívida e do favor”, que estabelece uma relação de dependência entre os atores envolvidos, com o uso dos recursos públicos como instrumentos de controle e influência política.

Ao observar a experiência de Itapiúna durante o processo eleitoral de 2020, percebe-se que o médico e ex-prefeito da cidade, Felisberto Clementino, emergiu como uma figura central, atuando como cabo eleitoral do candidato a prefeito vencedor e sendo amplamente reconhecido pelos serviços de saúde prestados, tanto no âmbito público quanto privado. Esse reconhecimento reforça a dinâmica do clientelismo, na qual a troca política de favores e benefícios é evidente.

Contudo, é importante ressaltar que o clientelismo não é simplesmente uma imposição de cima para baixo, mas também se manifesta como uma tática utilizada pela população para contornar as limitações do sistema público de saúde. As “táticas” (CERTEAU, 1998) dos eleitores, ao buscar soluções para suas necessidades, apesar de temporárias, demonstram a capacidade de adaptação e resistência diante das desigualdades sociais e precariedades dos serviços públicos.



Essa dinâmica clientelista, embora possa parecer uma solução individual em determinado momento, tem implicações mais amplas para a sociedade. O uso dos recursos públicos como moeda de troca para favores políticos resulta em uma alocação ineficiente desses recursos, além de perpetuar a assimetria de poder e a exclusão de grupos vulneráveis do acesso à proteção social. Isso representa um desafio para a construção de políticas públicas mais justas e igualitárias.

Portanto, urge a necessidade de uma reflexão profunda sobre as práticas políticas clientelistas e seus impactos na sociedade. A busca por mecanismos que reduzam as assimetrias de poder, promovam a transparência e fortaleçam as instituições democráticas é fundamental para a consolidação de uma política mais inclusiva e participativa.

Compreender o clientelismo como um fenômeno complexo e multifacetado é, portanto, essencial para enfrentar seus desafios e buscar soluções que promovam a justiça social e a igualdade de oportunidades para todos os cidadãos. Somente assim poderemos avançar rumo a uma sociedade mais justa, democrática e solidária, na qual as políticas públicas sejam orientadas pelo interesse coletivo e não por interesses políticos particulares.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Maria das Graças de. Trajetórias de formação e profissionalização de professoras leigas do Município de Itapiúna/Ce. 2010. 164f. Dissertação (Mestrado em Educação) - Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Educação, Programa de Pós-Graduação em Educação Brasileira, Fortaleza-CE, 2010.
- CERTEAU, Michel de. A invenção do cotidiano: artes de fazer. Tradução: Ephraim Ferreira Alves. 3ª Edição, Petrópolis: vozes, 1998.
- CHAVES, Cintya. A elite política e o poder local cearense em questão: estratégias e discursos para novos espaços de atuação (1934-1974). 2014. 173 f. Dissertação (Mestrado Acadêmico em História) - Universidade Estadual do Ceará, 2014. Disponível em: <http://siduece.uece.br/siduece/trabalhoAcademicoPublico.jsf?id=84944>. Acesso em: 2 jan. 2022.
- LENARDÃO, Elsio. O clientelismo político no Brasil contemporâneo: algumas razões de sua sobrevivência. 2006. 181 f. Tese (doutorado) - Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências e Letras, 2006. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/106281>. Acesso em: jan. 2022.
- POTRICH, M. Clientelismo e Assistencialismo: a tradição da assistência social no Brasil. Revista Vernáculo, Curitiba, v. 1, n. 48, p. 7-19, jan. 2021. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/vernaculo/article/view/78764>. Acesso em: 26 mai. 2022.
- SEIBEL, E; OLIVEIRA, H. Clientelismo e seletividade: desafios às políticas sociais. Revista de Ciências Humanas, Florianópolis, v. 1, n. 39, p. 135-145, abr. 2006.
- SOUZA, F. M. de. *et al.* Sistema Único de Saúde (SUS): limites, possibilidades e interesses revelados pela mídia capixaba. Revista Brasileira De Pesquisa Em Saúde, Vitória, v. 13, n. 1, p. 67-72, jan. 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/rbps/article/view/1332>. Acesso em: 2 dez. 2021.
- VIEIRA, Ana Cristina. Clientelismo e serviço de saúde. Revista Políticas públicas, São Luís/ Maranhão, v. 6, n. 1, p. 9-40, jan. 2002.

## A síndrome da alienação parental e a aplicabilidade da Lei 12.318/10: Seria uma lei capaz de modificar uma problemática tão antiga?

Faelem da Silva Nascimento

*Bacharela em Direito pela Christus Faculdade do Piauí (2016). Advogada inscrita nos quadros da OAB/PI. Especialista em Advocacia Cível pela Fundação Escola do Ministério Público – FMP/RS (2023). Aluna especial do programa de pós-graduação em políticas públicas da Universidade Federal do Piauí. Mestranda em Direito pela Universidad Europea Del Atlantico.*

### RESUMO

O presente tema, vêm discutir a aplicabilidade da Lei 12.318/2010. Os objetivos são demonstrar como a “SAP” ocorre, analisar como a Lei atua e identificar a eficácia das sanções diante de sua aplicabilidade. A metodologia empregada foi pesquisa bibliográfica e de dados. Por fim, percebeu-se que a Lei carece de modificações e que a mesma deve ser modificada em razão de sua obscuridade, definindo prazos menores, multas razoáveis, e um acompanhamento profissional, de todos os envolvidos no caso, buscando o rápido estabelecimento da família e harmonização dos laços afetivos.

**Palavras-chave:** “SAP”. lei. família. aplicabilidade.

### ABSTRACT

This theme, come discuss the applicability of Law 12.318 / 2010. The objectives are to demonstrate how the “SAP” occurs, analyzing how the law operates and identify the effectiveness of sanctions on its applicability. The methodology used was literature and data. Finally, it was noted that the law needs changes, and that it should be modified because of its obscurity, setting lower limits, reasonable fines, and a professional monitoring of all involved in the case, looking for the rapid establishment of family and harmonization of emotional ties.

**Keywords:** “SAP”. law. family. applicability.



## INTRODUÇÃO

O tema deste estudo consiste em analisar de forma profunda: “A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL E A APLICABILIDADE DA LEI 12.318/10: SERIA UMA LEI CAPAZ DE MODIFICAR UMA PROBLEMÁTICA TÃO ANTIGA?”. O presente trabalho, portanto, tem como objetivo principal demonstrar os efeitos da Alienação Parental na criança de hoje e no adulto de amanhã, bem como estudar como a lei em comento pode modificar essa problemática ou solucioná-la.

Em verdade, diante do problema em si, a eficácia da lei torna-se a chave principal para que se erradique a prática ou que pelo menos cause-se uma diminuição dos índices alarmantes de “SAP” nas crianças brasileiras.

Nessa esteira, este trabalho possui como objetivos específicos: demonstrar os efeitos da “SAP” no âmbito familiar; descrever a forma como tal síndrome também pode atingir o genitor causador de todo o problema e a criança vítima; analisar a forma como a lei trabalha diante do problema e se há eficácia diante das sanções que a lei impõe àqueles que praticam Alienação Parental.

Segundo a cartilha criada pelo TJMT: “a Alienação Parental é considerada um ato de interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.” (2014, *apud* NUNES, 2015, p. 46-54).

Outrossim, há novos relatos de alienação parental com o idoso, ocorre geralmente quando este possui vários filhos. Este novo modelo da SAP é ainda mais delicado visto que se trata de uma pessoa já fragilizada. Ademais, tenha-se presente que a alienação parental contra o idoso é geralmente causada pelo seu curador, que tenta a qualquer custo o afastar de seus familiares e isolá-lo.

Diante desse modelo relatado por Cristiano Chaves, surgem novas famílias, compostas de núcleos diferenciados, e nem sempre os pais estão juntos. Com efeito, diante de uma separação os pais querem que o próprio filho compartilhe também de suas frustrações, surgindo então a Alienação Parental, cujo primeiro relato científico ocorreu através do psiquiatra Richard Gardner, em meados de 1980.

Ocorre que a alienação parental no âmbito familiar é uma questão indubitavelmente delicada pois se trata não só de um conflito, mas sim de uma distorção psicológica que é realizada na mente do menor.

Há casos em que a criança toma total aversão ao alienado, tal qual conceitua Gardner, quando fala que a alienação parental é um distúrbio que acomete uma criança que escuta continuamente a mesma história. Na realidade, cria-se, um sentimento de repulsa a um dos pais sem justificativa, devido a uma combinação de fatores, inclusive uma “pregação” diária pelo outro progenitor, sendo quase uma exclusiva disputa da custódia do menor e as tentativas da própria criança denegrir um dos pais.

De fato, é geralmente isso que ocorre em casos de alienação parental: o menor cria aversão pelo cônjuge alienado, e passa a achar que tudo que é dito pelo alienador é verdade. É inegável que se torna uma situação extremamente vexatória, quando se cria dentro de uma família situações de alienação parental. Até porque o relacionamento fica complicado: cria-se um ambiente de extremo conflito de modo que alienante e alienado tornam-se rivais.

Do exposto, de plano, pode-se asseverar que se trata de uma pesquisa de grande relevância para o mundo jurídico, bem como para sociedade como um todo. A saber, considerada a alienação parental um problema delicado que vem assolando as famílias brasileiras praticamente como um todo. Além disto, novos núcleos familiares vêm se constituindo com o passar dos tempos e cada vez mais crianças, frutos de relacionamentos frustrados, vêm sendo vítimas da síndrome.

O presente trabalho é dividido em três capítulos, onde cada um trata de uma problemática acerca do tema. Assim, o primeiro capítulo refere-se ao conceito de alienação parental e o advento da lei 12.318/2010; o segundo capítulo conta com a análise da “Síndrome da Alienação Parental no âmbito familiar e seus impactos”; e, por fim, o terceiro trata da aplicabilidade da lei 12.318/2010 nos casos de alienação parental e seus efeitos diante do problema.

Registre-se que diante da nova sociedade que surgiu, onde cada vez mais há a presença do divórcio e separações e crianças ficam no meio do conflito entre pais e responsáveis “A Síndrome da Alienação Parental” tornou-se tema bastante batido no meio social e jurídico, ganhando até mesmo uma lei para coibir as práticas abusivas de alienação parental cometidas pelos pais.

Nesse contexto, a lei 12.318/2010 veio diante dos altos índices de “SAP” que vinham ocorrendo em menores que passaram a sofrer algum trauma após separação dos pais ou morte de um deles, passando a ficar na guarda de um, e sofrendo coações do mesmo para que não se aproxime de algum outro membro da família. Diante de tal situação, tornou-se imperioso estudar esse assunto.

Registre-se ainda: este trabalho tem como principal questão norteadora a pergunta: Como uma lei, composta de artigos e sanções poderá solucionar um problema que vem há décadas assombrando famílias e gerações atingidas por um problema tão delicado.

## **A ALIENAÇÃO PARENTAL NO ÂMBITO FAMILIAR**

### **Conceito de Família**

Para se conceituar alienação parental, é necessário antes de tudo, conhecer o que é família. Nesse sentido, de acordo com a Constituição Federal de 1967, esta trazia no seu artigo 167 que família era uma instituição constituída pelo casamento, a qual possuía direito à proteção dos Poderes Públicos. Tal conceito, de forma até mesmo discriminatória, dava a ideia de que família era apenas aquela constituída pelo casamento, desprezando aquelas advindas de união estáveis, portanto, não reconhecidas publicamente.

De forma diferente, a Constituição Federal de 1988, nossa atual Carta Magna, trouxe um novo conceito de família, destoando da ideia que foi publicada na Constituição de 1967. Em seu artigo 226 define que: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”, e em seu parágrafo 4º a seguinte disposição: “§4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos seus pais ou descendentes.”

Diante de nossa mutação social, seria impossível a ideia que família é apenas um núcleo composto por seres que constituíram um casamento. Ora, atualmente o que há de mais comum em nosso meio são núcleos familiares compostos de apenas um dos pais e seus filhos, ou pais do mesmo sexo e seus filhos, ou ainda de pessoas que não são nem pai e nem mãe, mas que cumprem tal papel que podem ser definidos como tal. Portanto, conclui-se que o principal constituinte de uma família é o afeto e as relações que advém deste, e não apenas a ideia de que uma família apenas seria composta por entes casados e seus filhos.

Em variados casos, a alienação pode não ser cometida somente pelos genitores do menor. Tanto quer esta pode ser realizada até pelos avós, que muitas vezes desejam disputar o amor do neto com os pais e passam a “conquistar” a criança com presentes.

Nesse diapasão, Gardner considera em sua obra as mães como as maiores alienantes. Para ele, na maioria dos casos identificados, os pais relatavam que as mães eram culpadas pelos seus filhos não desejarem mais vê-los. Por sua vez, grupos feministas criticam a síndrome, em preocupação com os casos que ex-companheiros acusem as genitoras de alienação parental em tom de vingança pelas mesmas terem colocado um fim na relação. Gardner, em contrapartida, deixou claro que a “SAP” só teria aplicabilidade nos casos que não existia abuso real, ou não fosse identificada negligência, porém, em 1998, notou-se que o aumento da conscientização da existência da “SAP” e seus impactos haviam influenciado negativamente o seu mal-emprego em manobras legais.

## A Síndrome da Alienação Parental

É imperioso ponderar que, atualmente, o que se há de mais comum são crianças vivenciando o instituto da guarda-compartilhada, vivendo apenas com um dos pais na mesma residência e convivendo com o outro esporadicamente.

Ocorre que, muitas vezes, uma criança nem chegou a conviver com o seu outro genitor por ser fruto de uma relação temporária, onde não deu certo a convivência entre seus pais. Por conta disto, ela ficou morando apenas com seu pai ou mãe, e acabou por não conhecer tão bem o outro. É exatamente aí que reside o problema: um genitor, por não desejar a proximidade do filho com o outro, por não querer afeto entre ambos, decide, muitas vezes de forma inconsciente, afastar o filho de seu genitor, utilizando do meio torpe que é a prática de alienação parental.

O conceito de Alienação Parental, segundo Içami Tiba (2011) é “a destruição de um dos pais pelo seu complementar junto aos filhos. É um grande problema familiar que costuma permanecer mesmo após a separação conjugal.” É fatídico e notório que na Alienação Parental os cônjuges destroem a imagem do outro para o menor. Diga-se mais: é uma tentativa cruel de ter a atenção do dele somente para si e querendo “vingar-se”

daquele por quem nutre um sentimento de mágoa ou ódio.

Nesse ponto de discussão, a problemática tem sido ponto principal de conflitos familiares, entre os genitores e/ou responsáveis pelo menor e a questão tem sido figura constante no Judiciário. Como se verá no prosseguimento deste trabalho, várias jurisprudências já se baseiam no conteúdo da referida Lei. Aqui, cumpre registrar o que é de relevante observância são os impactos que uma sanção ao genitor alienador e que favoreça genitor alienado possa causar no psicológico da vítima. Vítima essa que já se encontra alienada e poderá sentir ainda mais repulsa contra o genitor alienado.

Para entender melhor esse fenômeno, tem-se uma análise do termo proposto por Richard Gardner (2002, p.254 *apud* VIEGAS, 2011, p. 2):

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável.

Segundo os estudos, a criança já vítima da Alienação Parental, irá apresentar sintomas característicos, onde é possível perceber: atitudes que se assemelhem a encenações na presença do genitor alienado, apoiar veementemente as atitudes do alienador, ausência de ambivalência, utilização de termos depreciativos para com o alienado, falta de empatia diante das atitudes cruéis que o mesmo realize contra o alienado, dentre outras. Percebendo isso, fica nítida a presença da alienação parental no psicológico do menor, o que torna o diagnóstico fácil, pois, diante das circunstâncias e em sua maioria, a criança oscila de um comportamento doce e amável para hostil e cruel.

Diante da análise do conceito criado por Gardner, tem-se a dimensão do problema da Síndrome da Alienação Parental, bem como se encontra a questão de como a lei criada em nosso país pode resolver o problema ou até mesmo piorá-lo, a tal ponto de causar problemas psicológicos no menor alienado.

## **Genitor Alienador e Genitor Alienado**

É cediço que a Alienação Parental é um abuso psicológico que se caracteriza por uma conjuntura de práticas reiteradas cometidas por um dos genitores. Este, denominando alienador, possui a capacidade de conseguir mudar a consciência do menor na tentativa de manipulá-lo contra o outro genitor, este denominado alienado. Tal prática possui dentro do seu núcleo as intenções de impedir, destruir vínculos afetivos entre o menor e o genitor alienado, dificultar o contato entre ambos, sem haver qualquer motivo real e consistente para que se realize tal prática.

Cabe explicitar que a prática da alienação parental não é cometida somente por genitores. Sim, ela pode ser realizada por quaisquer dos responsáveis pelo menor que tenham a mesma intenção, qual seja, de proibir, atrapalhar, dificultar o relacionamento do menor com o genitor alienado. Considera-se, assim, como ato real de alienação parental a

interferência na mudança de comportamento ou qualquer promoção denegritória realizada ao menor pelos avós, pais, tios, ou qualquer que tenham o menor sob guarda e vigilância e que possuam o intuito de prejudicar a manutenção dos vínculos afetivos entre genitor alienado e menor.

## Tipos de Alienação Parental

Posta assim a problemática, é oportuno ressaltar que fazem parte do rol exemplificativo dos tipos de manifestação de alienação parental:

I) Realizar campanha de desqualificação do genitor no exercício da paternidade ou maternidade- Aqui, um dos fatos que mais acontecem é o alienador tentar desqualificar o alienado perante o menor. Ações do tipo: “seu pai não gosta de você, se gostasse moraria conosco.”, são ações típicas e corriqueiras de quem pratica alienação parental.

II) Dificultar o exercício da autoridade parental- Essa prática geralmente ocorre em núcleos onde se está presente o instituto da guarda compartilhada, que veio com o advento da Lei nº 11698/2008, alterando o art. 1584 do Código Civil Brasileiro. Nesse contexto, o juiz pode impor a guarda compartilhada entre os genitores. Em tal caso, ocorre que a mãe ao entregar o filho ao pai, para que ambos passem o final de semana juntos, costuma dizer que: “não dê batata-frita, não o deixe dormir depois das 22:00 h”. Ocorre que o pai, para tentar ganhar a confiança do filho, desautoriza as ordens da mãe em busca de uma “promoção” perante o filho. Trazendo aquela ideia que: “meu pai é legal, minha mãe não, pois ela não deixa eu comer batata-frita”.

III) Dificultar o contato do menor com o genitor- Uma das práticas mais comuns é quando o alienador tenta, a todo custo, impedir que o alienado visite ou veja a criança ou adolescente. Tal fato traz muitos transtornos à criança e ao genitor alienado, pois soma vários fatores: saudade, repudia, raiva, revolta e etc. Geralmente, quando chega no dia da visita, o alienador resolve levar a criança para um passeio em outra cidade, impedindo que genitor e filho se encontrem.

IV) Dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar- Nesse caso, o alienador utiliza de todos os meios para atrapalhar o momento em que o alienado tem para com o menor. Inclusive, prática comum, é quando o alienador passa o tempo inteiro da visitação atrapalhando o momento; tal como utilizando de ligações constantes somente com o intuito de impedir que o momento entre alienado e menor seja proveitoso.

V) Omitir deliberadamente ao genitor informações de cunho essencial, como: médicas, escolares e alterações de endereço- Considera-se uma das mais graves uma vez que o alienado acaba não tomando conhecimento de coisas essenciais que cercam a vida do filho, como se teve doente, se vai mal na escola, se houve mudança de endereço. Observe-se que essa não - participação na vida do filho é uma das causas de repulsa maior da criança uma vez que ela, já induzida pelo alienador, acaba acreditando que o alienado não se importa com ela, e que nem ao menos quer saber se ela teve doente, se faltou na festinha do dia dos pais na escola, dentre outras situações, nas quais a criança vai se encontrar frágil e suscetível a ser alienada.

VI) Apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste, ou avós, afim de obstar ou dificultar a convivência destes com o menor- Segundo a Cartilha do TJMT, essa trata-se de uma das piores formas de vingança contra o genitor que não convive com os filhos. Atribuir a este, ou a seus parentes fatos inverídicos é, além de insidioso, um dos meios mais graves que o alienador pode encontrar para cometer contra o alienado. Sabe-se nestes casos de falsas denúncias de abuso sexual e maus-tratos.

VII) Mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, familiares deste, ou avós- Essa tática é bastante utilizada, quando o alienador se vê sem meios para afastar a criança da presença do genitor, ou até mesmo de seus parentes. No fundo, o alienador deseja ferir o genitor alienado, exatamente no ponto que mais afeta, que é a saudade. Cabe ressaltar que, nesse caso, trata-se de mudança de domicílio injustificada.

## O Advento da Lei 12.318/2010

É inegável que a alienação parental não se trata de um problema recente em nossa sociedade, tanto que o seu surgimento vem datado desde a década de 80. Contudo, para nosso Judiciário veio a se tornar novidade visto que a lei em questão surgiu com o Projeto de Lei n.4053/08, cujo resultado foi o advento da Lei 12.318/2010, dispondo assim sobre a alienação parental, alterando o art.236 da lei 8.069/1990, que trata exatamente do Estatuto da Criança e do Adolescente.

De acordo com o disposto na lei 12.318/2010, em seu art. 2º, o ato de alienação parental é a interferência na formação do psicológico da criança ou adolescente, onde nesta interferência, há a indução feita por um dos genitores ou responsáveis para que o menor repudie o genitor ou que modifique a forma de se relacionar. Neste ponto, veio a ideia de que uma lei, composta de sanções a fim de coibir a prática, poderia erradicar e diminuir os índices dos casos de alienação parental.

No art. 3º da referida Lei, há a disposição estabelecendo que quem pratica alienação parental passa a ferir a própria descendência e seus direitos mais básicos. Existe ainda a definição segundo a qual as medidas a serem tomadas poderão ser realizadas de ofício pelo magistrado. Assim, o Judiciário age como um protetor dos direitos da menor vítima, bem como passa a agir como um incentivador no sentido de que a criança alienada volte a ter a mesma convivência com o genitor alienado. Por consequência, procura-se mostrar que não há nada de errado em conviver em harmonia com o outro, apesar de que o alienador já tenha demonstrado não aceitar.

Por sua vez, o art. 4º, em seu parágrafo único, assegura o direito de visitas. Já o art. 5º aponta as diretrizes dos procedimentos de ação e perícia para que se constate um caso real de alienação parental. No art. 6º, considerado um dos mais importantes, há o rol de sanções a serem aplicadas para cada conduta do alienador.

Segundo Sílvio Venosa (2011, p.321), o rol que existe na Lei 12.318/2010 é apenas exemplificativo, ao juiz, na sua discricionariedade, caberá analisarem cada caso a aplicação da medida ideal, ou se for o caso, aplicá-las cumulativamente.



Já Stolze (2011, p. 608), define que as sanções possuem uma certa graduação, que variam das mais brandas até as mais severas, porém, há a garantia do contraditório e da ampla defesa.

Nesse diapasão, a Lei em seu art. 7º cita os casos em que não existe guarda compartilhada e os casos em que podem haver inversão desta em benefício do menor. Já o art.8º, discorre sobre os casos de mudança de domicílio da criança e a determinação da competência às ações que tratem sobre a convivência com a família.

É de ser relevado que diante de práticas reiteradas do alienador e, de acordo com a necessidade, o juiz pode até mesmo decretar a destituição deste do poder familiar, resultando assim com o afastamento do alienador da criança. Tais determinações podem ser tomadas no intuito de proteger princípios básicos constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana e de conviver harmoniosamente com a família. É importante mencionar que casos de alienação parental podem dar ensejo a ações de reparação por danos morais para aqueles que se sentirem prejudicados, nos casos dos alienados, tudo isso com o intuito de reparar o mal sofrido. (DIAS, 2010)

Registre-se que, ao analisar a Lei, de início tem-se a ideia que a mesma possui autonomia para operar de forma educativa e coercitiva as condutas praticadas pelos alienadores. Entretanto, como se sabe, o objetivo maior da Lei é exatamente minimizar os casos de alienação parental que vêm ocorrendo com grande frequência, em geral, nos casos onde os casais participam do instituto da guarda compartilhada. Nesse contexto, ocorre que tais casais misturam problemas de seus relacionamentos com o amor destinado aos filhos, e é nesse ponto que a Lei foca: em proteger o menor das condutas realizadas pelo alienador, preservando assim seu desenvolvimento psíquico, físico e emocional.

## A ALIENAÇÃO PARENTAL E O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

### Alienação parental nos casos de divórcio

Apesar de ser um tema atual, não há ainda um grande número de jurisprudências que tratem do tema da alienação parental. Em análise e pesquisas, foi possível encontrar um processo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o qual trata exatamente de um caso de alienação parental. Nele a mãe, que detinha da guarda, aduziu falsa denúncia de abuso sexual contra o genitor, caso em que foi impetrado agravo de instrumento, tendo-se, a este, negado provimento:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA E VISITAS. Decisão liminar deste recurso que contou com parecer do Ministério Público no mesmo sentido e que vai reafirmada para manter a decisão agravada. Até decisão em contrário, o acordo homologado entre as partes continua hígido, podendo o autor agravante requerer as medidas cabíveis para exercício das visitas da forma anteriormente estabelecida. Logo, descabe modificação na forma de visitação neste momento. A alegação de síndrome da alienação parental deve ser apurada com ampla dilação probatória, descabendo, em sede de cognição sumária e sem contraditório, basear-se em alegações unilaterais para decidir acerca da alteração da guarda sob esse fundamento. Inexiste nos autos comprovação de que o menor objeto desta demanda esteja em risco, tampouco que a genitora não detenha capacidade para manter a guarda de forma a proteger os interesses do filho. A própria genitora intentou ação de revisão das visitas, o que demonstra, à primeira vista, o interesse na reso-

lução do impasse. Nesse passo, não estão presentes os elementos autorizadores da antecipação de tutela, razão pela qual é de rigor o improvemento do recurso. NEGARAM PROVIMENTO. (Agravado de Instrumento Nº 70056592561, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 14/11/2013)

No caso em tela, observa-se que a mãe, com intuito de retirar o pai da vida da criança, interpôs contra ele a imputação de um delito sexual. Em tal situação, a partir da análise dos desembargadores perante o processo, foi identificada conduta típica de alienação parental, cuja verificação foi realizada por um psiquiatra forense. Neste ponto, vale recordar que a Lei da Alienação Parental prevê acompanhamento expreso do caso por profissionais da área, para que se identifique a que ponto anda a conduta, já que a alienação parental possui diferentes graus de impacto na vida de uma criança, podendo, inclusive, interferir no desenvolvimento psicológico.

Sobre mais, faz-se imperioso tratar da “guarda compartilhada”, instituída pelo art. 1.584, §2º do Código Civil Brasileiro. Com efeito, a maioria dos casos de alienação parental provém de uma guarda compartilhada, cujo menor alienado convive com ambos os genitores, sendo exatamente nesse ponto onde se iniciam as práticas de alienação. Segundo o Código Civil, no artigo supracitado, quando não houver acordo entre as partes, no sentido de com quem que a criança vá ficar, impor-se-á a guarda compartilhada para o caso, salvo se um deles afirmar que não deseja a guarda.

Acontece que, é sabido e de conhecimento geral, que em diversos casos de separações, resta o rancor e ódio entre as partes. Assim, em verdade, quando há frutos da relação, que no caso são os filhos, o genitor que aliena busca afastar a criança em prol de vingar-se do outro. Nesse ponto, encontra-se a letra do artigo 1.584 do Código Civil, abrindo margem para atender aos anseios sociais e de nossa atualidade. Logo, o legislador resolveu adotar o princípio do superior interesse da criança, onde, diante de diversos casos de alienação surge a imposição da figura da guarda compartilhada quando não há acordo.

Entretanto, essa guarda compartilhada, iniciada exatamente devido a não haver acordo entre as partes, deveria ser expressamente supervisionada pelo Judiciário. Isto se justifica pelo fato de que essa guarda compartilhada já se iniciará como forte candidata para incluir o rol da alienação parental, pois o desejo dos pais deixa de ser conviver harmoniosamente com o menor e torna-se praticamente uma disputa. Em suma: do bem-estar do menor, que é o que mais interessa, passa a ser esquecido.

## **A Psicologia aliada ao Judiciário nos casos de Alienação Parental**

Sabe-se que a investigação, nos casos de alienação parental que batem às portas do judiciário, torna-se algo essencial. Nesse sentido, os peritos, divididos como: psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais são indispensáveis para que seja dada toda e completa assistência no que se define como psiquiatria forense. Os referidos profissionais, definidos como peritos, e designados pela autoridade competente, utilizam-se de seu conhecimento no intuito de fornecer laudos, soluções e analisar os diversos casos através de técnicas que somente eles possuem.

De acordo com a Cartilha do TJMT (2014), nos casos de Alienação Parental, um técnico, sendo este de preferência, um psicólogo, dirige as perguntas à criança na oitiva,

essa oitiva deverá ocorrer em uma sala diferente da sala de audiências, privilegiando a privacidade do menor. Antes de iniciar o procedimento, o técnico informará a criança a respeito do procedimento e para que este serve. Se durante o momento da oitiva, a criança chorar, ou ficar em silêncio ou até mesmo iniciar um momento de sofrimento, a sessão deve ser interrompida e iniciada em outro momento.

Oportuno se torna dizer que a competência do perito é a maior exigência, pois ele precisa ter total conhecimento daquilo que ele vai enfrentar. Cumpre assinalar também, que a psicologia jurídica é uma área que precisa cada vez mais de profissionais capacitados e engajados uma vez que a tendência é que o Judiciário exija cada vez mais a presença desses profissionais. Tudo com intuito de que eles estejam- cada vez mais auxiliando o bom andamento da justiça.

## **A atuação do Poder Judiciário no Direito de Família atrelado a casos de Alienação Parental**

Segundo Cartilha elaborada pelo TJMT (2014), o processo que tratar de casos que envolvam alienação parental possuirá caráter prioritário.

De efeito, o juiz determinará urgência na oitiva do Ministério Público, bem como, afim de assegurar a integridade psicológica da criança, que sejam tomadas medidas de âmbito provisório. Registre-se, inclusive, tais medidas teriam ainda o intuito de proporcionar a reaproximação de ambos, assegurando convivência entre genitor e menor. O juiz, em sede de decisão, ordenará a realização de estudo psicossocial dos envolvidos, onde tal laudo será entregue no prazo de até 90 dias. Há de se ponderar que se trata de um prazo longo demais para tal causa, pois a demora na construção de um laudo dessa natureza, pode acarretar uma série de prejuízos à vítima da “SAP”, que vão desde as sequelas mais simples até as mais severas.

Partindo de seu critério, o magistrado poderá ainda solicitar a oitiva de testemunhas próximas, que convivam com os envolvidos, tais como vizinhos, professores da criança, babás. Enfim, pessoas que possam relatar comportamentos diferentes e situações vividas que identifiquem a realidade vivida pela vítima. Nisto, o juiz poderá tomar várias medidas, desde leves até as mais severas, tudo isso em busca de coibir a prática da alienação parental. Mais ainda: evitando que esta permaneça ocorrendo e, assim, assegurando o direito de convivência entre menor e genitor alienado.

Em verdade, as questões discutidas nas Varas de Família e Sucessões e também nos Tribunais de Justiça estaduais possuem como base os artigos 225 e 227 da Constituição da República Federativa do Brasil, onde os mesmos tratam da proteção que o Estado oferece à família e às garantias ao direito da criança e do adolescente.

Registre-se que o artigo 226 da CF/88, cita que a família é a base da sociedade e esta possui a proteção estatal. Já no artigo 227, também da CF/88, assinala-se que é dever da família, sociedade e Estado, que estes assegurem à criança e ao adolescente o seu direito à vida, saúde, educação, lazer, alimentação, profissionalização, cultura, dentre outros direitos mencionados, bem como protegê-los de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Não se pode olvidar que no Estatuto da Criança e do Adolescente, há um tratamento exclusivo a respeito dos servidores e dos auxiliares da Justiça. Dentro de suas prerrogativas há: prestação de atendimento e orientação às pessoas e às famílias que recorrem ao Judiciário, bem como o papel do encaminhamento. Enfim, o objetivo principal é o auxílio ao juiz na aplicabilidade da melhor medida a ser tomada a cada caso.

Em seu artigo 150, o Estatuto da Criança e do Adolescente define que é cabível ao Poder Judiciário, na elaboração das propostas orçamentárias, realizar a previsão para a manutenção de equipe inter profissional, que é competente para assessorar a Justiça de Infância e da Juventude, porém, diante do que foi analisado nas pesquisas, nota-se a escassez de profissionais gabaritados diante da demanda de processos, a quantidade de profissionais disponíveis é insuficiente perante a necessidade que carece o judiciário.

Ainda, no artigo 151, do ECA, prescreve-se a competência da equipe interprofissional. Dentro de suas atribuições, está o de fornecer subsídios por escrito através de laudos ou de forma verbal, na audiência, desenvolver trabalhos de aconselhamento e orientação e prevenção, e também realizar orientações; tudo mediante subordinação à autoridade judicial, e tendo assegurada sua livre manifestação do ponto de vista técnico.

Bom é dizer que a Lei é transparente quando trata da proteção ao convívio do genitor com o filho, em casos onde o alienador tente interferir na boa relação entre ambos. A Lei 12.318/2010 cita em seu art. 6º:

Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo gravidade do caso:

- I- Declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II- Ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III- Estipular multa ao alienador;
- IV- Determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V- Determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI- determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII- declarar a suspensão da autoridade parental

Parágrafo único; "Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar."

Em exemplo da atuação do Judiciário perante casos de alienação parental, eis o julgado:

ACÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - AVERSÃO DO MENOR À FIGURA DO PAI - INDÍCIOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL - NECESSIDADE DE CONVIVÊNCIA COM A FIGURA PATERNA - ASSEGURADO O DIREITO DE VISITAS, INICIALMENTE ACOMPANHADAS POR PSICÓLOGOS - REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. - O direito de visitas decorre do poder familiar, sendo a sua determinação essencial para assegurar o desenvolvimento psicológico, físico e emocional do filho. - É certo que ao

estabelecer o modo e a forma como ocorrerá as visitas, deve-se levar em conta o princípio constitucional do Melhor Interesse da Criança, que decorre do princípio da dignidade humana, centro do nosso ordenamento jurídico atual. - Nos casos de alienação parental, não há como se impor ao menor o afeto e amor pelo pai, mas é necessário o estabelecimento da convivência, mesmo que de forma esporádica, para que a distância entre ambos diminua e atenua a aversão à figura paterna de forma gradativa. - Não é ideal que as visitas feitas pelo pai sejam monitoradas por uma psicóloga, contudo, nos casos de alienação parental que o filho demonstra um medo incontrolável do pai, torna-se prudente, pelo menos no começo, esse acompanhamento. - Assim que se verificar que o menor consegue ficar sozinho com o pai, impõem-se a suspensão do acompanhamento do psicólogo, para que a visitação passe a ser um ato natural e prazeroso. (TJMG.Apelação civil N° 1.0701.06.170524-3/001. Comarca de Uberaba Rel.: Exm<sup>a</sup>. Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Sandra Fonseca: Data do julgamento:23 mar. 2010).

No caso em tela, é observado que a criança, vítima de alienação parental, demonstra não só medo da presença do pai, mas sim um pavor incontrolável. O magistrado, baseado no Princípio do Melhor Interesse da Criança, resolve estabelecer a guarda compartilhada, com supervisão de um psicólogo nas visitas do pai, para que a criança passe a tomar confiança de que o mesmo não lhe representa perigo algum. Sendo assim, após a criança superar o trauma de estar próxima do pai, esta supervisão do psicólogo torna-se dispensável.

Sobre o Princípio do Melhor Interesse da Criança é indispensável se tratar, pois este surgiu com o advento da Constituição Federal de 1988, onde foi garantido aos indivíduos igualdade e a titularidade de seus direitos, cujos estes lhe confirmem uma vida digna, sendo assim, crianças e adolescentes passaram ao patamar de sujeito de direitos dentro de nossa sociedade, tendo assim o poder familiar moderação e limites garantidos pela nossa Carta Magna, Código Civil de 2002 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Com isso, foi consagrado tal princípio, vindo este a resguardar e priorizar os direitos dos menores em relação aos seus genitores, de tal forma, o princípio do melhor interesse da criança é pressuposto fundamental dos litígios que tratam de menores.

É fatídico e notório, que nos casos de alienação parental, as medidas a serem tomadas devem ser urgentes, visto que estamos tratando de uma criança que merece assistência imediata para que não se traumatize e tenha seu desenvolvimento afetado pelos problemas existentes entre seus genitores. Portanto, um laudo realizado por um profissional possui suma importância, pois identifica e constata o caso, dando celeridade à solução do problema.

Para tanto, torna-se indispensável a celeridade no procedimento de investigação do problema, como para tal, uma decisão imediata do magistrado. Com efeito, o tempo tomado nesses casos é algo que influi severamente nos impactos que a “SAP” causa na mentalidade do menor vítima. Porém, é importante que os membros do Judiciário atentem para a tomada de decisões e nos efeitos que estas causarão na mente do menor vítima. Isto pois, na tentativa de solucionar o problema, pode-se ocasionar outro, como nas medidas severas, em que há a definição da inversão de guarda, quando se tratar de genitor alienador que tenha infringido as mais graves atitudes que identifiquem alienação parental.

Em se tratando de uma inversão de guarda, quando esta invertida, coloca-se a criança sobre o poder do genitor alienado, e se tratando de uma criança que já está tomada pelos efeitos da “SAP” e que possua total aversão a este genitor, é um ponto delicado a se tratar. Melhor dizendo, havendo a imposição de que a criança conviva com aquele com

quem ela não suporta a presença, presume-se que esta sofrerá muito mais do que se permanecesse na guarda daquele que a aliena, podendo, invés de ajudar a criança diante do problema, tornar assim a situação ainda mais preocupante e delicada quando se trata do estado psicológico do menor, nisto, é indispensável o depoimento da criança, onde ela relatará aos membros do Judiciário os fatos que lhe ocorrem e como esta se sente.

É citado e previsto na Lei que o procedimento de ouvir a criança pode ser repetido em até 8 (oito) vezes durante a investigação, mas nisso deve-se tomar total cautela. Ora, a cada vez que a criança conta o que vive, ou o que viveu, esta sofre psicologicamente, revive todos os seus traumas, e nesse ponto pode surgir o instituto conhecido como “revitimização”, que segundo o Wikipédia, significa:

A revitimização é um fenômeno decorrente do sofrimento continuado ou repetido da vítima de um ato violento, após o encerramento deste, que pode ocorrer instantaneamente, dias, meses ou até anos depois, desde que se trate do mesmo agressor. Como exemplo, cita-se a vítima de abuso sexual que, após o sofrimento da violência própria do ato, é interrogada de maneira inescrupulosa de modo a lembrar, de maneira dolorosa, os momentos em que esteve sob o jugo do agressor.

Com objetivo de evitar que ocorra a “revitimização”, sempre necessitando de novos depoimentos do menor, é importante que realize-se uma filmagem, gravando assim tudo que este relatar, e tentando com perguntas incisivas, conseguir facilmente captar o maior número de informações, anexando-se ao processo como meio de prova. Outro ponto importante é que o menor não deve se expressar na frente de nenhum de seus genitores ou envolvidos no caso, evitando constrangimentos e possíveis represálias, sendo assim, evita-se o instituto da revitimização, onde a cada vez que necessitar durante o processo do conteúdo do depoimento do menor, este estará disponível em arquivo de áudio e vídeo para que se utilize a qualquer momento.

## A EFICIÊNCIA DOS MEIOS PUNITIVOS DIANTE DE CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Em princípio, é importante saber o significado da palavra eficiência. Segundo o dicionário Michaelis, o significado de eficiência é possuir rendimento, ter efeito. Partindo dessa premissa, questiona-se o fato de as sanções previstas pela Lei 12.318/2010 serem suficientes para resultar na eficácia da aplicabilidade de sanções, logo, toda sanção que é imposta visa primeiramente o seu caráter educativo.

Nos casos de alienação parental, o magistrado ao impor sanções ao alienante, pode cumulá-las ou não, dependendo assim da análise do caso e laudo pericial. A grande questão que cerca os casos de alienação parental é o acompanhamento efetivo de uma equipe multidisciplinar, pois numa questão tão delicada -que envolve crianças e, em essencial, o afeto entre pais e filhos- uma sanção pode não ser o remédio de todo o problema. Nesse sentido, “A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer” (DIAS, 2008, p.105), e se esta não está bem, é impossível que o menor seja feliz convivendo com problemas entre pessoas do seu convívio mais próximo.

A multa prevista em uma das sanções definidas pela Lei consiste na questão do magistrado tornar o processo mais efetivo e dotado de segurança jurídica. Essa multa

caracteriza-se como uma forma de constrangimento àquele que infringe a Lei, possuindo inicialmente natureza coercitiva, e devendo esta favorecer o autor da causa. A ideia que se possuía é a de que com esta imposição e conseqüente afetação no âmbito financeiro do punido, este não mais irá descumprir algo, pois aprendeu a “lição”. Entretanto, a Lei é falha uma vez que não fixou base de cálculo para a fixação do valor da multa, onde está, para compreender todo seu caráter pedagógico e coercitivo, deveria ser de um valor relativamente alto ao ponto de inibir realmente o genitor alienante.

Analisando o disposto no artigo 6º da Lei 12.318/2010, conclui-se nos seus incisos que estes podem ser cumulados, e cabendo assim ao magistrado, utilizar-se destes para cada caso, podendo combiná-los e ainda incluir a aplicabilidade da multa em concorrência com as sanções. Porém, é importante ponderar se a multa não irá possuir efeito reverso, como resultado ocorrendo uma maior revolta por parte daquele que está sendo punido. Podendo este, apenas por mero capricho, não a pagar por achar um absurdo.

Note-se que as punições mais graves impostas pelo Judiciário seriam a alteração de guarda e a suspensão da autoridade parental. Ademais, cabe ressaltar que a “SAP”, quando identificada como resultado patológico da alienação, não se encontra descrita no DSM-IV, que é o Manual de Diagnóstico e Estatístico das Perturbações Mentais. Sendo isso, um dos motivos que podem acarretar o entrave do processo, com a alegação da parte contrária de que a “SAP” não consiste em uma patologia. Tudo isso na tentativa de apaziguar a incidência de sanções.

Como se sabe, o poder familiar deriva do antigo pátrio poder. Esta forma um conjunto de prerrogativas que os pais possuem perante os filhos, com o intuito de dar-lhes uma formação pessoal. Por sua vez, o instituto da guarda, consiste em uma das prerrogativas que pertencem ao poder familiar. Contudo, não se pode olvidar que poder familiar e guarda prezam sempre pela proteção das crianças e adolescentes.

Em análise, o que se conclui é que o guardião, ou seja, aquele que detém da guarda, exerce o poder familiar a distância do outro, dando margem à existência de diversos traumas e conflitos. Quando surge a suspensão da guarda, ou a inversão desta, geralmente determinada pelo magistrado, tais atos devem ser submetidos a acompanhamento por uma equipe de profissionais capazes de analisar o caso, que é o que vem sendo identificado em jurisprudências referentes ao tema. Essa suspensão do poder familiar, como medida de punição mais severa ao alienante, é aplicada em geral a casos extremos, onde se já foi até a última instância das tentativas de solução do conflito amigavelmente. Cabe ressaltar que a suspensão sempre foi prevista, vide artigo 1.637, caput, parágrafo único do Código Civil de 2002. É fato que, qualquer medida tomada pelo magistrado, ela traz sequelas e impactos na vida dos envolvidos, mas a sua potencialidade fica em especial na criança vítima da SAP.

## **A imposição de multas como sanção nos casos de Alienação Parental**

A prática da alienação parental possui previsão de punição com a incidência de multas impostas àquele que pratica o ato. Exemplos demonstram que aquele alienador que receba pensão do alienado poderá ter esta descontada diante do valor da multa. A multa, também considerada como sanção civil, tem em sua compreensão um instrumento

coercitivo no combate à alienação parental, possuindo assim, função social. Mais: tendo como objetivos principais os de inibir, e prevenir, através da afetação no patrimônio do alienante para que este pare de cometer tais atos.

O artigo 6º, inciso III, da Lei da Alienação parental assim conhecida, traz exatamente a sanção da multa ao genitor alienador. Faz-se imperioso relatar que essa multa nada tem a ver com indenização por dano moral, e sim possui caráter pedagógico e punitivo.

Maria Berenice Dias (2008), define:

O principal aspecto positivo da lei, sem dúvida, é o seu caráter pedagógico. A nova lei obriga a todos, profissionais, instituições e grupos sociais, a discutir e orientar quanto aos aspectos jurídicos e psicológicos dessa forma de alienação. A minha preocupação não é com o conteúdo da norma, que é excelente, mas com o seu cumprimento. Apesar de fixar um prazo para a realização do laudo pericial, a lei não estabelece um recurso rápido para decisões que dizem respeito à alienação parental. E a celeridade processual, sobretudo nestes casos é essencial, principalmente para assegurar às crianças um desenvolvimento livre de patologias.

Ocorre que, a Lei ao ser elaborada foi omissa exatamente nesse ponto, uma vez que não define o mínimo e nem o máximo de valores, ou base de cálculo para a instituição da pena, tendo assim como resultado, uma dosimetria um tanto obscura e deixando o valor a ser fixado pela discricionariedade do magistrado. Aqui, o que preocupa é o quantum a ser fixado, se este será de acordo com as reais condições do alienador e o quanto esta multa poderá afetar o menor, visto que uma multa imposta é um valor a menos disponível para o alienador. Diga-se mais: este poderá deixar de proporcionar conforto, alimentação e lazer à criança para pagá-la. Portanto, compreende-se que a multa em alguns casos, invés de não só punir o alienador, poderá punir de forma direta também a criança. Ademais, a lei não define a quem a multa irá beneficiar: se o menor, se o genitor alienado. Deixando, assim, a punição que deveria ser coerente um tanto confusa e à mercê da decisão do magistrado.

Priscila M. P. Corrêa da Fonseca (2006 *apud* GONDIN, 2010, p.7), diz em seu artigo “Síndrome de Alienação Parental”:

Uma vez identificado o processo de alienação parental é importante que o Poder Judiciário aborte o seu desenvolvimento, impedindo, dessa forma, que a síndrome venha a se instalar. Comumente, até por falta de adequada formação, os juízes de família fazem vistas grossas a situações que, se examinadas com um pouco mais de cautela, não se converteriam em exemplos do distúrbio ora analisado. É imperioso que os juízes se deem conta dos elementos identificadores da alienação parental, determinando, nesses casos, rigorosa perícia psicossocial para, aí então, ordenar as medidas necessárias para a proteção do infante. Observa-se que não se cuida de exigir do magistrado – que não tem formação em psicologia – o diagnóstico da alienação parental. Mas o que não se pode tolerar é que, diante da presença de seus elementos identificadores, não adote o julgador, com urgência máxima, as providências adequadas, dentre as quais o exame psicológico e psiquiátrico das partes envolvidas. Uma vez apurado o intento do genitor alienante, insta o magistrado determinar a adoção de medidas que permitam a aproximação da criança com o genitor alienado, impedindo, assim, que o progenitor alienante obtenha sucesso no procedimento já encetado.

Baseado na premissa em tela, têm-se que o magistrado pode tomar providências encaminhando os envolvidos a uma terapia familiar, quando se tratar de criança já afetada pela “SAP”, ou determinar uma regularidade de visitas para que o genitor alienado volte ao convívio do menor, podendo até haver busca e apreensão nos casos mais graves. Outrossim, o magistrado pode ainda estabelecer uma mudança na data das visitas, instituir



a guarda compartilhada, ou tomar outras providências menos impactantes e mais efetivas perante o alienador, evitando assim que multas de valores excessivos venham a onerar e prejudicar exatamente quem menos deve sofrer na demanda, que é a menor vítima.

O próprio andamento de um processo na justiça já gera efeito coercitivo perante o alienador: contra este, o medo em geral faz com que mude de comportamento. Entretanto, há casos de descumprimento de determinação judicial como a desobediência, dando margem para à aplicação de outras medidas coercitivas, ou de combiná-las e aplicá-las. Contudo, é indispensável que diante disso, surja em paralelo o encaminhamento dos envolvidos a tratamento psicológico ou a programa de terapia em família conforme artigo 227 da Constituição Federal da República e artigo 3º da Lei 8069/90.

Portanto, entende-se que as multas impostas ao alienador, podem sim, ter eficiência perante o caso em razão do impacto financeiro que estas causam na vida do alienador. Entretanto, a lei foi altamente omissa quando se tratou de definir os parâmetros de cálculo do mínimo e máximo a serem impostos em uma multa. Ainda, não há estipulação de quem será beneficiado da multa, onde deveria haver expressa destinação a quem esta multa serviria e como deveria ser aplicada.

Outrossim, é imperioso destacar, que as multas podem ser eficientes, mas poderão ter impacto negativo na vida da criança, cuja está acostumada com um padrão de vida ofertado pelo alienador, e este caso tenha poucos recursos, ao arcar com uma multa desta natureza, poderá ficar impossibilitado de proporcionar o mesmo padrão de vida que oferta a criança, passando a multa além de punir o alienador, punindo a criança que se encontra fragilizada diante do problema.

## **A inversão da guarda nos casos de Alienação Parental**

A Lei 12.31/2010, em seu artigo 6º, inciso V, define como uma das formas mais severas de sanção a inversão da guarda. Portanto, diante da necessidade de revisão da guarda, evitando assim mais consequências prejudiciais à criança vítima e visando assim seu bem-estar, têm-se preferido pela imposição da guarda compartilhada para que se evite um impacto maior na vida da criança que já está tão afetada pela “SAP”. Ressalte-se, porém, que em casos extremos a inversão da guarda torna-se necessária e, com isso, é indispensável um acompanhamento com profissionais para que se verifique se essa inversão não irá prejudicar ainda mais a vida dessa criança. Melhor dizendo, não há como impor a uma criança que não suporta aquela pessoa por já ter sido “envenenada” pelo alienador, conviva com o alienado por pura imposição judicial, deve-se atentar acima de tudo para o bem-estar da criança.

## **Seriam as sanções capazes de fazer valer o caráter punitivo da lei?**

Há que se observar, que mesmo diante de tantos prejuízos resultantes da alienação parental, a prudência é o melhor caminho a ser tomado. Nesse diapasão, visa-se a evitar situações antagônicas e ferimentos a princípios constitucionais, e, como consequência, impactos na vida do menor. As multas em si, sem base de parâmetros para definir valores e destinatários poderá resultar em uma grande situação de inadimplência, onde esta influirá negativamente na vida da criança e no seu bem estar.

Ao contrário da intenção da multa, que é pedagógica e punitiva, ter-se-á como resultados graves problemas na ordem psicológica e mental da criança, afetando assim o seu emocional. Em verdade, com essa imposição de multa, trar-se-á uma instabilidade na vida financeira do punido, e ao invés de reestabelecer laços afetivos, poderá abalá-los definitivamente.

Aqui, uma das soluções mais viáveis seria a edição do inciso III, do artigo 6º da Lei 12.318/2010, onde o destino para as multas ora impostas seria uma poupança aberta em nome do menor, vinculada ao Judiciário, e tendo sua movimentação autorizada somente com parecer do Ministério Público e autorização do Juiz. Nesse caso, quando o menor atingisse a maioria poderia movimentar a conta em seu proveito, investindo na sua educação, por exemplo.

Além do mais, há de votar pela veemente aplicação da guarda-compartilhada, quando esta for possível, a partir de supervisão de autoridades competentes designadas pelo Judiciário, com o intuito de proteger laços afetivos e manter o relacionamento harmonioso entre pais e filhos. O ideal seria que no surgir de um divórcio cuja relação tenha filhos, houvesse uma expressa conscientização sobre os malefícios da prática da alienação parental, evitando, assim, que o surgimento tais práticas.

Entretanto, as sanções impostas pela Lei 12.318/2010 possuem total autonomia para que se defina a boa relação entre pais e filhos e coibam-se as práticas de alienação parental. Contudo a referida Lei precisa de ajustes em sua aplicabilidade, bem como no que tange à forma como o Poder Judiciário a tem abordado, pois os prazos ainda se arrastam morosamente, apesar da situação exigir caráter prioritário.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em verdade, o tema, “A Alienação Parental e a aplicabilidade da Lei 12.318/2010: Seria uma Lei capaz de modificar uma problemática tão antiga?” surgiu com o intuito de discutir a aplicabilidade da Lei em comento e a sua capacidade de coibir as práticas de alienação no seio das famílias brasileiras.

Cai a lanço notar que apesar de ser uma Lei recente, esta foi recebida como a única ferramenta capaz de modificar uma situação que vinha sendo enfrentada nos tribunais. A saber, perante tantas lides em que figurava a questão de genitores alienando seus filhos contra seus ex-cônjuges, ou ainda, contra os avós que também possuem direito ao carinho da criança e manutenção frequente dos laços.

A problemática se intensifica diante da ideia de que jamais se pode afastar a criança do convívio de seus antecedentes, cujo convivência torna-se fundamental para o desenvolvimento daquele menor, e onde se fecha a questão da alienação, pois o foco do alienador é sempre afastar a criança do alienado em prol de uma vingança pessoal, esquecendo assim, que o que encerrou foram os vínculos entre ambos, mas que os vínculos entre pais e filhos jamais podem ser encerrados.

Os objetivos deste trabalho foram de analisar a forma de como a Síndrome da Alienação Parental atinge os envolvidos, e tal qual apresentado, teve-se a dimensão que o

problema é grave. Nesse sentido, a problemática em análise atinge o psicológico de todos, principalmente, da criança que não possui discernimento suficiente para conseguir lidar com a situação, pois de um genitor recebe ordens para não gostar de seu outro genitor, e sendo assim se sente pressionado em manter uma distância daquele, por ter recebido ordens, ou por acreditar que o alienador fala a verdade e que o alienado não é digno de seu carinho e afeto.

O ponto chave do trabalho consta na pergunta realizada diante do tema, que é exatamente de que forma a lei pode modificar essa problemática que é tão antiga. Assim, de que forma a lei em tela agiria diante do problema, quando este já está instaurado e perante o Judiciário? A resposta está nas sanções previstas nos artigos da Lei 12.318/2010, onde está previsto um rol de sanções que podem ser cumuladas de acordo com o entendimento do magistrado.

Porém, o que foi identificado é que nem sempre as sanções possuem efetividade, visto que há a possibilidade de haver a reincidência do alienador. Perante essa reincidência surge a aplicabilidade de sanções mais severas, e nisso, o Judiciário foca apenas em punir e se esquece de que nos casos em que há a inversão da guarda-unilateral para o alienado, o magistrado, além de punir quem merece, pune a criança que já se encontra fragilizada perante a situação enfrentada. Diga-se mais: há o risco de ela ficar ainda mais transtornada, pois já afetada pela “SAP”, ela não conseguirá conviver com aquele genitor, do qual a mesma pode ter até a ideia que não é boa pessoa, dependendo dos contextos e argumentos que lhe foram empregados pelo alienador.

Ainda sobre as sanções, cabe ressaltar que as medidas de multa, tornam-se um ponto imperioso em tratar. Ora, a Lei deixou em obscuridade tanto a base de cálculo para sua aplicação, e quanto a sua destinação. Se analisar esse ponto em detalhes, percebe-se que uma multa afeta diretamente a criança, de forma que aquele que será punido com a pena de multa, será prejudicado financeiramente, tendo impacto diretamente na vida e no bem-estar da criança. Ademais, as multas não possuem qualquer destinação a quem estas servirão; cabendo assim, a critério do juiz, arbitrar valor das multas e indicar seu destino, sendo que indubitável que nesse ponto a Lei merece urgente reforma.

Outro ponto que há de se questionar a respeito do disposto na Lei é quanto aos longos prazos, quando se trata de um problema que envolve um menor, vítima de um conflito existente entre os pais. É de ser relevado a necessidade de que a Lei reduza esses prazos em prol da celeridade do processo e do próprio bem-estar da criança, pois nesses casos o quanto antes houver intervenção, menor impacto a “SAP” causará aos envolvidos, inclusive menor as sequelas que atingirá a menor vítima.

Outrossim, não se pode olvidar que os profissionais auxiliares do juiz diante dos casos de alienação parental, são poucos. Logo, para cada caso seria necessária a ação de um profissional que verificasse a situação de perto, onde necessitar-se-ia de um contingente maior de profissionais disponíveis a realizar tais análises. Entrando diretamente em contato com cada caso e identificando onde se encontra o problema, quem o causa, e o nível de alienação parental a qual a criança está acometida, e se esta já apresenta sintomas característicos.

A metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica e de dados, onde foram utilizadas as bibliografias já tornadas públicas, como publicações avulsas, notícias, doutrinas, jurisprudências, artigos científicos, legislação extravagante, artigos jornalísticos, sites e trabalhos de conclusão de curso. A partir disto construiu-se uma análise, desde o conceito de família até os casos de alienação parental no Judiciário e por fim, a análise dos artigos tragos pela Lei, incluindo estudos realizados acerca da alienação parental e a psicologia forense como forma de identificar os casos.

Destarte, cumpre asseverar que com a análise e construção do trabalho, percebeu-se a necessidade de um aprimoramento da Lei 12.318/2010, no sentido de que se editassem os prazos estipulados e métodos de aplicação de sanções, bem como suas definições, que se tornam vagas e ficam à mercê da discricionariedade do magistrado, não beneficiando a celeridade do processo e muito menos o bem-estar da criança vítima. Faz-se mister destacar que a Lei da Alienação Parental, para ser efetiva no combate à referida alienação, deve ser modificada em razão de sua obscuridade, definindo parâmetros para sua aplicabilidade, tais como prazos menores, multas condizentes com a realidade social e financeira do alienador punido, repasse do valor das multas em benefício do menor vítima, e por último (e mais relevante) uma perícia efetiva com acompanhamento profissional de todos os envolvidos no caso, buscando-se o rápido estabelecimento da família e harmonização dos laços afetivos.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de Comentários à alienação parental. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, nº 38 (Setembro/outubro de 2010). p. 60. Editora Magister, 2010.

BONE, J. M. e WALSH, M.R. - Parental alienation syndrome: how to detect it and what to do about it. The Florida Bar Journal, Vol. 73, n.3, March, 1999

BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002.

\_\_\_\_\_. Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010. Altera o artigo 236 do Estatuto da Criança e do Adolescente

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)> Acesso em: 15 de jun 2010

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o Artigo 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm)>.

BROCKHAUSEN, Tamara, Abuso emocional e psicológico: O impacto do projeto de lei de atos de alienação parental no trabalho do psicólogo, Revista Psique, Número 57, Editora Escala, p. 27-34.

Cartilha da Alienação Parental. Disponível em: <https://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/downloads/Coord.Comunicacao/Trocandoldeias/file/2017/Cartilha%20Alienacao.pdf> Acesso em 10 de agosto de 2023.

CALLEGARO. Marco Montarroyos, Implantes de memória, Revista Psique, Número 07, Editora Escala, p. 37-45.

COSTA, Ana Surany Martins, Alienação parental: o “jogo patológico” que gera o sepultamento afetivo em função do exercício abusivo da guarda. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, nº 16 (Junho/julho de 2010). p. 30. Editora Magister, 2010.

DE FARIAS, Cristiano Chaves. Escritos de direito de família. Editora Lumen Juris, 2007.

DIAS, Maria Berenice. Incesto e alienação parental: realidades que a Justiça insiste em não ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

DIAS, Maria Berenice. Direito das Famílias. 4. ed. Ver. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007/2008.

DIAS, Maria Berenice. Síndrome da alienação parental, o que é isso? Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1119, 25 jul. 2006. Disponível em: Acesso em: 27 de novembro de 2015.

\_\_\_\_\_. Manual de Direito das Famílias. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. Alienação parental e a perda do poder familiar. Disponível em <[www.mariaberenice.com.br/uploads/3\\_-\\_aliena%E7%E3o\\_parental\\_e\\_a\\_perda\\_do\\_poder\\_familiar.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_aliena%E7%E3o_parental_e_a_perda_do_poder_familiar.pdf)>. Acesso em: 27 de novembro de 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: direito de famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011, p.207

GARDNER, Richard. O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)? Tradução de Rita Rafaeli. Disponível em:<<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 08 jun. 2010

GIDDENS, Anthony. A transformação da intimidade. Sexualidade, amor & erotismo nas sociedades modernas. São Paulo: Unesp.1992

GONDIN, Frederick. Alienação Parental: a impropriedade do inciso III do artigo 6º da Lei no 12.318, de 26 de agosto de 2010 (Lei da Alienação Parental). Acesso em 10 de agosto de 2023, v. 17, 2015. Disponível em:< (Microsoft Word - Artigo para publica\347\343o em sites jur\355dicos.doc) (ibdfam.org.br)>

LOBO, Paulo Luiz Netto. Guarda e convivência dos filhos: Magister, Rio Grande do Sul: 2010. CD Room.

NUNES, Renato Souza. A importância da psicologia nos litígios que envolvem atos de alienação parental. Psicologia e Saúde em debate, v. 1, n. 2, p. 46-54, 2015. Disponível em <http://www.psicodebate.dpgpsifpm.com.br/index.php/periodico/article/view/20> acesso em 10 de agosto de 2023

OLIVEIRA, Euclides de Alienação parental, Família e Responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família, p. 231, Editora Magister, 2010.

PAULO, Beatrice Marinho Paulo, Alienação parental: Identificação, Tratamento e Prevenção. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, nº 19 (Dezembro/janeiro de 2011). p. 05/25. Editora Magister, 2011.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito economia e mercados. Elsevier, Rio de Janeiro: 2006.

SARATY, Jamille. Melhor interesse da criança e do adolescente no processo de guarda. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3388, 10 out. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22786>>. Acesso em: 1 jun. 2016.

SOUZA, Raquel P. R. de Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: Aspectos psicológicos, sociais e jurídicos. São Paulo, Editora Equilíbrio, 2007.

SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de Alienação parental. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, nº 16 (Junho/julho de 2010). p. 30. Editora Magister, 2010.

SOUSA, Analicia Martins de Algumas questões para o debate sobre síndrome da alienação parental. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, nº 16 (Junho/julho de 2010). p. 42. Editora Magister, 2010.

SADDI, Jairo. Crédito e judiciário no Brasil: uma análise de Direito & Economia. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.2007

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; RABELO, Cesar Leandro de Almeida. A alienação parental. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em:<[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo\\_id=9269&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=9269&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em 27 nov 2015. [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo\\_id=9269&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=9269&n_link=revista_artigos_leitura)

### Sites Consultados:

<https://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/downloads/Coord.Comunicacao/Trocandoldeias/file/2017/Cartilha%20Alienacao.pdf>

<https://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/downloads/Coord.Comunicacao/Trocandoldeias/file/2017/Cartilha%20Alienacao.pdf>

<https://educacao.uol.com.br/colunas/icami-tiba/2011/03/29/o-que-e-a-alienacao-parental.htm>

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/113330794>

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/941457214>

[imepac.edu.br/oPatriarca/v5/arquivos/trabalhos/ARTIGO05ADRIANA.pdf](http://imepac.edu.br/oPatriarca/v5/arquivos/trabalhos/ARTIGO05ADRIANA.pdf) Acesso em: 08 jun. 2016

[jus.uol.com.br/revista\\_jus\\_navigandi](http://jus.uol.com.br/revista_jus_navigandi), artigo escrito pelo advogado Marcos Antônio Garcia de Pinho – síndrome da alienação parental. Acesso em: 08 jun. 2016

[jus.uol.com.br/revista\\_jus\\_navigandi](http://jus.uol.com.br/revista_jus_navigandi), artigo escrito pelo advogado Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior – comentários a lei da alienação parental. Acesso em: 08 jun. 2016

[jus.uol.com.br/revista\\_jus\\_navigandi](http://jus.uol.com.br/revista_jus_navigandi), artigo escrito pelo promotor de justiça de Minas Gerais Leonardo Barreto Moreira Alves. Acesso em: 08 jun. 2016

[migalhas.com.br/de\\_Peso/16,MI198431,51045-Alienacao+parental+judicial](http://migalhas.com.br/de_Peso/16,MI198431,51045-Alienacao+parental+judicial) Acesso em: 08 jun. 2016

[michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portuguesportugues&palavra=efici%EAncia](http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portuguesportugues&palavra=efici%EAncia) Acesso em: 08 jun. 2016

# Contribuições dos estudos sobre emancipação e serviço social para a pesquisa intitulada “juventude e a proteção integral: vivas memórias do acolhimento institucional”

## *Contributions of studies on emancipation and social work to the research entitled “youth and integral protection: living memories of institutional care”*

**Thais Pereira da Silvar**

*Programa de Pós-Graduação em Serviço Social*

*Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - Câmpus de Franca*

<http://lattes.cnpq.br/6318997375619693>

**Maria Cristina Piana**

*Departamento de Pós-Graduação em Serviço Social - Mestrado e Doutorado da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - UNESP / Câmpus Franca*

<http://lattes.cnpq.br/7793568359077064>

### RESUMO

O presente texto parte do processo de aprendizagem e reflexão, mediados na disciplina “Tópicos Especiais: Emancipação e Serviço Social” ministrada no PPGSS/Unesp – Franca-SP. Logo serão aqui pontuadas significativas contribuições ao Projeto de Pesquisa titulado “Juventude e a Proteção Integral: Vivas Memórias do Acolhimento Institucional”, que traz como objeto central as vivências de jovens egressos dos serviços de Acolhimento Institucional do município do interior de São Paulo. A pesquisa aponta importantes análises no que tange ao desligamento compulsório e o reconhecimento dos vínculos protetivos na realidade desta juventude. Permeado pelos conteúdos disponibilizados e as partilhas nas aulas remotas, apresentaram um novo viés crítico, sendo este a tomada da Emancipação Humana como horizonte possível da pesquisa e as críticas que percorrem o caminho das contradições das diversas emancipações, aqui descritas entre a Emancipação Civil e Emancipação Política. Que esse trabalho seja espaço das vozes e questionamentos juvenis que perderam ou viram depauperar as relações com suas famílias ou comunidades, ou ainda os que permanecem nas ruas e nos próprios abrigos, construindo

*Direito e justiça práticas que garantem igualdade - Vol. 2*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.210.17



sua própria identidade e história de vida nestes diferentes e adversos espaços e ainda assim trazer para a centralidade as desproteções que afligem a transição para a vida adulta nesta conjuntura.

**Palavras-chave:** acolhimento institucional. juventude. proteção social. emancipação.

## ABSTRACT

This text emerges from a process of learning and reflection fostered by the course “Special Topics: Emancipation and Social Work,” offered at PPGSS/Unesp – Franca-SP. It outlines significant contributions to the research project titled “Youth and Integral Protection: Living Memories of Institutional Care,” which focuses on the experiences of young individuals who have exited institutional care services in an interior municipality of São Paulo. The research provides insightful analyses regarding the compulsory discharge process and the recognition of protective bonds within the reality of this youth. Guided by the shared content and discussions in remote classes, a new critical perspective emerged, to embrace Human Emancipation as a potential research horizon and exploring critiques that traverse the path of contradictions inherent in diverse forms of emancipation, notably between Civil and Political Emancipation. This work aims to be a platform for the voices and questions of young individuals who have lost or witnessed their relationships with their families or communities deteriorate, as well as those who remain on the streets or in shelters—crafting their own identities and life stories within these different and challenging contexts. Moreover, it underscores the central issue of vulnerabilities affecting the transition to adulthood in the present landscape.

**Keywords:** institutional care. youth. social protection. emancipation.

## REFLEXÕES SOBRE A REALIDADE DA JUVENTUDE EGRESSA DO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL

As políticas públicas de acolhimento institucional para crianças, adolescentes e jovens adotadas no Brasil, são objeto de amplas discussões perante a sociedade, porém ainda carecem de pesquisas e análises que considerem o processo de implantação na realidade brasileira.

Reconhecer o aparato legal e a formação de um de Sistema de Garantia dos Direitos no contexto brasileiro é resultado de mobilizações e marcos legais como a Constituição Federal de 1.988 e a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1.990. Sobre a categoria juventudes, no Brasil, a definição fica por vezes atrelada ao Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, marco jurídico que define adolescência e infância e estabelece que:

Art. 2o Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade. (Lei nº 8.069/1990, Art. 2º)

Art. 5o 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. (Lei nº 8.069/1990, Art. 5º)



Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão 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. (Lei nº 8.069/1990, Art. 6º)

A definição legal estabelece que a criança é considerada a pessoa 'de até doze anos de idade incompletos', enquanto o adolescente é aquele 'entre doze e dezoito anos de idade'. Essa métrica precisa em relação ao recorte etário evidencia o entendimento das instâncias governamentais sobre o desenvolvimento da infância. Ao afirmar que 'nenhuma criança ou adolescente será objeto' e reconhecer a 'condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento', é possível observar o diálogo existente entre essas instâncias e os estudos relacionados ao desenvolvimento infantil.

A transição da infância para a vida adulta não ocorre de forma linear e homogênea, sendo tema abordado por diversos autores que enfatizam as particularidades, transformações e cuidados nos aspectos psicológicos e físicos. É importante ressaltar que a definição conceitual e etária da infância e juventudes pode variar de país para país, evidenciando que a experiência de ser jovem é uma categoria fluída e sujeita a mudanças.

No Brasil, adota-se com frequência a definição das Nações Unidas, que é ainda mais abrangente em termos geracionais, perpassando o conceito de infância, adolescência e juventude, estando para juventude a faixa etária de 15 a 24 anos de idade, ou uso da nomenclatura de população jovem para a faixa etária de 10 a 24 anos de idade, recorte etário usado também pela Organização Mundial de Saúde - OMS.

Ainda quanto ao levantamento normativo, as juventudes brasileiras passam a ter como referência o Estatuto da Juventude - EJUVE, Lei 12.852, de 05 de agosto de 2013, que traz o seguinte recorte:

§ 1º Para os efeitos desta Lei, são consideradas jovens as pessoas com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade.

§ 2º Aos adolescentes com idade entre 15 (quinze) e 18 (dezoito) anos aplica-se a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, e, excepcionalmente, este Estatuto, quando não conflitar com as normas de proteção integral do adolescente. (BRASIL, 2013).

No sistema normativo, preocupa a distinção quanto à proteção integral no âmbito daqueles que ainda podem recorrer ao ECA (menores de 18 anos), deixando a cobertura da proteção integral com o marco temporal, relativa à idade. O EJUVE, por sua vez, apresenta uma versão tímida e compacta de legalizar direitos as juventudes.

Compete ao Sistema Único de Assistência Social (SUAS) a oferta dos Serviços de Acolhimento, diante as situações de abandono e violações de direitos, ausência de referências familiares e/ou comunidade e o rompimento dos vínculos familiares ou necessidade de afastamento provisório do convívio familiar. Os Serviços de acolhimento integram a Proteção Social Especial de Alta Complexidade. Estes Serviços são organizados pela Resolução Nº 109, de 11 de novembro de 2009 que aprova a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais e o Plano Nacional de Promoção, Defesa e Garantia do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar (2005).

A integração e a articulação entre Estado, famílias e sociedade civil como um todo

age como atores envolvidos no Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente estruturados em três grandes eixos, que são: Defesa, Promoção e Controle. Ao que se percebe, o vigente aparato legal é desenvolvido e tem em seus suportes teóricos prima pela emancipação social visando atender este público, colocando então seu posicionamento onde, “A questão é outra: como devemos travar esta luta, de qual perspectiva devemos defender os direitos ameaçados dos trabalhadores para que consigamos acumular força tendo em vista a emancipação humana [...]” (LESSA, 2007a, p. 55).

A pesquisa em tela advém da busca em reconhecer a inquietação que o Serviço de Acolhimento Institucional para Crianças e Adolescentes – (SAICA) propaga frente o cotidiano de difíceis vivências, seja esta a negligência, o abandono e a violência, não só física, mas também psicológica, sexual e institucional, que produzem marcas significativas na história pessoal de cada um dos sujeitos dessa dinâmica. O cotidiano de trabalho no acolhimento na modalidade casa-lar, se fez um importante cenário, fomento conhecer para além dos aspectos jurídicos aqui descritos, conhecer histórias e vivências, o exercício profissional permite avaliar de perto e de diferentes direções quanto à efetividade das políticas públicas, em específico quanto à proteção social destas crianças e adolescente e suas famílias. Os serviços de acolhimento devem funcionar como moradia provisória e excepcional até que a criança ou adolescente possa retornar ao convívio com a família de origem, extensa ou ampliada, ou, em último caso, seja colocada em família substituta por meio da adoção, destaca-se ainda que o afastamento do convívio com a família exige a aplicação de medida protetiva de acolhimento pela autoridade competente.

Desde a implementação do ECA em 1990, o tema da reinserção familiar de crianças e adolescentes abrigados vem assumindo espaço tanto em centros de pesquisa, fóruns e estudos de casos. São diversas as nomenclaturas que definem o processo de saída do acolhimento institucional, como desligamento institucional, desabrigamento, reintegração familiar, desinstitucionalização, retorno à família/ convivência familiar, reunificação familiar e reinserção familiar (AZOR E VECTORE, 2008; SILVA E NUNES, 2004). Os termos sugerem o retorno de crianças e adolescentes para à família, podendo ser a de origem, a extensa e a adotiva.

Pois então, o que o sistema oferece aos jovens desligados de forma compulsória devido à maioridade civil? O que se tem no alcance das políticas públicas para essa nova fase de suas vidas? Para onde vão estes jovens? Eles saem com “emprego”, “tem um lugar para viver”, ou apenas são desligados do serviço iniciando suas vidas por si próprios? O sistema os prepara para isso? São perguntas como estas que regem a presente pesquisa, espera-se conhecer esta realidade através das memórias e da perspectiva destes jovens.

É em meio a tantas incertezas, que ainda na adolescência e na companhia quase que exclusiva das equipes do acolhimento institucional, tentam buscar meios para a promoção de autonomia financeira, atrelada a subsistência primária que pode assentar ou não a viabilidade de seus planos futuros, o autocuidado e autogestão, que também demandam ação profissional e direcionamento frente a demais políticas públicas.

A análise sobre a eficácia social do que está normatizado tende a ter a crítica central no executivo, naqueles que implementam as políticas. Pela análise gramsciana é possível acrescentar que, as contradições das diversas emancipações, as tensões entre a

emancipação civil e a emancipação social, colocam os jovens egressos em uma situação ainda mais frágil e vulnerável, perpassa o entendimento de autonomia e dignidade humana. Enquanto sistema instaura-se uma obrigatoriedade na emancipação civil onde os jovens devem seguir de forma autônoma e solitária, sem tutela para a prática de atos da vida civil, o que não vem em paralelo com a garantia da emancipação política ou mesmo a emancipação social.

O que remete a necessidade de refletir sobre as políticas com que estes profissionais atuam, o saber reconhecer as condições objetivas, na conjuntura de alienação e de cerceamento da autonomia e das possibilidades de mudança.

Conforme afirma Marx (1985) o proletariado tendo então apenas sua própria força de trabalho para manter-se no sistema, este que já opera em demasiada desigualdade, coloca-se então ênfase no recorte desta pesquisa, adolescentes que desde muito cedo serão responsabilizados em manter seus próprios cuidados já que a proteção social que lhes foi ofertada tende a sessar junto a sua maioria e ainda são incipientes as medidas destinadas a este público.

O trabalho para estes jovens, passa ainda na adolescência, denotar a centralidade em seu sentido contraditória, onde a questão de autonomia em relação ao mercado de trabalho e a autonomia de renda no mundo liberal resume na conquista sobrevivência, fica então distante da concepção ideológica nata em que se traduz o trabalho, uma atividade vital, uma potência do humano em relação a natureza como então defendida por Marx.

Qualitativamente como potencial, uma atividade vital que expressa os poderes e capacidades do homem. O trabalho é um processo em que o ser humano com sua própria ação, impulsiona, regula e controla seu intercâmbio material com a natureza [...] atuando, assim sobre a natureza externa e modificando-a, ao mesmo tempo modifica sua própria natureza. (MARX 1985, *apud* OLIVEIRA 2006, p. 77)

Neste contexto, o que se tem é a produção de uma dependência destes sujeitos ao sistema de garantia de direito, uma questão social emergente, a qual pode ser interpretada como sendo a expressão de “desigualdades econômicas, políticas e culturais das classes sociais, mediadas por disparidades nas relações de gênero, características étnico-raciais e formações regionais, colocando em causa amplos segmentos da sociedade civil no acesso aos bens da civilização.” (IAMAMOTO 2008).

As aproximações ao pensamento gramsciano, apresentam questionamentos que fortalecem as críticas ao sistema a serem tecidas ao longo da dissertação, sendo então possível refletir sobre: Qual a distância desses jovens para conquista da emancipação humana? Ou melhor o que falta ao sistema de garantia de Direitos que não sustentam tal promoção? E principalmente, qual a emancipação possível de acordo com a realidade e normativas atuais?

A análise referente ao pensamento político de John Locke com ênfase no que diz a liberdade humana e a segurança jurídica, a preservação dos direitos naturais e a defesa do contrato civil, pois seria por este a conquista da segurança e preservação dos direitos inerentes à condição humana. Na realidade do público pesquisado, a interface do Estado que se titula responsável por esses adolescentes enquanto estão sob a medida protetiva e depois de sua então emancipação civil, passam a gerir suas vidas a contar a sua própria sorte ou azar.

A emancipação política, conforme descrita por Marx é resultado da revolução burguesa, portanto, emancipação da burguesia e não da humanidade, logo:

A emancipação política de fato representa um grande progresso; não chega a ser a forma definitiva da emancipação humana em geral, mas constitui a forma definitiva da emancipação humana dentro da ordem mundial vigente até aqui. Que fique claro: estamos falando aqui de emancipação real, de emancipação prática (MARX, 2010, p. 41).

Neste sentido, destaca-se que os limites do Sistema de Garantia de Direitos, reproduzem os limites da emancipação política e a necessidade da defesa de uma emancipação verdadeiramente humana, fala-se aqui na dualidade da discussão entre o direito do cidadão e o direito humano, onde o primeiro, que se concluído com êxito é capaz de garantir a estes jovens o direito de moradia e saúde, porém, não os libertaria da voraz relação do capital sobre a propriedade privada. No caso destes jovens, a eles é negado inclusive a emancipação política, afirmando Marx que:

A emancipação política é a redução do homem, por um lado, a membro da sociedade burguesa, a indivíduo egoísta independente, e, por outro, a cidadão, a pessoa moral. Mas a emancipação humana só estará plenamente realizada quando o homem individual real tiver recuperado para si o cidadão abstrato e se tornado ente genérico na qualidade de homem individual na sua vida empírica, no seu trabalho individual, nas suas relações individuais, quando o homem tiver reconhecido e organizado suas “forces propres” (forças próprias) como forças sociais e, em consequência, não mais separar de si mesmo a força social na forma da força política (MARX, 2010, p. 54).

A presente pesquisa, permeada pelos pensamentos e defesas de Marx e Gramsci, destaca-se na referida pesquisa o desafio social da conquista pela liberdade plena e a emancipação humana, evidenciando não apenas os desafios da juventude aqui descrita pela liberdade política. É preciso ainda pensar políticas e seguridades a sociedade que ultrapasse ou ainda amenizem as mazelas do capitalista. Está problemática social deve ultrapassar os muros das instituições de acolhimento, destacando que o acolhimento deve pressupor um lugar de ensaio para a vida adulta e não um processo de maturação forçado baseado no sentido da sobrevivência. Uma urgência quanto a atenção ao público pesquisado, de forma que se avalie a necessidade de o Sistema de Garantia de Direitos ampliar o olhar quanto aos jovens egressos do acolhimento institucional em razão de sua maioria civil, analisando a cobertura protetiva das políticas públicas que tratam dos Direitos das Crianças e Adolescentes.

## REFERÊNCIAS

AZOR, Ana Mafalda Guedes Cabral Courinha Vassalo and VECTORE, Celia. Abrigar/desabrigar: conhecendo o papel das famílias nesse processo. *Estud. Psicol. (Campinas)* [online]. 2008, vol.25, n.1, pp.77-89. ISSN 1982-0275. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-166X2008000100008>

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 jul. 1990

BRASIL. Lei 12.852, de 5 de agosto de 2013. Institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude – Sinajuve. Brasília, 2013.

CIAVATTA, Maria. Emancipação: a historicidade do conceito e a polêmica no processo real da existência humana. *Revista Trabalho Necessário*. Ano 12, nº 18, 2014. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/trabalhonecessario/article/view/8593>. Acesso em: 30, abril. 2021.

LESSA, Sérgio. A Emancipação Política e a defesa de direitos. In: X Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social, Pernambuco, 2006. p. 1-16.

MARX, Karl. *Sobre a questão judaica*. São Paulo: Boitempo, 2010

OLIVEIRA, Ivanilde Apoluceno de. *Filosofia da Educação: Reflexões e debates*. Petrópolis, RJ. Vozes, 2006.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. Razões (e práticas) de Estado: os mal-estares entre a liberdade e a segurança jurídica. *Rev. Investig. Const.*, Curitiba, 2016. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S235956392016000300167&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S235956392016000300167&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 28, abril. 2021.

SILVA, José Fernando Siqueira. *SERVIÇO SOCIAL: resistência e emancipação?* Tese de livre docente apresentada à Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. 2010.

## As principais mudanças da nova lei de licitação 14.133/21

### *The key changes in the new procurement law 14.133/21*

**Anielle Lima Rodrigues**

*Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário São Lucas, 2023*

**Anikelle Lima Rodrigues**

*Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário São Lucas, 2023*

**Delner do Carmo Azevedo**

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

#### RESUMO

A nova Lei de Licitações trouxe algumas mudanças no ordenamento jurídico uma vez que a legislação vigente revogou, a Lei do pregão e a Lei de RDC ( Regime Diferenciado de Contratação). Nesse sentido o objetivo geral do trabalho é averiguar as principais alterações trazidas pela lei 14.133/2021 de licitação em relação lei n. 8.666/93 Foram realizados estudos bibliográficos para obter embasamentos teóricos sobre o tema, e logo em seguida, foi realizada uma pesquisa por meio das mídias sociais (*WhatsApp e Instagram*) através de um questionário online. A pesquisa utilizou uma abordagem quantitativa, baseada na técnica de coleta de dados, cujo propósito é analisar os resultados estatisticamente e descritivo porque, além de analisar as características de um determinado grupo, procurou explicar o problema com mais clareza e utilizou a coleta de dados para fundamentar os resultados. Observou-se que a maioria dos respondentes não costumam acessar o site portal da transparência da prefeitura da sua cidade para acompanhar as licitações realizadas. Verificou-se também que a maioria desconhece a nova modalidade licitatória diálogo competitivo que servirá para licitar objeto com alta complexidade técnica ou tecnológica para situações onde a solução não está disponível no mercado. Conclui-se que a nova Lei 14.133/2021, procurou unificar todas as medidas, decretos e leis com a antiga lei 8.666/93 se tornando uma norma geral vasta, além de trazer novidades cruciais não encontradas na antiga lei.

**Palavras-chave:** nova lei de licitações. alterações. inovações.

#### ABSTRACT

The new Bidding Law brought some changes in the legal system since the current legislation revoked the Auction Law and the RDC Law (Differentiated Contracting Regime). 14.133/2021 of bidding in relation to law n.



8.666/93 Bibliographical studies were carried out to obtain theoretical foundations on the subject, and soon after, a survey was carried out through social media (WhatsApp and Instagram) through an online questionnaire. The research used a quantitative approach, based on the data collection technique, whose purpose is to analyze the results statistically and descriptively because, in addition to analyzing the characteristics of a given group, it sought to explain the problem more clearly and used data collection to substantiate the results. It was observed that most of the respondents do not usually access the transparency portal site of the city hall of their city to follow the bids made. It was also found that most are unaware of the new bidding modality, competitive dialogue, which will serve to bid for objects with high technical or technological complexity for situations where the solution is not available in the market. It is concluded that the new Law 14.133/2021, sought to unify all measures, decrees and laws with the old law 8.666/93 becoming a vast general norm, in addition to bringing crucial novelties not found in the old law.

**Keywords:** new bidding law. amendments. innovations.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho visou abordar a nova lei de licitações 14.133, uma norma moderna que merece ser aprofundada para identificar as principais mudanças que foram feitas nas licitações por esse novo corpo legal. As mudanças no ordenamento jurídico da Lei 14.133/2021 incidem sobre as inovações nas modalidades licitatórias, que afetarão todos os cidadãos brasileiros, pois é através escolha de uma delas que se aplica o procedimento licitatório a instituições públicas a fim de fornecer à população serviços adequados para obter bens ou serviços.

A importância de se abordar sobre a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos é que a administração pública deve fazer cumprir os novos dispositivos legais em suas contratações, uma vez que a legislação vigente revogou, as Leis de Licitações, a Lei do Pregão e a Lei de RDC (Regime Diferenciado de Contratação).

Além de abordar sobre as novidades que a Lei 14.133/2021 traz, faz-se discorrer sobre a sustentabilidade, pois com a alteração da nova Lei nº 14.133/2021 sobre licitações, há um foco maior em criar um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e o desenvolvimento sustentável do país.

Diante de tantas mudanças legislativas, incluindo o tema da sustentabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, finalmente chegou a hora de o direito das compras públicas e dos contratos administrativos dar maior ênfase a esse tema (RODRIGUÊS, 2021).

Cabe ressaltar que, de acordo com o Manual da AGU para a Implementação de Licitações Sustentáveis na Administração Pública Federal (CGU, 2020), o desenvolvimento sustentável possui três pilares, a saber: ambiental, social e econômico. Segundo a Controladoria da União - CGU (2020), isso tem levado à atribuição do termo tripla *Bottom Line*, interpretado como um tripé para a sustentabilidade.

De acordo com as Diretrizes Nacionais de Contratos Sustentáveis elaboradas pelo Ministério Público, um procedimento de contratação sustentável deve seguir 4 etapas: etapa

1) a necessidade do contrato e a possibilidade de reaproveitamento/redimensionamento ou aquisição por meio de o processo de revogação; etapa 2) um plano de recrutamento com parâmetros de sustentabilidade; etapa 3) uma análise de equilíbrio entre os princípios de equilíbrio, superioridade e licitação de sustentabilidade e etapa 4) gestão e fiscalização de contratos e gestão de resíduos (BRASIL, 2021).

Nesse sentido, a Lei 14.133/2021 parece incorporar explicitamente a importância de as administrações públicas considerarem o ciclo de vida dos bens e materiais em suas contratações públicas, como forma de garantir a sustentabilidade dessas contratações. A sustentabilidade deve nortear todas as ações da administração pública e da sociedade, pois o art. 225 da CF de 88 obriga os poderes públicos e as comunidades a defender e proteger o meio ambiente ecologicamente (HAYANE, 2021).

Desde a Lei 8.666/93, o desenvolvimento sustentável do país passou a ser um dos objetivos das licitações e contratos públicos. De acordo com o artigo 11, inciso IV, a novidade dessa lei é que, além de elencar como objetivo, torna-se um princípio a ser seguido no recrutamento pela administração pública (AMORIM, 2021).

De acordo com o relatório anual da Superintendência Municipal de Licitações (SML), estima-se uma economia de 32% nos cofres públicos do município de Porto Velho, o que também se traduzirá em novas contratações. A força motriz da gestão é fazer a máquina pública funcionar e trazer mais benefícios para povo. Em 2021 a Superintendência Municipal de Licitações já previa se adequar à Lei nº 14.133 de licitações no ano de 2022, com o objetivo de melhorar ainda mais os processos licitatórios (PREFEITURA DE PORTO VELHO, 2021).

Na pesquisa realizada de janeiro a agosto de 2022 pela SML, verificou-se que houveram cerca de R\$ 150 milhões licitados em pregões eletrônicos e que a tendência segundo os dados da Superintendência Municipal de Licitações a expectativa era que aumentasse mais até o final de 2022 (SML, 2022).

Tendo em vista as mudanças ocorridas no ordenamento jurídico com a implementação da nova Lei de Licitações 14.133 bem com seus efeitos para a cofres públicos e população questiona-se entender “Quais as principais alterações e efeitos do regime jurídico da Lei nº 14.133/2021 quanto à forma de licitação?”. Nesse sentido, o objetivo geral é averiguar as principais alterações trazidas pela Lei 14.133/2021 de licitação em relação à Lei n. 8.666/93.

Nesse sentido, foram traçados os seguintes objetivos específicos: Abordar sobre as espécies de Modalidades de Licitações; identificar quais permanecem em vigor, as que sofreram alterações e substituições, comparar a nova Lei com o ordenamento jurídico antecedente, para detectar inovações aos processos licitatórios, analisar o conhecimento da população de porto velho acerca da nova lei de licitações.

Foram realizados estudos de cunho bibliográfico para obter fundamentações teóricas acerca do tema e responder a pergunta problema em pauta e logo em seguida, foi realizada uma pesquisa por meio das redes sociais (*WhatsApp e Instagram*) para se ter um parâmetro do conhecimento da população de Porto Velho acerca da nova lei de licitações, a fim de verificar se a população têm ciência das mudanças que ocorreram a partir da nova lei de licitações. Na pesquisa online realizada nas redes sociais WhatsApp



e *Instagram* foi disponibilizado um link abaixo de um *folder* explicativo referente ao tema da pesquisa, para que as pessoas que optassem em colaborar com a pesquisa pudessem ser redirecionadas para o site <<https://form.dragnsurvey.com/survey/r/03148ef8>> para que pudessem responder ao questionário. Foi criada uma pasta de coleta no próprio site da Dragnsurvey onde todas as respostas são computadorizadas e analisadas estatisticamente através de gráficos com a porcentagem das respostas dos respondentes.

## PRINCÍPIOS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Para entender o processo licitatório atual, é importante fazer uma breve revisão da evolução histórica das leis que regulamentam as compras públicas. A licitação no Brasil consta do Decreto 2926/1862, que regulamenta o leilão de serviços pelo Ministério do Comércio, Agricultura e Obras Públicas. Cabe ressaltar que o decreto necessita ser aprovado, para que o ministério possa contratar serviços para o fornecimento de materiais para construção ou coordenação de obras. Após a publicidade em anúncios, desenvolveu-se um processo de aquisição semelhante ao processo licitatório que conhecemos hoje (CASAGRANDA, 2020).

No ano de 1922, a Lei Federal de Contabilidade unificou a legislação referente às licitações, por isso o processo é chamado de “concurso público”, que é a obrigatoriedade de fornecimento e execução de obras com valores preestabelecidos em código (SANTOS, 2015).

Em 1967, uma grande reforma foi introduzida por meio da Lei nº 200/1967, na qual foi concebido o termo “licitação”. Vários métodos de licitação já estão previstos na Lei: avaliação de preço, concorrência e convite à aquisição, Leilões de Concorrência e Disposição de Itens com Regulamento de Prêmios (RODRIGUÊS, 2021).

Com o Decreto-Lei nº 2.300/1986, foram estabelecidas regras mais rígidas quanto à divulgação das licitações. Nesse decreto, convencionou-se o cancelamento da licitação, entretanto, não previa-se a possibilidade de se realizar a revogação da licitação com o Decreto - Lei nº 2.300/1986, essa possibilidade somente passou a ser possível através da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993).

Através da Constituição Federal de 1988, foram superadas as discussões sobre a possibilidade de aplicação do processo licitatório a outros entes federados. Atualmente, a licitação é considerada matéria de direito administrativo. É importante salientar que Lei nº 10.520/2002 dispõe sobre as formas de licitações que podem ser adotadas durante os pregões pelas entidades públicas (FURTADO, 2021).

Ademais, antes de entrar no modelo, é importante conceituar a licitação como um processo realizado por entidades de direito público, caracterizado por uma série de procedimentos que visam obter as propostas mais favoráveis de bens e serviços contratados (MONTEIRO, 2021).

Nesse sentido a licitação é instituído ainda como um processo administrativo regulamentado por lei e ação administrativa prévia, que designa critérios objetivos na busca por encontrar propostas de contratação mais viáveis com intuito de melhorar o

desenvolvimento sustentável do país, de acordo com o princípio da igualdade de direitos, realizado por órgãos com competência específica (MONTEIRO, 2021).

Por meio de licitações e procedimentos subsidiários, administradores de todo o país administram as compras do setor público e os insumos necessários à gestão de órgãos públicos inteiros e sua gestão em diversas áreas, como educação, saúde, assistência social, agricultura, engenharia, turismo e esportes (BRASIL, 1988).

A razão da licitação fundamenta-se no interesse em realizar as contratações necessárias ao funcionamento do setor público, por meio dos procedimentos previstos em lei e nos princípios atualmente recolhidos na Lei 14.133/2021, nos seguintes valores:

## CAPÍTULO II

### DOS PRINCÍPIOS

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (BRASIL, 2021).

Para uma melhor compreensão sobre alguns princípios descritos acima, serão abordados as finalidades dos seguintes princípios: princípio da moralidade, princípio legalidade, princípio finalidade e princípio da segregação de funções.

O princípio da moralidade institui a legalidade da conduta licitatória de modo que não desvirtuem o seu objeto, mantendo a integridade da sociedade, a honestidade, a boa-fé, a integridade, a moralidade e o comportamento ético (SANTOS, 2015).

No princípio da legalidade, os atos da administração pública devem ser prescritos por lei ou regulamento, enquanto na administração privada é legal tudo aquilo que não é vetado pela legislação, na administração pública só é aceito o que é lícito por lei (PIRES, 2012).

O princípio de finalidade destina-se constitucionalmente a impedir que a ação da administração pública seja influenciada por discriminações, perseguições, privilégios indevidos, impondo a imparcialidade na proteção daquilo que de interesse público, vetando a promoção pessoal de autoridades ou funcionários públicos (MEIRELLES, 2016).

O princípio de moralidade institui a legalidade da conduta licitatória de modo que não desvirtuem o seu objeto, mantendo a integridade da sociedade, a honestidade, a boa-fé, a integridade, a moralidade e o comportamento ético (SANTOS, 2015).

O princípio da segregação de funções inclui a divisão das funções para que não haja atividades incompatíveis exercidas por servidores públicos, como execução e supervisão simultâneas, ou chefiar o departamento de licitações responsável, e formulando um item essencial ou como um mensageiro (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2017).

## DO PROCESSO DE LICITAÇÃO

Segundo Justen Filho (2014) para realização de atividades de prestação de serviços públicos, o poder público precisa estabelecer um contrato com empresas, profissionais, pessoas físicas ou mesmo jurídicas, que lhes possam ofertar bens e serviços, deve se destacar que deve haver um tratamento igualitário para todos eles, procurando selecionar para a Administração Pública, a melhor proposta.

Justen Filho (2014) atenta que a licitação é um ato administrativo que é disciplinado por lei com projetos administrativos definidos previamente. O projeto de lei determina as sugestões de recrutamento mais favoráveis e os padrões objetivos para promover o desenvolvimento sustentável do Estado.

## NOVA LEI DE LICITAÇÕES

A nova lei foi aprovada no segundo semestre de 2020 na forma de um mandato da Câmara dos Deputados, mas é realizada desde 2013. As novas leis começaram a fazer algumas alterações como substituir a antiga lei 8.666/93, a Lei do Pregão e o RDC 12.462/2011 a fim de modificar o gerenciamento de contratações públicas (FURTADO, 2021).

A nova lei estabeleceu ainda contratos gerais de licitação e administração. Esses contratos serão aplicáveis a toda a administração pública direta e básica da entidade federal, incluindo as entidades de controle direto e indireto de fundos especiais e administração pública. Não entrará para os contratos administrativos e de licitação empresas estatais onde contrato continua sob a jurisdição da Lei 13.303/2016 (MACHADO, 2021).

O artigo 191 da nova lei de licitação estipula que o projeto foi imediatamente aprovado pelo Presidente da República. À medida que a nova lei entrar em vigor imediatamente após a aprovação, não haverá qualidade de vaga. De acordo com o artigo 1 da LINDB, o prazo é de 45 dias da publicação. No que diz respeito às novas leis, a eficácia é direta, ou seja, pode ser usado imediatamente (MACHADO, 2021)

Portanto, nos últimos dois anos, a nova lei entrará em vigor ao mesmo tempo, e a administração pública pode adotar qualquer sistema com base em sua preferência (NIEBUHR, 2021).

No que confere ao contrato e ao seu sistema de transição, o regime seguirá o que está no edital. Licitação, como o contrato está relacionado à licitação, mesmo que o termo passe o contrato seguirá o que foi definido na licitação (RODRIGUÊS, 2021).

A Lei nº 14.133/2021 exclui os métodos de acordo com o preço e o convite. Agora existem cinco métodos: concorrência, negociação, leilão, concorrência e diálogo competitivo. Em relação aos padrões de julgamento, a lei estipula o seguinte conteúdo: melhor tecnologia ou conteúdo de arte; preço mínimo ou desconto mais alto; retornos econômicos maiores e lances máximos; tecnologia e preço.

Com a inserção da nova Lei nº 14.133/2021 se introduz o diálogo competitivo nas

licitações que foi projetado para recrutar projetos, serviços e compras onde a administração pública organiza um diálogo com base em objetivos pré - estabelecidos as alternativas que podem atender às necessidades dos interesses públicas, sendo essas propostas mostradas no final do diálogo com os licitantes.

O diálogo competitivo com a publicação das atas e gravações pela comissão de contratação fica de fora e passa a ser composta de três servidores públicos do setor Administração, onde é excluído contratar profissionais para acompanhamento técnico da comissão (LIMA *et al.*, 2021).

Fica obvio que o objetivo da Lei nº 14.133/2021 de transpor as dificuldades passadas pelo Poder Público, inclusive no que insere a contratações de objetos que envolvam alta complexidade e inovação tecnológica. Portanto, para Zago e Rodrigues (2019), o diálogo competitivo pode proporcionar maior consistência entre os interesses e as expectativas do contratante, para que a solução possa aderir ao interesse público, trazendo maior consistência, estabilidade e certeza legal.

## MODALIDADES DE LICITAÇÃO

Após discutir os princípios, faz-se necessário distinguir e identificar os novos métodos de licitação, os que ainda são válidos e os que mudaram, com o objetivo de esclarecer as razões de cada um e sua importância. A Lei 8.666/1993 (Legislação Geral de Licitações), a Lei 10.520/2002 (Pregão) e a Lei 12.462/2011 (RDC) coexistirão com a nova Lei 14.133/2021 até março de 2023 (BRASIL, 2021).

A nova Lei 14.133 entrou em vigor no dia 1º de abril de 2021 com alterações em seu texto para promover a segurança para grandes obras. Será detalhado a diante como ficou o Pregão, concursos, licitações e leilões, bem como procedimentos auxiliares, certificação, pré-qualificação, manifestação de interesse, sistemas de registro de preços e cadastros para apurar com mais precisão suas alterações/inovações (BRASIL, 2021).

A nova Lei prevê ainda a possibilidade de introduzir um orçamento confidencial, o que permite ao órgão responsável pelos concursos decidir se o orçamento deve ser mantido em segredo. Caso algum desses critérios seja adotado, como desconto máximo, estimativa ou preço máximo aceitável, deverá constar no edital (MONTEIRO, 2021).

No Brasil a Modalidade de licitação é um procedimento pelo qual se escolhe o licitante que será contratado. Para a administração realizar licitações existem vários procedimentos, sendo um respondente a uma modalidade de licitação. Essa variedade existe devido a vários contratos realizados pelos órgãos públicos (HAYANE, 2021).

O pregão era considerado o protagonista das modalidades, antes disciplinado pela Lei n. 10.520/02 que terá sua revogação quando acabar o período de vigência (02 anos) da nova lei de licitações, será disciplinada pela mesma.

O pregão é designado como a “modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto” (BRASIL, LEI Nº 10.520, 2002). Este método é considerado um dos

mais importantes, antes regida pela Lei 10.520/02 será revogado no final da nova lei de licitação quando encerrar o prazo de 2 anos da nova lei de licitações e será regida pela mesma (FURTADO, 2021).

O pregão será somente utilizado para contratações de serviços comuns de engenharia, não sendo utilizados para serviços que exigem uma especialidade maior. A nova lei terá o planejamento como sustento da contratação pública onde os procedimentos serão muito bem definidos (BITENCOURT, 2020).

A Lei 14.133/2021 não extinguirá a reunião de negociação de face -a -face, mas traz o princípio da virtualização do comportamento de licitação. Embora a transação de face -a -face seja gradualmente usada como uma exceção, se for usada em uma sessão pública, deverá ser gravado tanto os áudios como os vídeos segundo o Art. 17, parágrafo 2 (RODRIGUES ,2021).

Haverá um “novo” agente de recrutamento, que será responsável pelos estágios internos e externos da licitação de gerenciamento, incluindo a área responsável pelo procedimento do processo (BITENCOURT, 2020).

O leiloeiro continuará a desempenhar o papel que sempre desempenhou e é responsável por realizar o evento, mas questionará se o leiloeiro é adequado para o recrutamento de “novos” agentes (RODRIGUES, 2021).

O modelo de diálogo competitivo é inspirado no modelo da UE (União Europeia) e sua função é fornecer soluções para compras complexas de gerenciamento público por meio de diálogo (JOINSY ,2021).

Este método é adicionado pela Lei 14.133/2021, artigo 6, projeto XLII, para projetos de contratação, serviços e compras, gestão pública e gestão pública por meio de padrões objetivos para conversar com os licitantes de previamente selecionados para espécies ou múltiplas alternativas, o licitante deve propor a proposta final após a conversa (ANDRADE, 2021).

De acordo com o texto legal, o governo pode ter diálogo contínuo com o licitante, e as sugestões enviadas por entidades privadas serão gradualmente restritas (JOINSY, 2021).

Nos termos da nova lei de licitações 14.133/2021, fica evidente as limitações das entidades públicas na área de preparação e desenvolvimento de medidas complexas, o que demonstra uma alteração favorável para as contratações públicas (AMORIM, 2021).

Embora apresente algumas limitações, retiram-se barreiras desnecessárias e as tornam mais simplificadas e seguras ao gestor público através do diálogo competitivo, adaptação e formação de ferramentas atualizadas para o atender às particularidades da gestão, o que evitará um rombo ainda maior do poder público (RODRIGUES DA SILVA, 2022).

A modalidade leilão é utilizada para a “alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance” (inciso XL do artigo 6º). É uma modalidade utilizada quando a Administração Pública procura alienar um bem

que não lhe é útil ou que foi objeto de alguma apreensão (PIETRO, 2020).

De acordo com Pietro (2020), aqueles que estão interessados em participar dos leilões não precisarão ser registrados antes. O leilão terá os seguintes rituais: o estágio de licitação, o estágio de apelação, o pagamento e a aprovação do vencedor, conforme descrito no edital (artigo 31).

O concurso é a seleção de métodos de licitação científica ou artística, e seus critérios de julgamento serão o melhor conteúdo de tecnologia ou arte e concedem o prêmio ou salário dos vencedores (XXXIX do artigo 6), semelhante à lei antiga 8.666/1993 (REK, 2014).

A lei permitirá que a concorrência elabore os projetos, para que os órgãos públicos possam estabelecer medidas anteriores a entrega e interagir com o privado para atingir as metas necessárias (MONTEIRO, 2021).

No caso de projetos competitivos de preparação de projetos, o vencedor deve dar direitos administrativos públicos de que os direitos de propriedade relacionados a ele e autorizá-lo a implementar o agente público responsável de acordo com a oportunidade e a conveniência do órgão (MACHADO, 2021).

## FASES DA LICITAÇÃO

Na nova lei, independentemente do método utilizado, ela contém uma série de etapas que devem ser realizadas nas seguintes etapas: fase preparatória, edital, apresentação de propostas e licitações, julgamento, habilitação, recurso e, por fim, homologação. O modelo RDC da Lei 12.462 foi abolido, mas práticas comuns desse modelo, como maiores descontos e maior retorno financeiro, foram integradas à nova lei (MACHADO, 2021).

A licitação é um processo administrativo. É representado por uma série de ações administrativas e possui objetivos únicos para licitar publicamente. Nesses sentido, enfatizamos a fase de constituir seus respectivos procedimentos (SANTOS, 2016).

Os procedimentos para a nova licitação legal incluem um grupo de fases sendo elas: preparação, divulgação de licitação, propostas, lances, julgamento, qualificação, aplicação, apelo e aprovação (HAYANE, 2021).

Uma das inovações mais relacionadas é a fase de preparação da implementação do processo de licitação. Esse processo é baseado nos princípios de planejamento e representa o estágio interno do programa (HAYANE, 2021).

Outra novidade relacionada é inversão de fases, que já faz parte do método de licitação de certos métodos ou categorias, como a negociação e a qualificação será obtida após a proposta e as qualificações da pessoa vencedora (MONTEIRO, 2021).

## ALTERAÇÕES DOS CONTRATOS

A lei 14.133/2021 formaliza o regime de alteração dos contratos administrativos

se equiparado com a lei 8.666/93. Alocando soluções firmadas por jurisprudências (AMORIM,2021).

O artigo 132 da Lei n. 14.133/2021 estabelece a execução das prestações determinadas pela Administração à prévia formalização de termo aditivo, com exceção dos casos com necessidade de antecipação de seus impactos, cuja formalização deverá ocorrer no prazo de um ano (HAYANE, 2021).

Uma das mudanças será a busca por licitações em forma eletrônica, cabe destacar que ainda será admitido a forma presencial, se o mesmo cumprir alguns critérios como gravação da sessão registrada em ata com recursos tecnológicos de áudio e vídeo previstos no art. 17, § 2º (AMORIM ,2021).

Com a nova lei se estabelecerá mais segurança e transparência nos processos de licitações através da adoção de tecnologias para modelos digitais de obras e serviços de engenharia (OLIVEIRA, 2021).

## METODOLOGIA

Foram realizados estudos bibliográficos para obter embasamentos teóricos sobre o tema, e logo em seguida, foi realizada uma pesquisa por meio das mídias sociais (*WhatsApp* e *Instagram*) através de um questionário online.

Nas mídias *WhatsApp* e *Instagram* foi disponibilizado um link para que as pessoas que optaram em colaborar com a pesquisa pudessem ser redirecionados para o site <<https://form.dragnsurvey.com/survey/r/03148ef8>> para que possa responder ao questionário.

Essa pesquisa utilizou uma abordagem quantitativa, subsidiada na técnica de coleta de dados, cujo objetivo é analisar os resultados estatisticamente, conforme Gil (2002). É classificada como uma pesquisa aplicada, pois busca verificar quais as principais mudanças e implicações para empresas e órgãos públicos promovidas no regime jurídico da Lei 14.133/20221, no tocante as modalidades de licitações, dentro do exposto a pesquisa terá o objetivo geral de verificar as principais mudanças da nova Lei 14.133/20221 comparada com a Lei n. 8.666/93 e implicações para empresas e órgãos públicos.

A pesquisa é classificada como descritiva por buscar explicitar de forma mais clara o problema, além de analisar características de um determinado grupo, utilizando coleta de dados para subsidiar o resultado. O processo descritivo visa à identificação, registro e análise das características, fatores ou variáveis que se relacionam com o fenômeno ou processo (PEROVANO, 2014).

Para Lakatos (1991) esse tipo de abordagem se dá pelo processo pelo qual, o pesquisador por meio de um levantamento particular, chega a determinadas conclusões gerais, ou seja, parte-se do específico para o geral. Indução é um processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas.

Portanto, o objetivo dos argumentos é levar a conclusões cujo conteúdo é muito mais amplo do que o das premissas nas quais se basearam (LAKATOS E MARCONI, 1991).

A amostra da pesquisa foi composta por 71 pessoas sendo, 38 pessoas do sexo feminino e 33 pessoas do sexo masculino. Os dados foram coletados por meio de um questionário do tipo objetivo, logo após foi gerado pelo site Dragnsurvey os gráficos que serão apresentados estatisticamente para uma melhor visualização e discussão dos resultados.

## RESULTADOS E DISCUSSÃO

No presente capítulo apresenta-se os dados coletados na pesquisa aplicada nas mídias (*WhatsApp e Instagram*). Foi realizado um estudo sociodemográfico dos respondentes para se obter informações (idade, sexo, classe social, cor e escolaridade) para se caracterizar o perfil desses respondentes e fazer uma associação com as respostas obtidas das questões que trataram sobre a nova Lei de licitações 14.133/2021.

Os dados foram obtidos estatisticamente através do site Dragnsurvey. Os resultados estatísticos (porcentagem) serão apresentados de forma descritiva já a figura dos gráficos apresentados serão para ilustrar os resultados e em seguida apresentará a discussão dos resultados.

Verificou-se que a maioria dos participantes respondentes do questionário, quando perguntados sobre sua idade atual na questão 1, se eram maiores ou menores de 18 anos cerca de 97,18 % (69 pessoas) responderam ser maiores de 18 anos. Dentre esses, 2,82% (2 pessoas) apontaram ser menores 18 anos atualmente. Em relação ao sexo na questão 2 dentre os respondentes 52,86% (38 pessoas) eram do sexo feminino e 47,14%(33 pessoas) do sexo masculino.

Observou-se que os respondentes ao questionário, quando perguntados sobre a sua escolaridade na questão 3 um percentual de 24,64% (17 pessoas) dissera ser do ensino médio. Dentre esses, 69,57% (48 pessoas) possuem nível superior e 5,8% (4 pessoas). Verificou-se que nenhum dos respondentes eram do ensino fundamental, e 5,8 (4 pessoas) marcaram a opção outro por não se classificar em nenhuma das alternativas. Quando perguntado se trabalham na questão 4, verificou-se que dentre os respondentes da pesquisa aplicada 88,24% (60 pessoas) trabalham e 11,76% (8 pessoas) não estão empregados no momento.

Na questão 5, referente à classe social dos respondentes, 15,94% (11 pessoas) se classificam como de classe baixa, 81,16 % (56 pessoas) se classificam como da classe média. Dentre esses, 2,9% (2 pessoas) se classificam como sendo da classe alta.

Na questão 6, foi questionado sobre a raça dos respondentes, onde verificou-se que 10,14% (7 pessoas) se classificam como da raça preto (a) , 36,23 % (25 pessoas) se classificam como da raça branco (a). Dentre esses, 50,72 % (35 pessoas) se classificam como sendo da raça pardo (a) e 2,9 % (2 pessoas) da raça amarela, já referente a raça indígena nenhum dos respondentes se classificaram como indígena.

No que condiz ao estudo sócio demográfico verificou-se que grande maioria dos respondentes possuem ensino superior, são de classe média, raça parda, trabalham e são maiores de 18 anos. Na questão 7 foi questionado aos respondentes se poderíamos



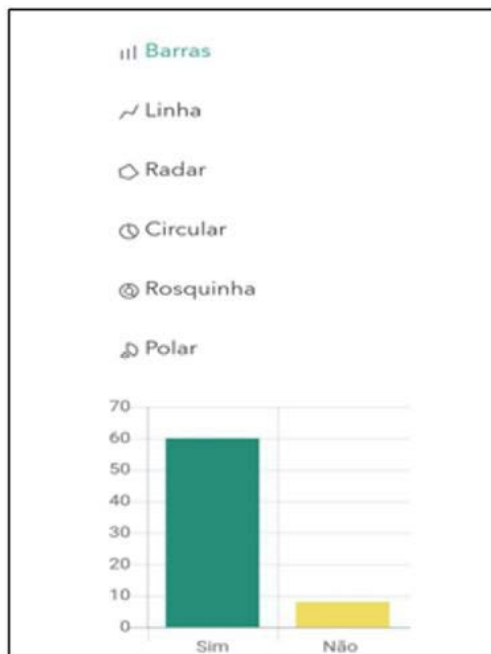
aprofundar mais sobre o assunto e 94,2 % (65 pessoas) disseram que sim, e 5,8 % (8 pessoas) disseram que não queriam aprofundar um pouco mais com a pesquisa. Ao todo tivemos 71 respondentes dentre esses 65 optaram por aprofundar mais sobre o tema da nova lei de licitações 14.133/2021.

Na questão 8, foi perguntado se os respondentes sabiam o que são licitações e 88,24% (60 pessoas) disseram que sim, já 11,76 % (8 pessoas) não sabem o que são licitações. Na questão 9, foi questionado os respondentes se eles conheciam ou haviam ouvido falar de alguma modalidade de licitação.

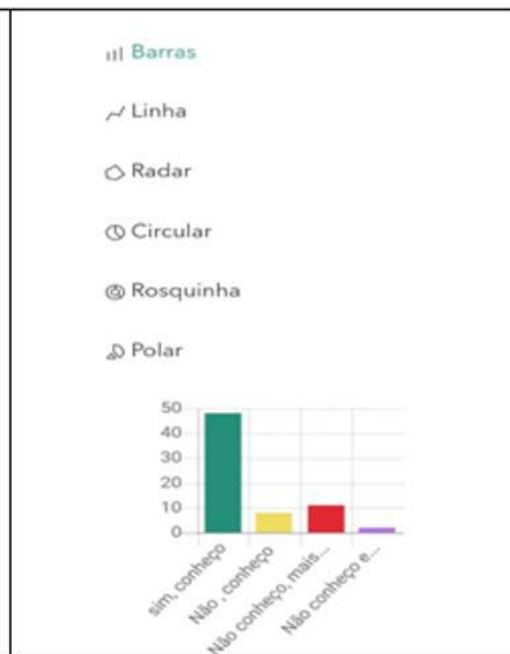
Dentre os respondentes 69,57% (48 pessoas) disseram sim conhecer, um percentual de 11,59 % (8 pessoas), disseram não conhecer, 15,94% (11 pessoas) relataram não conhecer , mais já ter ouvido falar e 2,9% ( 2 pessoas) relataram não conhecer e nunca ter ouvido falar.

Os gráficos a seguir 1 e 2 ilustraram a pergunta 8 e 9 do questionário aplicado.

**Gráfico 1 - Pergunta 8**



**Gráfico 2 - Pergunta 9**



**Fonte: Dados de pesquisa, Rodrigues e Rodrigues ,2023.**

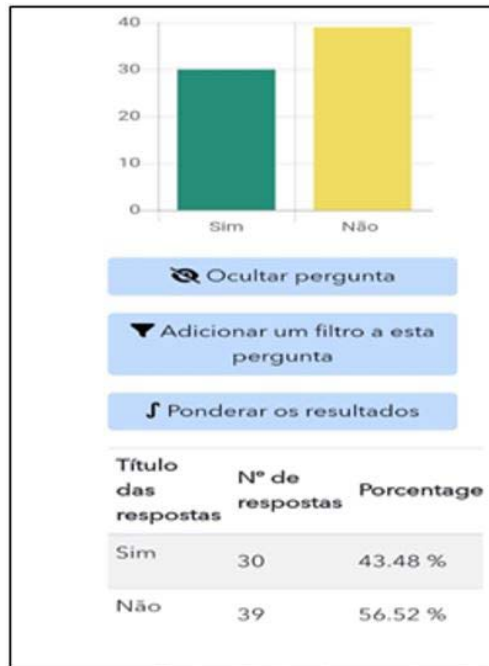
Foi perguntado na questão 10 aos respondentes se alguma vez já haviam acessado o site portal da transparência da prefeitura da sua cidade para acompanhar as licitações realizadas e um percentual de 43,48 % (30 pessoas), apontaram que sim , já 56,52 % (39 pessoas) relataram não ter acessado o site.

Na questão 11, foi explicado que a nova Lei extinguiu algumas modalidades de licitações como o convite e a tomada de preços. Na modalidade convite a licitação era voltada para contratos de valores menores, onde se escolhiam 3 empresas do mesmo setor para participar da disputa. Já na tomada de preços a escolha do fornecedor era mediante a oferta de preços. Então foi indagado se na sua opinião a nova lei trará mais benefícios para as empresas contratadas com extinção do convite e tomada de preços. Um total de 75,76 % (50 pessoas) sim trará mais benefícios, já 24,24 % (16 pessoas) acreditam que essa

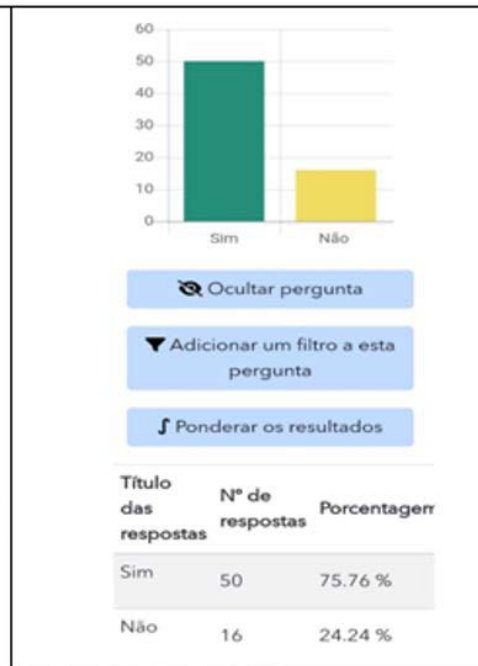
mudança não trará mais benefícios.

Será apresentado logo abaixo os gráficos 3 e 4 referentes às perguntas 10 e 11 do questionário.

**Gráfico 3 - Pergunta 10**



**Gráfico 4 - Pergunta 11**

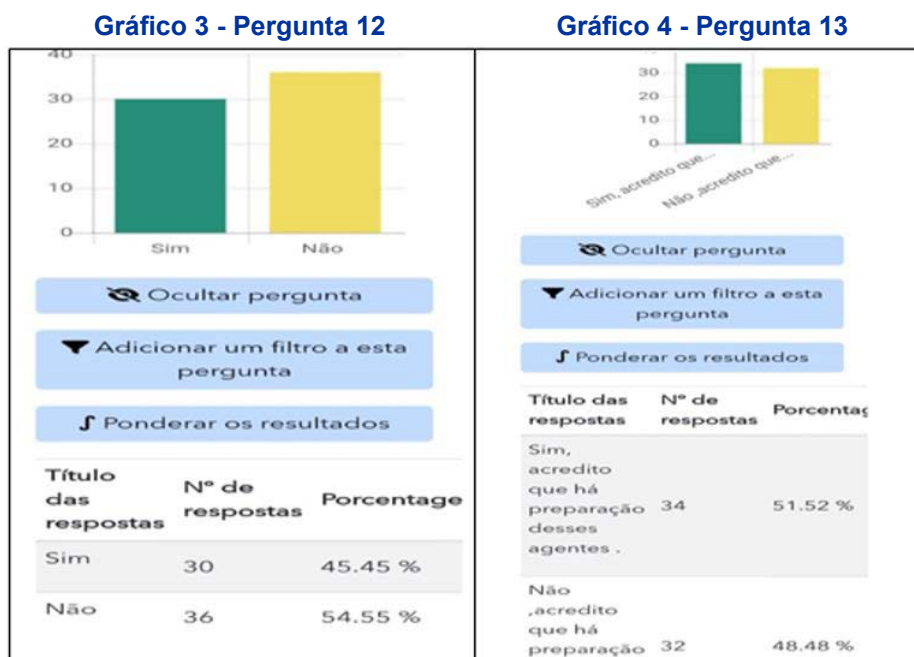


**Fonte: Dados de pesquisa, Rodrigues e Rodrigues ,2023.**

Na questão 12, foi questionado se sabiam que a modalidade licitatória diálogo competitivo, servirá para licitar objeto com alta complexidade técnica ou tecnológica para situações onde a solução não está disponível no mercado. Verificou-se que 45,45 % (30 pessoas) disseram sim, saber que a nova modalidade servirá para licitar objeto com alta complexidade técnica ou tecnológica para situações onde a solução não está disponível no mercado já 54,55 % (36 pessoas) responderam não saber da função da nova modalidade.

Na questão 13, foi explicado que com inserção da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nacional n.º 14.133/2021), a capacitação dos agentes da administração pública se tornou essencial, tanto que tem sido cobrança dos Órgãos de Controle para uma gestão pública moderna, ágil e transparente. Foi questionado se acreditam que o governo tem promovido a preparação desses agentes para a referida lei. Nesse sentido 51,52 % (34 pessoas) responderam que sim, acreditam que há preparação desses agentes para nova lei de licitações e contratos administrativos. Já 48,48 % (32 pessoas) disseram não acreditar que há preparação desses agentes.

Será apresentado logo a baixo os gráficos 3 e 4 referentes às perguntas 12 e 13 do questionário.



Fonte: Dados de pesquisa, Rodrigues e Rodrigues ,2023.

Observou-se que ainda perpetua muita desinformação sobre as licitações e que muitas pessoas ainda desconhecem as novas mudanças da nova lei de licitações 14.133/2021. Observou-se que maioria dos respondentes não costumam acessar o site portal da transparência da prefeitura da sua cidade para acompanhar as licitações realizadas. Verificou-se também que a maioria desconhece a nova modalidade licitatória diálogo competitivo que servirá para licitar objeto com alta complexidade técnica ou tecnológica para situações onde a solução não está disponível no mercado. Quanto à inserção da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nacional n.º 14.133/2021), a maioria dos respondentes acreditam que o governo tem sim, investido na preparação desses agentes para nova lei de licitações e contratos administrativos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo foram relatadas as principais inovações que a Lei n. 14.133/2021 trouxe em relação a antiga Lei n. 8.666/93, seu modo de aplicação, sua vigência e como será realizada o entendimento dela com a remoção da antiga lei, da Lei do Pregão 10.520/2002 e RDC (Regime Diferenciado de Contratação) – Lei 12.462/11 para serem integradas a nova lei.

O estudo procurou também analisar o conhecimento da população de porto velho acerca da nova lei de licitações, para isso se aplicou um estudo sociodemográfico para se obter informações sobre os respondentes e associá-las às suas respectivas respostas acerca da nova lei de licitações. Como já relatado acima verificou-se com o estudo sociodemográfico que grande maioria dos respondentes possuem ensino superior, são de classe média, raça parda, trabalham e são maiores de 18 anos. Se levarmos estes dados em consideração as respostas obtidas verificamos que tanto a classe social como a escolaridade influenciam no conhecimento dos respondentes acerca da nova lei de licitações.

A exemplo disso verificamos que as maiorias sabem o que é licitações e conhecem ou já ouviram falar sobre alguma modalidade de licitação, no entanto verificou-se que a maioria ainda não está inteirado sobre as mudanças que a nova lei de licitações trouxe.

Com base no referencial teórico aqui apresentado verificou-se que a nova Lei 14.133/2021, procurou unificar todas as medidas, decretos e leis com a antiga lei 8.666/93 se tornando uma norma geral vasta, além de trazer novidades cruciais não encontradas na antiga lei. Verificou-se ainda que agora se tem uma lei muito mais preparada e organizada para a reger a administração pública do que a lei anterior.

Entretanto, mesmo tendo muitos benefícios, muitas novidades e avanços, a nova lei errou em trazer a mesma burocracia que a lei 8.666/93 já trazia. Ou seja, a nova lei ainda será um sistema totalmente burocrático, engessado pela exigência de tantos documentos e muito falho em relação à segurança, facilitando as fraudes nas licitações.

De forma geral, a Lei n.14.133/2021 apresenta uma espécie de consolidação da legislação sobre licitações e contratos administrativos, onde se estabeleceu tudo numa mesma regra geral, mas totalmente extensa e exaustiva.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor. “Modalidades e Rito Procedimental da Licitação”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133/21. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ANDRADE, Ricardo Barretto de; ROST, Maria Augusta. Uma travessia pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/224250/ENFIM%20QUEM%20e%20O%20AGENTE%20DE%20CONTRATA%20C3%87%C3%83O%20NA%20NOVA%20LEI%20DE%20LICITA%20C3%87%C3%95ES.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 abr.2023.

BRASIL. Lei nº. 14.133, de 01 de abril de 2021. Institui normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Acesso em :28 de mar. 2023

\_\_\_\_\_. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 25 de fev. 2022

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm). Acesso em: 27 de mar. 2023.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.520/2002, de 17 de julho de 2002. Institui, [...]modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição 29 de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm). Acesso em: 28 de mar .2023.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/)

l12462.htm. Acesso em 28 de mar .2023.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitação e contratos [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 27 de mar .2023.

BITTENCOURT, Sidney. Contratos da Administração Pública. Leme: JH Mizuno, 2016. Livro digital.

CASAGRANDA, Sidinei. Licitações-Evolução Histórica No Brasil, Analista de Licitações, 2020. Disponível em <https://analistadelicitacoes.com.br/historia-das-licitacoes-no-brasil>. Acesso em 25 de mar. 2023.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Segregação de funções: como distribuir atividades, 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/comissoes/comissao-de-controle-administrativo-e-financeiro/atuacao/manual-do-ordenador-de-despesas/recursos-humanos-e-gestao-de-pessoas/segregacao-de-funcoes-como-distribuir-atividades>. Acesso em 10 de abr. de 2022.

FURTADO, Madeline Rocha, *et al.* A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 1 ed. Vila Velha: CONSULTRE, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 10 eds. Revista, atualizada e ampliada-SÃO PAULO. Revista dos tribunais, 2014.

HAYANE, Alexandre Bitencourt. Princípios que regem a licitação, JusBrasil, 2021. Disponível em: <https://hayne.jusbrasil.com.br/artigos/1178021787/principios-que-regem-licitacao-continuacao>. Acesso em :30 de mar de 2023.

JOINSY. Princípios do Direito Administrativo que regem as licitações públicas, 2021. Disponível em: <https://joinsy.com.br/principios-direito-licitacao/>. Acesso em 23 de mar de 2022.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Fundamentos de metodologia científica. 3. ed. rev. e a mpl. São Paulo: Atlas, 1991. 270 p.

MACHADO, Gabriela de Ávila. Considerações sobre a nova lei de licitações. CONJUR – Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-25/gabriela-machado-consideracoes-lei-licitacoes>. Acesso em: 30 de mar de 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 42 eds. / atual. Até a Emenda Constitucional 90, de 15.09.2015, São Paulo: Malheiros, 2016.

MONTEIRO, Diego Alvarenga Brito. Lei de Licitações (14.133/2021) Principais Mudanças. Orientador: Profa. MS. Nuria Micheline Meneses Cabral. 2021, 34 folhas, Artigo Científico, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/1610/1/TCC%20DIEGO.pdf>. Acesso em 27 de março de 2023.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos / Joel de Menezes Niebuhr *et al.* 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. 1. 283p.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Programas de integridade na nova Lei de Licitações: parâmetros

e desafios. 2021. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/224199/Programas%20de%20integridade%20na%20nova%20Lei%20de%20Licita%C3%A7%C3%B5es.pdf?sequence=1>. Acesso em: dez.2021

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. 1985 p.

PEROVANO, D. G. Manual de Metodologia Científica. Curitiba, Editora: Jurua, 2014.

PIRES, Vitor Cesar de Carvalho. Administração Pública: princípio da legalidade, DireitoNet, 2012. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7643/Administracao-Publica-principio-da-legalidade>. Acesso em 15 de março de 2022.

PREFEITURA DE PORTO VELHO. Atuação da superintendência municipal de licitações, 2021. Disponível em: <https://www.portovelho.ro.gov.br/artigo/33545/balanco-2021-atuacao-da-superintendencia-municipal-de-licitacoes-resultou-em-32-de-economia-aos-cofres-publicos-de-porto-velho>. Acesso em: 30 de mar. 2023.

REK, Marcos. Os Princípios Constitucionais da Administração Pública e os aplicáveis às licitações. Conteúdo Jurídico, 2014. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/38450/os-principios-constitucionais-da-administracao-publica-e-os-aplicaveis-as-licitacoes>. Acesso em 15 de março de 2022

RODRIGUES DA SILVA, Caroline. A sustentabilidade na nova lei de licitações como princípio e objetivo: um breve estudo a partir de sua base histórica, ONLL - Observatório da nova lei de licitações, 2022. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2020/08/05/a-sustentabilidade-na-nova-lei-de-licitacoes-como-principio-e-objetivo-um-breve-estudo-a-partir-de-sua-base-historica/>. Acesso em 05 de maio de 2023.

RODRIGUES, Rodrigo Bordalo. Nova Lei de licitações e contratos administrativos: principais mudanças. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. ISBN 978-65-5559-823-0. E-book.

SANTOS, Lúcio Rafael de Araújo. Princípio da moralidade administrativa, DireitoNet, 2015. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exigir/9094/Principio-da-moralidade-administrativa>. Acesso em 25 de março de 2023

SML - Superintendência municipal de licitações. Modalidade de licitação adotada por Porto velho, 2022. Disponível em: <https://sml.portovelho.ro.gov.br/artigo/36563/108-anos-modalidade-de-licitacao-adotada-por-porto-velho-tem-garantido-obras-mais-rapidas-e-economicas-a-populacao>. Acesso em: 30 de mar. 2023.

ZAGO, M.; RODRIGUES, F. O que o diálogo competitivo agrega às contratações públicas? 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-11/opiniao-dialogo-competitivo-agrega-contratacoes-publicas>. Acesso em: 15 abr.2023

## Controle de convencionalidade como motor da justiça social: fortalecendo os direitos fundamentais em um contexto global

### *Control of conventionality as an engine of social justice: strengthening fundamental rights in a global context*

**Edinaldo Inocêncio Ferreira 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 examinar o papel do controle de convencionalidade como mecanismo para promover a justiça social e fortalecer os direitos fundamentais em um contexto global. Inicialmente, é apresentada uma visão geral do conceito de controle de convencionalidade e sua relação com os tratados internacionais de direitos humanos. Em seguida, são discutidos dois aspectos cruciais: o impacto do controle de convencionalidade na harmonização dos direitos fundamentais em âmbito nacional e o fortalecimento da proteção dos direitos humanos em contextos de globalização. A metodologia empregada consiste em uma revisão bibliográfica abrangente e análise de jurisprudências relevantes. A pesquisa demonstra que o controle de convencionalidade desempenha um papel vital na busca por justiça social, assegurando a compatibilidade entre as normas internacionais de direitos humanos e as legislações nacionais. Ao harmonizar as normas internas com os princípios e garantias presentes em tratados e convenções internacionais, o controle de convencionalidade reforça a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. A análise de jurisprudências nacionais e internacionais destaca a importância da cooperação entre tribunais nacionais e cortes internacionais para promover a harmonização dos direitos fundamentais, garantindo uma proteção mais consistente e abrangente. Além disso, o artigo aponta os desafios e perspectivas enfrentados pelos Estados na adaptação dos direitos fundamentais à realidade nacional, destacando como o controle de convencionalidade pode ser um estímulo para promover mudanças sociais e legislativas em prol dos direitos humanos. Em síntese, o controle de convencionalidade



emerge como um instrumento crucial para fortalecer a proteção dos direitos fundamentais em um contexto globalizado, contribuindo para a construção de sociedades mais justas, igualitárias e comprometidas com a efetivação dos direitos humanos em escala mundial.

**Palavras-chave:** cooperação internacional. efetividade das normas internacionais. harmonização jurídica. jurisprudência. proteção dos direitos humanos.

## ABSTRACT

This study aims to examine the role of conventional control as a mechanism to promote social justice and strengthen fundamental rights in a global context. Initially, an overview of the conventional control concept and its relation to international human rights treaties is presented. Then, two crucial aspects are discussed: the impact of conventional control on the harmonization of fundamental rights at the national level and the reinforcement of human rights protection in the context of globalization. The methodology employed includes a comprehensive literature review and analysis of relevant jurisprudence. The research demonstrates that conventional control plays a vital role in the pursuit of social justice, ensuring compatibility between international human rights norms and national legislation. By harmonizing domestic laws with the principles and guarantees provided in international treaties and conventions, conventional control reinforces the protection of citizens' fundamental rights. The analysis of national and international jurisprudence emphasizes the significance of cooperation between national courts and international courts to promote the harmonization of fundamental rights, ensuring a more consistent and comprehensive protection. Additionally, the article highlights the challenges and prospects faced by States in adapting fundamental rights to the national reality, underscoring how conventional control can stimulate social and legislative changes in favor of human rights. In summary, conventional control emerges as a crucial instrument to strengthen fundamental rights protection in a globalized context, contributing to the development of fair, egalitarian, and human rights-driven societies worldwide.

**Keywords:** effectiveness of international norms. international cooperation. jurisprudence. human rights protection. legal harmonization.

## INTRODUÇÃO

A justiça social e a proteção dos direitos fundamentais são questões fundamentais que permeiam as preocupações das sociedades em todo o mundo. Em um contexto cada vez mais globalizado, os tratados internacionais de direitos humanos emergem como pilares essenciais na promoção desses valores universais. Nessa perspectiva, o controle de convencionalidade surge como um instrumento imprescindível para garantir a efetividade desses tratados em âmbito nacional, contribuindo, assim, para a construção de sociedades mais justas, inclusivas e igualitárias (BENTES E FERREIRA, 2020). O controle de convencionalidade, enquanto princípio jurídico, refere-se à obrigação dos Estados de adaptar suas legislações internas e práticas em conformidade com os padrões estabelecidos em tratados e convenções de direitos humanos que foram devidamente ratificados. Isso implica na harmonização das normas internas com os princípios e garantias presentes nos instrumentos internacionais, o que fortalece substancialmente a proteção dos direitos fundamentais de todos os cidadãos (CALIXTO *et al.*, 2020).



O objetivo central deste artigo é examinar minuciosamente o papel fundamental do controle de convencionalidade como um mecanismo essencial para a promoção da justiça social e o fortalecimento dos direitos fundamentais em escala global. Para atingir tal propósito, serão considerados dois aspectos cruciais: o impacto do controle de convencionalidade na harmonização dos direitos fundamentais em âmbito nacional e o fortalecimento da proteção dos direitos humanos em contextos de crescente globalização. A relevância deste estudo se fundamenta na crescente importância dos direitos humanos e da justiça social como fundamentos essenciais de uma sociedade equitativa. Em um mundo globalizado, onde os desafios transnacionais e as relações entre os Estados se intensificam, é imperativo garantir a efetividade dos tratados internacionais de direitos humanos em nível nacional.

O controle de convencionalidade é uma abordagem jurídica que visa proporcionar uma proteção mais sólida e uniforme dos direitos fundamentais, uma vez que implica na conformidade das normas nacionais com as obrigações internacionais assumidas pelos Estados (GUERRA, 2021). Ao compreender a importância desse controle, os tribunais nacionais podem desempenhar um papel crucial ao garantir que as decisões judiciais estejam alinhadas com os padrões internacionais de direitos humanos. Além disso, o estudo do controle de convencionalidade permitirá explorar os desafios e as perspectivas enfrentados pelos Estados na adaptação dos direitos fundamentais à realidade nacional. O enfrentamento dessas questões é fundamental para a construção de sociedades inclusivas e justas, nas quais todos os indivíduos tenham seus direitos respeitados e protegidos (GOMES *et al.*, 2021).

Assim, este estudo pretende contribuir para o aprofundamento da compreensão sobre o controle de convencionalidade e sua relevância para a busca de uma justiça social mais efetiva, bem como para o fortalecimento dos direitos fundamentais em um contexto globalizado. Espera-se, portanto, que os resultados dessa pesquisa possam ser úteis para acadêmicos, profissionais do direito e formuladores de políticas públicas, contribuindo para a promoção de um mundo mais justo, digno e respeitoso dos direitos humanos.

## **IMPACTO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA HARMONIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ÂMBITO NACIONAL**

### **Jurisprudência Nacional e Internacional: Convergência ou Divergência?**

Neste subtema, exploraremos a dinâmica entre a jurisprudência nacional e internacional no contexto do controle de convencionalidade. Em muitos casos, as decisões proferidas pelos tribunais nacionais e cortes internacionais estão em sintonia, reforçando os direitos fundamentais dos indivíduos. Em outros momentos, entretanto, podem surgir conflitos interpretativos, apresentando desafios à harmonização desses direitos (GOMES *et al.*, 2021). A convergência entre jurisprudências é essencial para promover a segurança jurídica e a proteção uniforme dos direitos humanos em diferentes jurisdições. Quando as decisões de tribunais nacionais estão em consonância com as cortes internacionais, cria-se um ambiente favorável à efetivação dos tratados de direitos humanos ratificados pelos Estados (GUERRA, 2021). A harmonização jurídica nesse contexto é uma garantia de que

as normas internacionais de proteção aos direitos humanos são aplicadas e respeitadas no âmbito interno.

No entanto, é importante reconhecer que, em alguns casos, podem surgir divergências interpretativas entre jurisprudências nacionais e internacionais. Essas divergências podem decorrer de particularidades culturais, históricas ou constitucionais de cada país (GOMES *et al.*, 2021). Quando isso ocorre, a proteção dos direitos fundamentais pode ficar comprometida, gerando insegurança jurídica e incertezas sobre a aplicação dos tratados internacionais. A superação dessas divergências é um desafio que exige um diálogo construtivo e cooperativo entre tribunais nacionais e cortes internacionais (FARIAS E POMPEU. 2023). A cooperação entre essas instâncias é crucial para encontrar soluções que assegurem a aplicação efetiva das normas internacionais de direitos humanos sem desconsiderar as particularidades e o contexto de cada país.

A busca pela harmonização da jurisprudência deve ser encarada como uma oportunidade para fortalecer os direitos fundamentais em âmbito nacional e contribuir para a construção de um sistema jurídico global mais coeso e eficiente na proteção dos direitos humanos (GUERRA, 2021). Nesse sentido, o controle de convencionalidade se destaca como uma ferramenta poderosa para promover a convergência e superar divergências, garantindo a proteção consistente e abrangente dos direitos fundamentais em todas as esferas jurídicas.

## **Desafios e Perspectivas: Adaptação dos Direitos Fundamentais ao Contexto Nacional**

A implementação plena dos direitos fundamentais previstos em tratados internacionais representa um desafio significativo para os Estados, uma vez que a realidade nacional pode apresentar peculiaridades culturais, sociais e econômicas que interferem na aplicação efetiva desses direitos (CALIXTO *et al.*, 2020). Questões como diversidade cultural, desigualdades socioeconômicas e tradições jurídicas podem gerar obstáculos para a harmonização das normas internacionais de direitos humanos com as legislações domésticas (FARIAS E POMPEU. 2023). Nesse contexto, o controle de convencionalidade emerge como uma ferramenta importante para enfrentar tais desafios e promover mudanças em prol dos direitos humanos.

Um dos principais desafios para os Estados é a adaptação das normas internacionais ao contexto nacional. Muitas vezes, determinados direitos previstos em tratados internacionais podem entrar em conflito com tradições e costumes locais, o que pode gerar resistência à sua implementação (FARIAS E POMPEU. 2023). A abordagem do controle de convencionalidade pode auxiliar os Estados na superação desse desafio, pois permite uma análise criteriosa das particularidades nacionais sem desconsiderar os padrões internacionais de proteção dos direitos fundamentais. Além disso, as desigualdades socioeconômicas presentes em muitos países podem dificultar a efetivação dos direitos humanos, especialmente no que diz respeito ao acesso à educação, saúde, moradia digna e trabalho decente (CALIXTO *et al.*, 2020). O controle de convencionalidade pode ser utilizado para pressionar os Estados a adotarem políticas públicas que visem a redução dessas desigualdades e a garantia do exercício pleno dos direitos fundamentais por todos os cidadãos.

Contudo, é importante destacar que o controle de convencionalidade também oferece perspectivas promissoras para a superação desses desafios. Ao estimular o diálogo entre os diversos atores do sistema jurídico e da sociedade civil, o controle de convencionalidade pode impulsionar o debate sobre a importância dos direitos humanos e o papel crucial que eles desempenham na construção de uma sociedade mais justa e inclusiva (GUERRA, 2021). Ademais, o controle de convencionalidade pode ser uma força motriz para promover mudanças legislativas e sociais que visem à adequação das normas internas aos padrões internacionais de proteção dos direitos humanos (CALIXTO *et al.*, 2020). Ao analisar o alinhamento das legislações nacionais com os tratados internacionais, os tribunais podem sinalizar a necessidade de ajustes legais que garantam a plena efetivação dos direitos fundamentais no contexto nacional. Assim, o controle de convencionalidade se apresenta como um estímulo para enfrentar os desafios e promover as mudanças necessárias para que os direitos fundamentais sejam respeitados e protegidos em âmbito nacional (ABREU E DE JESUS, 2022). A busca pela convergência entre as normas internacionais e nacionais é um passo essencial para a construção de sociedades mais justas e comprometidas com a efetivação dos direitos humanos para todos os indivíduos, independentemente de suas origens e realidades culturais, sociais e econômicas (FARIAS E POMPEU, 2023).

## **FORTALECIMENTO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM CONTEXTOS DE GLOBALIZAÇÃO**

### **O Papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Contexto Regional**

No âmbito regional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) desempenha um papel de destaque na proteção e promoção dos direitos fundamentais (JUNIOR, 2023). A CIDH é um órgão judicial autônomo e independente, responsável por garantir o cumprimento das obrigações assumidas pelos países membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) em relação aos tratados de direitos humanos (CALIXTO *et al.*, 2020). A CIDH é um exemplo notável de como o controle de convencionalidade pode fortalecer a proteção dos direitos humanos em nível regional (BENTES E FERREIRA, 2020). Suas decisões jurisprudenciais estabelecem padrões que devem ser observados pelos Estados-membros, contribuindo para a harmonização das normas internas com os tratados de direitos humanos da região. Além disso, suas sentenças são vinculantes e obrigatórias, o que reforça a eficácia das decisões proferidas pela Corte e aumenta a responsabilidade dos Estados na proteção dos direitos humanos.

A atuação da CIDH tem impacto direto na garantia dos direitos fundamentais em contextos de globalização. A Corte aborda questões transnacionais e complexas, como migração, tráfico de pessoas e proteção ambiental, que ultrapassam as fronteiras dos Estados e exigem cooperação internacional (JUNIOR, 2023). Suas decisões têm o poder de estabelecer precedentes que influenciam outros tribunais e jurisdições nacionais, estimulando a convergência de normas de proteção aos direitos humanos em toda a região (ABREU E DE JESUS, 2022). Contudo, apesar dos avanços alcançados pela CIDH, também há desafios a serem enfrentados. Ademais, a CIDH enfrenta um volume crescente de casos

e demandas, o que pode afetar a celeridade e a eficiência de suas decisões. A busca por soluções para esses desafios requer esforços conjuntos, a fim de aprimorar a atuação da Corte e garantir a proteção efetiva dos direitos fundamentais no contexto regional (DE CARVALHO GÓES; DE OLIVEIRA HORTA, 2019).

Em conclusão, o fortalecimento da proteção dos direitos humanos em contextos de globalização demanda a atuação proativa de órgãos como a CIDH, que desempenham um papel fundamental na harmonização das normas de direitos humanos e na garantia da efetividade dos tratados internacionais (BENTES E FERREIRA, 2020). A CIDH se apresenta como um exemplo de como o controle de convencionalidade pode ser um motor poderoso na promoção de uma proteção mais consistente e abrangente dos direitos humanos em âmbito regional, contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa e respeitosa dos direitos fundamentais em um mundo cada vez mais globalizado.

## **Desafios Globais: O Controle de Convencionalidade em Face de Questões Transnacionais**

A globalização é um fenômeno complexo que reconfigurou as interações políticas, econômicas e sociais entre as nações, gerando desafios significativos para a proteção dos direitos humanos em escala global (ABREU E DE JESUS, 2022). Questões transnacionais, como migração, mudanças climáticas, comércio internacional e crimes transnacionais, têm impacto direto na vida das pessoas e exigem uma abordagem coordenada e eficaz para garantir a proteção dos direitos fundamentais em meio a contextos diversificados e interconectados (DE CARVALHO GÓES; DE OLIVEIRA HORTA, 2019). O controle de convencionalidade tem o papel de garantir que os direitos humanos dessas pessoas sejam protegidos independentemente de sua origem ou status legal, assegurando que os Estados adotem políticas e práticas que estejam em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos.

Outra questão crucial é o impacto das mudanças climáticas na vida das pessoas e na proteção dos direitos humanos. Eventos climáticos extremos, aumento do nível do mar e escassez de recursos naturais afetam desproporcionalmente as populações vulneráveis, especialmente em países em desenvolvimento (BENTES E FERREIRA, 2020). Nesse contexto, o controle de convencionalidade pode ser empregado para garantir que as ações dos Estados estejam em consonância com os princípios de proteção ambiental e que as políticas de adaptação e mitigação considerem os direitos humanos como uma prioridade (JUNIOR, 2023). Acordos comerciais e investimentos estrangeiros podem ter impactos significativos na vida das pessoas e nas comunidades locais, e o controle de convencionalidade pode ser uma ferramenta essencial para avaliar a compatibilidade dessas ações com as obrigações internacionais de direitos humanos.

Por meio do controle de convencionalidade, as cortes nacionais e internacionais podem desempenhar um papel fundamental na solução de questões transnacionais complexas, garantindo a proteção efetiva dos direitos humanos em meio aos desafios impostos pela globalização (JUNIOR, 2023). A colaboração entre as instâncias judiciais, a sociedade civil e os estados são essenciais para enfrentar esses desafios de forma abrangente e construir um mundo mais justo, igualitário e comprometido com a promoção e

proteção dos direitos humanos em todas as suas dimensões (ABREU E DE JESUS, 2022). Em síntese, o controle de convencionalidade emerge como uma ferramenta essencial para enfrentar os desafios globais e garantir a proteção dos direitos humanos em um contexto de globalização (DE CARVALHO GÓES; DE OLIVEIRA HORTA, 2019). Por meio de uma abordagem coordenada e cooperativa, é possível avançar na coexistência pacífica de Estados com diferentes sistemas legais e culturais, assegurando que a proteção dos direitos fundamentais seja uma realidade em todas as partes do mundo.

## **METODOLOGIA**

A pesquisa realizada neste estudo se baseia em uma abordagem qualitativa, com ênfase em revisão bibliográfica e análise de jurisprudências relevantes relacionadas ao tema do controle de convencionalidade e proteção dos direitos fundamentais em contextos de globalização. Para a revisão bibliográfica, foram consultados livros, artigos científicos, documentos oficiais e relatórios relevantes que abordam o controle de convencionalidade e sua relação com os direitos humanos em âmbito nacional e internacional. Quanto à análise de jurisprudências, foram examinados casos emblemáticos tanto em tribunais nacionais quanto em cortes internacionais, especialmente a Corte Interamericana de Direitos Humanos, para identificar convergências e divergências na interpretação dos direitos fundamentais e o impacto do controle de convencionalidade nesse contexto. A metodologia utilizada permitiu uma análise abrangente e crítica do tema, fornecendo subsídios para a compreensão do papel do controle de convencionalidade na promoção da justiça social e no fortalecimento dos direitos humanos em um cenário globalizado.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O controle de convencionalidade apresenta-se como um instrumento essencial na promoção e fortalecimento dos direitos fundamentais em um contexto global. Ao assegurar a convergência entre as normas internas dos estados e os tratados internacionais de direitos humanos, o controle de convencionalidade desempenha um papel crucial na construção de uma sociedade mais justa, igualitária e comprometida com a efetiva proteção dos direitos humanos para todos os indivíduos. Ao longo deste artigo, exploramos a importância do controle de convencionalidade na harmonização dos direitos fundamentais em âmbito nacional, bem como seu papel na abordagem de desafios globais, como migração, mudanças climáticas e comércio internacional. Foi demonstrado como a atuação de órgãos internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, tem impacto significativo na proteção dos direitos humanos em contextos regionais e transnacionais.

No entanto, a plena implementação do controle de convencionalidade requer o comprometimento dos Estados e a cooperação entre as nações e organizações internacionais. É fundamental que os Estados ratifiquem os tratados internacionais de direitos humanos e adotem as medidas necessárias para adequar suas legislações e práticas às normas estabelecidas por esses instrumentos. Dessa forma, o controle de convencionalidade emerge como um meio poderoso para impulsionar mudanças sociais e legislativas em prol dos direitos humanos. A cooperação internacional e a busca por

soluções compartilhadas são cruciais para enfrentar os desafios impostos pela globalização e garantir que a proteção dos direitos fundamentais seja uma realidade em todas as partes do mundo. Somente através desse comprometimento conjunto poderemos alcançar uma sociedade mais justa e respeitosa, onde todos os indivíduos possam usufruir plenamente de seus direitos humanos e da dignidade inerente a cada ser humano.

## REFERÊNCIAS

ABREU, P. R. A.; DE JESUS, T. A. C. Uma análise sobre o controle de convencionalidade brasileiro à luz da dimensão preventiva da educação em direitos humanos. *Revista Publicum*, v. 8, n. 1, p. 177-217, 2022.

BENTES, N. M. S.; FERREIRA, V. R. Controle de convencionalidade e acesso à justiça: uma análise do beneficiário da justiça gratuita a luz da Reforma Trabalhista. *Revista Videre*, v. 12, n. 25, p. 207-222, 2020.

CALIXTO, A. J.; AMORIM, Renata Alves; DE CARVALHO, L. C. Controle de convencionalidade e ativismo judicial: o papel do Judiciário como garantidor de direitos humanos. *Revista Videre*, v. 12, n. 23, p. 36-59, 2020.

DE CARVALHO GÓES, M.; DE OLIVEIRA HORTA, D. Parágrafo único do Artigo 611-B da Consolidação das Leis do Trabalho e a possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade. *Revista da Escola Judicial do TRT4*, v. 1, n. 01, p. 95-119, 2019.

JUNIOR, E. I. F. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: UMA FERRAMENTA PARA GARANTIR A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*, v. 9, n. 6, p. 2543-2554, 2023.

FARIAS, C. M. C.; POMPEU, G. V. M. A EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS RUGGIE NO BRASIL À LUZ DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. *Revista Em Tempo*, v. 22, n. 1, p. 180-203, 2023.

GUERRA, S. Controle De Convencionalidade No Supremo Tribunal Federal? *Revista Pan-americana de Direito*, v. 1, n. 1, p. e014-e014, 2021.

GOMES, E. B.; DA SILVA STELMACH, C. L.; DAMMSKI, L. P. Controle de Convencionalidade e a Constituição Brasileira de 1988. *Revista Pan-americana de Direito*, v. 1, n. 1, p. e017-e017, 2021.

## Ensino remoto e a construção de um apartheid educacional na Educação Básica em tempos de pandemia de COVID-19

### *Remote teaching and the construction of an educacional apartheid in the Basic Education in times of the pandemic COVID-19*

Priscila Guadalupe dos Santos Guterres

#### RESUMO

O presente estudo, traz uma reflexão em relação a configuração, operacionalização do ensino remoto via plataformas digitais em tempos da pandemia de COVID-19, destinado à escola estatal brasileira. Faz algum tempo que esse ensino tem sido imposto por corporações de ensino privadas. Para tanto, compreendo a sociedade brasileira constituída por classes sociais antagônicas, retomo os resultados de minha pesquisa realizada em nível de mestrado em Educação. Assim, pontuo algumas alternativas para que a escola pública mantenha a sua função social de possibilitar o acesso à educação a crianças e adolescentes, pertencentes às classes populares no Brasil.

**Palavras-chave:** educação. escola pública. ensino remoto.

#### ABSTRACT

This study brings a reflection on the configuration, operationalization of remote teaching via digital platforms in times of the pandemic COVID-19, destined for the Brazilian estate school. This teaching has been imposed for some time by private education corporations. For this purpose, I understand the Brazilian society is constituted by fractions of classes. I return to the results of my research carried out at the Master's level in Education. Thus, I point out some alternatives for the public school to maintain it's social function of enabling access to education for children and adolescents, belonging to the popular classes in Brazil.

**Keywords:** education. public school. remote teaching.



## RESUMEN

Este estudio trae una reflexión sobre la configuración, operacionalización de la educación remota mediante plataformas digitales en tiempos de la pandemia de COVID-19, destinada a la escuela estatal brasileña. Esta enseñanza ha sido impuesta por algún tiempo por las corporaciones educativas. Para este propósito, entiendo la sociedad brasileña constituida por clases sociales antagónicas, vuelvo a los resultados de mi investigación realizada a nivel de maestría en educación. Así, señalé algunas alternativas para que la escuela pública mantenga su función social de permitir el acceso a la educación de niños y adolescentes, pertenecientes a las clases populares en Brasil.

**Palabras-claves:** educación. escuela pública. la enseñanza remota.

## INTRODUÇÃO

Neste artigo, tenho como desígnio pensar, refletir em relação à política educacional de ensino remoto, ou aulas remotas como estão sendo denominadas. O ensino remoto que foi autorizado pelo Conselho Nacional de Educação (CNE), em consentimento com o atual Ministério da Educação (MEC), será analisado, bem como suas consequências nas práticas de educadores da Educação Brasileira.

Na introdução, há a estruturação do assunto a ser abordado na presente reflexão. No subtítulo: *Ensino remoto na escola pública: caminhos para a privatização analisa-se a educação remota em tempos da pandemia de COVID-19 no Brasil.*

Compreendo que existem distintas classes sociais antagônicas na sociedade brasileira. Sendo que, para a classe trabalhadora, expropriada de condições dignas de vida resta os serviços públicos precarizados, o que agudiza as desigualdades sociais. Além disso, na escola estatal brasileira estamos tendo esse serviço cada vez mais mercantilizado por corporações de ensino privadas. As escolas estatais ainda asseguram o acesso à educação aos sujeitos mais vulneráveis, pertencentes às classes populares de nossa sociedade brasileira.

Algumas alternativas para mantermos as condições de acesso à educação pública para a maioria da população brasileira, que dela necessita, são elencadas nas considerações finais, na tentativa, de enfrentarmos a pandemia de COVID-19, em um governo ultraneoliberal, com suas políticas de morte à população brasileira.

## ENSINO REMOTO NA ESCOLA PÚBLICA: CAMINHOS PARA A PRIVATIZAÇÃO

No Brasil, estamos vivendo desde os meados de março de 2020, em uma situação de pandemia de COVID-19. As cidades brasileiras e seus governantes locais, bem como os governadores estaduais, obedecendo às recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS) e autoridades de saúde estabeleceram normativas, que visam preservar vidas, estabelecendo o distanciamento e isolamento social.



Entendo que a sociedade brasileira está cindida em classes sociais antagônicas: uma é a classe de capitalistas e, a outra, é a classe trabalhadora, que vive da venda de sua força de trabalho, no modo de produção capitalista dependente brasileiro em trabalhos precários e/ou intermitentes. Outra fração considerável dessa mesma classe encontra-se na situação de desemprego. Esses são os seres sociais que necessitam para garantir a sua subsistência do auxílio emergencial de R\$ 600,00, sendo possível receber no máximo três parcelas, que totalizam R\$1.800,00.

De qualquer forma, tento compreender os sentidos de uma educação remota destinada para as classes populares, perfazendo o movimento árduo e dinâmico de entender os reflexos e as consequências, dessa educação a distância em nossa realidade social no pós-pandemia.

As mudanças que estão sendo propostas nas políticas educacionais estão no âmbito da configuração, da operacionalização, da mercantilização da educação básica estatal brasileira.

A educação básica com suas políticas educacionais deve assegurar os direitos de educação preconizado na Constituição Federal (CF) de 1988, e também no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) de 1990, viabilizando a existência de uma escola estatal para todos. Para Fernandes (2010) essa escola deve priorizar práticas transformadoras da realidade, garantir a “universalização da capacidade intelectual”<sup>1</sup>.

A educação a distância com aulas remotas tornará o serviço educacional estatal uma mera mercadoria rentável a contradição do Capital. Educação pública que deve garantir o direito à educação como possibilidade de exercício de cidadania.

Em tempos de Contrarreforma de direitos sociais brasileiro, iniciado em meados de 1990, que foram conquistados na Constituição Cidadã de 1988, em uma política ultra neoliberal, defende-se a economia ao invés de proteger vidas. Política que, está associada ao conservadorismo obscurantista e de negativismo da importância das ciências em geral.

Segundo Fernandes (1995), sem um desenvolvimento autônomo da ciência, da tecnologia e da cultura<sup>2</sup>, o Brasil não conseguirá dar um salto qualitativo e, assim, permanecerá no atraso econômico e social que o impede de enfrentar, de forma eficaz, os problemas da fome e da miséria.

Em tempos difíceis, de pandemia de COVID-19, abre-se uma nova brecha para a inserção de uma educação remota nos sistemas educacionais, como única e exclusiva medida para cumprir e complementar a carga horária de 800 horas e 200 dias letivos na educação básica brasileira.

As proposições do Ministério da Educação (MEC), bem como do Conselho Nacional da Educação (CNE), na pandemia, elenca através de suas normativas legais: objetivos, ações, avaliações, por meio de aulas remotas e também sugere que os pais dos estudantes fiquem encarregados de realizar o trabalho árduo de apoio pedagógico à domicílio

<sup>1</sup> “(...) a capacidade de todos de pensar e agir, portanto, sobre a relação de reciprocidade entre sujeitos que aprendem e ensinam ao mesmo tempo” (SEMERARO, 2004, p. 72).

<sup>2</sup> Segundo Florestan Fernandes, o desenvolvimento autônomo da ciência e da tecnologia depende das seguintes condições: “uma sociedade democrática, liberdade de comunicação e de crítica, meios financeiros e humanos ascendentes, renovação constante dos talentos e colaboração entre as gerações” (FERNANDES, 1995c, p. 24).

Dentre os pais dos estudantes, pertencentes às classes populares ainda existem aqueles que não tiveram a oportunidade de acessar e concluir minimamente o Ensino Fundamental, sujeitos na situação de analfabetismo e/ou de analfabetismo funcional.

Sendo assim, o ensino remoto na escola pública torna-se inviável de ser realizado, primeiro, porque os pais e/ou responsáveis pelos sujeitos infanto-juvenis não podem, por diversos fatores, se comprometer em realizar e manter rotinas de apoio pedagógico em uma educação a distância. Eles podem ensinar muitos outros saberes não-escolares, mas não deverão aceitar a substituição da função formadora da escola e de seus educadores, com formação específica para ensinar e ou aprender com as novas gerações de estudantes, segundo, o ensino remoto se torna uma impossibilidade por impedir determinadas atividades de suma importância no processo de ensino-aprendizagem educacional como, por exemplo, a interação social entre docentes e discentes.

Por outro lado, a alternativa proposta de aula remota via plataformas digitais de ensino e Startups de corporações privadas na área da educação como, por exemplo, as ferramentas de aprendizagem da *Google, Ubbu, Kahoot, Edmodo, Zoom*, possuem limites de utilização quando usadas no formato gratuito, entretanto, quando exploradas sem limites são ferramentas pagas e de alto custo para a realidade brasileira. Essas ferramentas de aprendizagem se dão de forma individualizada, em muitas situações sem o desenvolvimento de aprendizagens coletivas, que poderiam contribuir para aguçar nos sujeitos da aprendizagem algum senso de solidariedade. Desse modo, reitera-se a individualidade, a competitividade, a lógica meritocrática em educação e em nossa sociedade.

Além disso, há a falta de regulamentação desse tipo de educação de ensino remoto ou aulas remotas na educação básica, em tempos de pandemia de COVID-19, a qual tem sido defendida como uma alternativa aos sistemas educacionais estatais. As plataformas educacionais, em sua maioria são pagas e de alto custo a nossa realidade brasileira. Essas ferramentas de ensino de corporações educacionais nacionais e estrangeiras anseiam adentrar de modo mais intenso, na escola estatal e, por isso, já insistiam em criar essa necessidade nas políticas educacionais, por ora intensificam essa insistência e, provavelmente, a mesma será redobrada no pós-pandemia.

Neste ano letivo de 2020, sou professora e mulher negra trabalhando em escolas públicas de periferia da Rede Municipal de Ensino da cidade de Porto Alegre. Semanalmente, em duas escolas diferentes, em turmas distintas do Ensino Fundamental, no turno da manhã realizo atividades docentes com uma turma de quinto ano e, no turno da tarde, em uma turma de terceiro ano do ensino fundamental.

Em uma das escolas estatais onde trabalho, o ensino remoto está sendo feito via *Facebook*. Na outra, gestores escolares optaram pela utilização da ferramenta *Google Drive* da escola, disponibilizado para a comunidade escolar, local digital que fora criado para compartilhar aulas digitadas. Aulas remotas são produzidas pelos docentes e postadas, no *google drive*, para serem feitas pelos educandos com o auxílio de seus familiares em suas casas. O ensino remoto, nas escolas municipais estatais, em que trabalho, surge como alternativa para lidar com o atual momento de isolamento social, mas a metodologia que fora adotada não estabelece diálogo e interações de socialização com os envolvidos na realização dessas tarefas pedagógicas.

Apesquisa intitulada: *Conselho Tutelar e a (in) visibilidade das Redes de Atendimento à Infância, à Adolescência e à Família*, orientada pela professora Dr.<sup>a</sup> Laura Souza Fonseca, identificamos nos prontuários de conselheiros tutelares da Restinga, diversas violações de direitos cometidas contra os sujeitos infanto-juvenis da Rede Municipal de Ensino de Porto Alegre. Pesquisa que, identifica violações de direitos cometidas contra crianças e adolescentes, e percebe o descaso, a falta de ações do Estado como propulsor de políticas públicas e sociais, minimamente eficientes e estruturadas para cessar essas violações de direitos, principalmente, quando os agentes de direitos, crianças e adolescentes e seus familiares solicitam, por necessitarem de serviços de atendimento nas áreas de: educação, saúde, assistência social.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Outrossim, há a falta de formulação de marcos legais das Secretarias de Educação em relação às normativas de como os docentes de escolas públicas devem proceder na produção de aulas remotas para assegurar o acesso à educação pública de qualidade.

Dentre os educandos de escolas estatais muitos são os que se encontram sem acesso a aparelhos, às tecnologias digitais, ou quando eles as acessam é por meio de aparelhos tecnológicos obsoletos, em redes de internet precárias, que não garantem a fruição no uso de novas tecnologias indispensáveis para a realização de uma educação com aulas remotas, ou até mesmo para ter acesso a momentos de fruição e lazer através dos meios tecnológicos.

A educação remota é o fetiche do momento que retorna com força no balcão dos negócios de setores de mercado, a qual tem sido proposta como uma alternativa para a escola estatal em tempos de pandemia, alternativa que persistirá como imposição de corporações de ensino no pós-pandemia.

Conforme Leher (2020), é preciso construir coletivamente um comitê gestor perpassando as diferentes instâncias da sociedade civil da área da saúde e da educação, incluindo universidades públicas, institutos federais para produzir ciência que auxiliem: planejar, supervisionar, constatar as condições mínimas para a reabertura das instituições escolares em um padrão de segurança recomendado pelas autoridades sanitárias de saúde.

Em 2005, a cidade de Nova Orleans em meio a catástrofe do Furacão Katrina, teve suas escolas destruídas, no pós-catástrofe, seus governantes optaram pelo modelo escolar: Charter School. Nesse modelo, os professores são contratados por perfis para cada circunstância, quando se precisa. Uma realidade de aproximadamente um milhão de professores com contratos, na situação precária de trabalho já existe no Brasil, os quais se encontram sem o direito a salários em meio a essa pandemia da COVID-19. Por fim, resta-nos esperar por ações a favor da vida, pois há mais de mil outras formas de produzir a morte de nossos corpos.

## REFERÊNCIAS:

BRASIL (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

\_\_\_\_\_ (1990). Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº 8069, de 13 de julho de 1990.

FERNANDES, Florestan. O desafio educacional. São Paulo: Cortez; Autores Associados, 1989 d. Educação contemporânea, pp. 157-175.

LEHER, Roberto. Em virtude da pandemia é necessário discutir o planejamento do sistema educacional. Carta Maior, 4/5/2020.

\_\_\_\_\_. Reabertura das escolas defendida pelo presidente e seu ministro da educação é política de morte. Carta Maior, 22/04/2020.

GUTERRES, Priscila Guadalupe dos Santos Guterres. Conselho Tutelar e a (in)visibilidade das Redes de Atendimento à Infância, à Adolescência e à Família. 2013. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Educação), PoA, RS, UFRGS.

SEMERARO, Giovanni. O educador político e o político educador. In: SEMERARO, Giovanni (org.). Filosofia e política na formação do educador. Aparecida: Ideias & Letras, 2004. p. 57-79.

## Análise crítica da obra escrita “Como as democracias morrem”

### Critical analysis of the book “how democracies die”

**Alessandra Frei Silva**

*Doutoranda em Direito na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI.*

#### RESUMO

O presente resumo almeja analisar os principais apontamentos trazidos pela obra de Levitski e Ziblatt (2018), bem como elencar os objetivos dos autores com a temática e também verificar como o livro pode contribuir para uma análise crítica ou não sobre a atual em âmbito internacional, sobretudo em face dos EUA, e também num prisma nacional, fazendo uma analogia ou comparação do governo do ex-presidente nos EUA com o governo do ex-presidente Jair Messias Bolsonaro no Brasil, trazendo as críticas dos autores no que diz respeito aos governos de direita.

**Palavras-chave:** democracia. Estados Unidos. política. governo.

#### INTRODUÇÃO

O livro que ora se estuda foi lançado no ano de 2018 nos EUA e contém exatas 364 páginas e foi dividido em 9 capítulos intitulados nessa ordem: alianças fatídicas, guardiões da América, a grande abdicação republicana subvertendo a democracia, as grades de proteção da democracia, as regras não escritas da política norte-americana, a desintegração, Trump contra as grades de proteção e, por fim, salvando a democracia.

Para a presente resenha crítica foi utilizada a metodologia com base em pesquisa bibliográfica e o método hipotético dedutivo.

O foco no livro se concentra em abordar a política de Trump no governo dos EUA, no intento demonstrar como a democracia poderia entrar em colapso quando está nas mãos de pessoas que, consoante os escritores possuem tendência ao autoritarismo.

Inicialmente, os autores já começam criticando a propaganda política de Donald Trump, ao tratarem sobre o “currículo” político dos



candidatos vencedores que os antecedeu. Além de Trump, dois outros candidatos de fora participaram da corrida eleitoral: a empresária Carly Fiorina e o neurocirurgião Ben Carson.

Logo Trump ganhou apoio político de outros grupos e pessoas poderosas, sendo o que os autores denominam por “establishment”.

Enquanto Bush, Rubio, Cruz, Christie, Walker e Kasich tinham todas raízes republicanas profundas, Trump modificou sua filiação partidária por diversas ocasiões, e até mesmo chegou a colaborar com a propaganda política de Hillary Clinton para o Senado.

No capítulo que trata sobre “a subversão das democracias”, infere-se que quando se tenta pensar no fim do regime democrático, pensa-se primeiramente em golpe militar, como aconteceram em nosso país em 1964 e no Chile em 1973, tendo como protagonistas o Exército e instalando a ditadura nos respectivos países de forma rápida, modificando o que antes se entendia por democracia.

Porém o livro almeja demonstrar o contrário. Na modernidade, as democracias findam de forma paulatina, frequentemente através de processos legítimos. Hoje em dia os líderes autoritários/ditadores conquistam o poder por meio de eleições legítimas, e não através de armas, como aconteceu no passado.

Como consequência, acabam usando a legislação em seu benefício para aumentarem seu poder autoritário e permanecerem no poder. Conclui-se que a democracia se encerra por sua própria culpa, ao passo em que seus mecanismos defensivos não possuem real efetividade no intento de obstar a vinda ao poder de líderes com essas características.

Entende-se que essa é a opinião dos autores. Porém, da forma como é colocado no texto, pensa-se que existem líderes autoritários apenas na direita, e se esquece que na esquerda também existem demagogos que prometem distribuição de renda, de riquezas à população, mas que na verdade acabam afundando seus respectivos países em enormes dívidas externas (muitas vezes sem nem ao menos enfrentar uma pandemia).

Os autores trazem alguns exemplos para embasar seus argumentos, como o fato de Hungria, onde o governo de Viktor Orbán modificou a estrutura de inúmeros setores aparentemente sem dependência, até mesmo da Corte Constitucional.

O governo russo de Putin usou autoridades fiscais a fim de prender e impor medo aos veículos de mídia e importantes donos de empresas que estariam opostos à sua política, inclusive Mikhail Khodorkovsky, pessoa mais rica do lugar, o qual foi preso por ter sido denunciado por ter fraudado e desviado dinheiro depois de ter iniciado o financiamento a opositores.

Ao término deste capítulo, os autores colocam um questionamento ao leitor: se seria mesmo tão fácil acabar com os regimes democráticos nos países, na medida em que realmente uma crise representa uma oportunidade para começar a dismantlar o inconveniente e ameaçador sistema de freios e contrapesos oriundos da democracia.

Fato é que polos opostos constituídos em diferenças das mais diversas possíveis, tais como: socioeconômicas, raciais e religiosas acabam propiciando o surgimento da

divisão da sociedade em diferentes campos políticos, os quais os objetivos são diferentes e excludentes, de forma a tornar complexa a aceitação daquilo que é diferente.

Então o ideal para a democracia é que existam as diferenças, pois na verdade a democracia só existe justamente em razão das diferentes visões de mundo que existem entre as pessoas.

Se não existissem as diferenças, não haveria motivo para a criação de diferentes formas de governos.

Conforme desaparece a aceitação e tolerância às diferenças, os políticos se tornam cada vez mais competidores para tentar conseguir o que querem a qualquer custo, sendo um incentivo para possíveis ascensões de determinados grupos que rejeitam a democracia.

Com o século XX, as regras de aceitação mútua estavam bem colocadas. Consequentemente, elas se tornaram a base do modelo de freios e contrapesos. Para que o sistema constitucional trabalhe adequadamente, o Executivo, o Congresso e o Judiciário têm que encontrar um equilíbrio. Por um lado, o congresso e os tribunais, precisam supervisionar e, quando necessário, frear o poder do presidente. Eles necessitam vigiar a democracia.

Por outro lado, o congresso e os tribunais, devem permitir que o governo opere. Entra em cena a reserva. Para que a democracia presidencial tenha êxito, instituições fortes o bastante para frear o presidente tem que subutilizar este poder.

Na ausência dessas normas, o equilíbrio se torna mais complicado de se concretizar.

Quando o ódio prevalece sobre a Constituição, o modelo “check and balances” corre o risco de ser subvertido de duas maneiras. Sob um governo separado, em que o Legislativo ou o Judiciário estão à mercê da oposição, o problema é de jogo duro constitucional, em que a oposição estende o máximo possível suas prerrogativas institucionais, parando de financiar o governo, bloqueando todas as indicações presidenciais para o Judiciário e, inclusive votando pelo afastamento do presidente.

Nesse cenário, guardiões legislativos e judiciários se tornam cães de ataque sectários.

A título de curiosidade, os autores ainda citam que o único exemplo de impeachment na Suprema Corte na história dos EUA ocorreu em 1804, quando a Câmara embasada por republicanos impediu o magistrado Samuel Chase, um ferrenho federalista, que fez campanha contra Jefferson e o criticou durante seu mandato eletivo. Considerando o comportamento de Chase como sedição, Jefferson pressionou por seu impeachment.

Mesmo que os republicanos tenham tentado dar ao procedimento aparência de legalidade, o impeachment, segundo todos os relatos e comentários, foi “do começo ao fim uma perseguição política”. O Senado absolveu Chase, estabelecendo um precedente forte contra o impeachment.

## DESENVOLVIMENTO

Nesta segunda fase do livro, os autores explicam que a Constituição dos EUA é conhecida como um dos mais importantes elementos para a permanência da democracia norte-americana.

Entretanto, ressaltam a presença de normas não-escritas que foram essenciais para garantir a democracia nacional. A reserva institucional e a tolerância recíproca são os elementos que de acordo com Ziblatt e Levitsky (2018), transformaram os EUA numa das democracias mais bem estruturadas internacionalmente.

Um teste considerável das instituições democráticas dos EUA foi o comportamento autoritário da administração Nixon. Apesar de seus gestos públicos com relação às normas de tolerância mútua nos anos 1950, Nixon nunca levou totalmente. Ele enxergava oponentes públicos e a imprensa como adversários, 108 e ele e sua equipe justificavam atividades ilícitas reivindicando que seus oponentes domésticos – muitas vezes descritos como anarquistas e comunistas.

O primeiro presidente estadunidense, George Washington estabeleceu ao longo de seu mandato regras que duraram bastante servindo como exemplo para os governos posteriores. Washington (2004) quis impedir que a figura do presidente se parecesse com a de um rei autoritário. Para isso, ele não usou totalmente o seu poder, emitindo poucas ordens executivas, vetando poucos projetos parlamentares, almejando assegurar independência entre os poderes.

A reserva de instituição é necessária porque se governo e opositores usarem totalmente seus poderes legalmente, inexistirá governabilidade. Por vezes os políticos norte-americanos não realizaram uma política de respeito recíproco. Os republicanos e os federalistas, a título exemplificativo, não se viam como amigos. Entretanto, as condições da política e uma ascensão de políticos da era pós-revolucionária fez com que os mesmos notassem na política que ora vence e ora não. Tratando seus oponentes políticos como oponentes legítimos, o tratamento politicamente era simplificado.

Alegam os autores ainda que, as tradições que sustentam as instituições democráticas americanas estão se desintegrando, abrindo um imenso abismo entre como nosso sistema político funciona e as expectativas há muito impregnadas sobre como ele deve trabalhar.

À medida que nossas grades flexíveis de proteção foram se enfraquecendo, nós nos tornamos cada vez mais à mercê de governantes antidemocráticos. Os autores (2018) chamam Donald Trump, de “um violador em série de normas” e aduzem que as críticas a ele atribuídas são em decorrência de investir contra as regras democráticas do país.

Entretanto, explicam que a problemática da questão não iniciou com esse presidente, uma vez que o processo de erosão das normas teve início mesmo décadas atrás – muito antes de Trump ter anunciado sua candidatura ao cargo presidencial.

Traçando um apanhado histórico, esses autores explanam que a eleição presidencial de 2008 foi um divisor de águas na questão da intolerância partidária. Através do ecossistema



de mídia de direita – inclusive a Fox News, o canal de TV a cabo mais assistido dos EUA –, o democrata Barack Obama foi caracterizado como marxista, antiamericano e secretamente muçulmano.

A campanha chegou a promover um esforço contínuo para ligar Obama a “terroristas” como Bill Ayers, um professor de Chicago que fora ativo na organização Weather Underground no começo dos anos 1970 (Ayers teria promovido um encontro para Obama em 1995, quando ele preparava sua candidatura para o Senado do Illinois).

Na visão dos autores, que nitidamente defendem a esquerda política, a vitória de Barack Obama em 2008 promoveu o renascimento da esperança de um retorno a uma política mais civilizada e harmoniosa.

Por trás do esfarelamento das regras basilares de tolerância e reserva recíprocas existe uma síndrome de intensa polarização partidária. Embora ela tenha começado com a radicalização do Partido Republicano, seus desdobramentos estão sendo sentidos em todo o sistema político norte-americano.

Paralisação de governos, sequestros legislativos, redesenho distrital em meio de década e recusa de até mesmo considerar uma indicação à Suprema Corte não são momentos aberrantes. Ao longo dos últimos 25 anos, democratas e republicanos se tornaram muito mais do que apenas dois partidos competidores, separados em campos liberal e conservador. Seus eleitores hoje estão divididos em vários critérios.

Nas eleições de 1978 na Geórgia, uma pessoa chamada Newt Gingrich tentou pela terceira vez um mandato distrital fora de Atlanta. Após perder por duas vezes por um liberal republicano, ele ganhou a eleição, mas como conservador, captando um distrito que não estava em poder dos republicanos pelos últimos mais de 100 anos.

Ele tinha um semblante intelectual usando óculos, discurso jovial, e também escondia uma brutalidade a qual auxiliaria a modificar a política americana.

Recebendo suporte de um minoritário, porém ascendente grupo de legalistas, Gingrich fez uma modificação pela qual a premissa consistia em instilar uma análise mais combatente no partido.

Ao início dos anos 1990, Gingrich e seu grupo forneceram memorandos para os candidatos republicanos, ensinando-os a utilizar determinadas palavras pejorativas para descrever os democratas, o que de certa forma demonstrava um jogo sujo na medida em que insultava pessoas gratuitamente somente para conseguir o poder e se manter lá.

A nova abordagem jogo duro dos republicanos aconteceu durante a presidência de Bill Clinton. Em abril de 1993, aos quatro meses do primeiro mandato de Clinton, o líder minoritário no Senado, Robert Dole (2007), afirmou que a pequena conquista popular de Clinton tinha o significado de que o tradicional período de glória que o novo presidente é tratado com deferência não estava assegurado, passando a organizar, em seguida, a obstrução da iniciativa de 16 bilhões de dólares do presidente para geração de empregos.

O uso da obstrução, que já havia aumentado marcadamente nos anos 1980 e começo dos anos 1990, atingiu o que foi descrito como níveis “epidêmicos” nos primeiros

dois anos do governo Clinton.

Antes dos anos 1970, o número anual de moções de conclusão apresentadas para interromper debates no Senado, um considerável indicador de tentativas de obstrução, nunca superou sete, mas em 1993 a 1994, alcançou 80.

Os autores explicam que ainda que Gingrich tenha sido líder no início do assalto contra a aceitação e reserva mútuas, a decadência para a política como guerra apenas se acentuou após ele ter saído do Congresso em 1999.

Apesar de ter sido sucedido na presidência da casa por Dennis Hastert, o poder verdadeiro permaneceu com o líder da maioria, Tom DeLay.

Ele o mostrou no Projeto K Street, que juntava firmas de lobby com agentes republicanos e fazia um sistema chamado pay-to-play de beneficiamento, que recompensava lobistas com leis embasadas em seu suporte aos mandatários do GOP.

O congressista republicano Chris Shays (2008, p. 14) explica o pensamento de DeLay em palavras sinceras: “Se não for ilegal, faça.” A consequência teria sido um desgaste ainda maior das leis. “Reiteradamente”, ponderou um repórter, DeLay “rompeu a cerca invisível que contém outros sectários”. DeLay trouxe a violação costumeira da norma para o século XXI.

A violação de normas também ficou evidente no âmbito dos estados. Entre as situações mais emblemáticas está o plano de redefinição de distritos eleitorais no Texas em 2003.

Consoante a Constituição, os legislativos estaduais têm a prerrogativa de alterar os distritos congressuais para manter distritos com população igual. Entretanto, existem normas duradouras e amplamente compartilhadas de que a modificação dos distritos deve ocorrer uma vez a cada década, logo após a publicação do censo.

Conforme os autores o motivo para tal fato decorre de que como as pessoas estão sempre se mudando, o redesenho dos distritos eleitorais que ocorrer posteriormente em determinada década estará baseado em números menos precisos.

Ainda que não exista proibição legislativa para redivisão em meados de década, isso sempre foi raro.

No contexto da presidência de Bush e declínio da reserva institucional, a presidência de Bush também assistiu a alguns dos primeiros desafios à norma da tolerância mútua. Para grande crédito seu, Bush não duvidou do patriotismo de seus oponentes democratas, mesmo quando a ideia anti muçulmana na época do 11 de Setembro fez uma oportunidade para isso.

Contudo, repórteres da Fox News e apresentadores de importantes programas de rádio utilizaram o momento para instigar que os democratas não seriam patriotas.

De vez em quando comentaristas começaram a vincular democratas com a Al-Qaeda – como fez Rush Limbaugh em 2006, ao acusar o senador Patrick Leahy de “pegar em armas pela Al-Qaeda” 50 depois que Leahy inquiriu o indicado para a Suprema Corte

Samuel Alito sobre uso de tortura pela administração Bush.

Ao final do livro, a partir do capítulo intitulado “salvando a democracia”, eles explicam que não existe nada que possa impedir o surgimento em nossa cultura de determinadas situações antidemocráticas.

Os autores Steven Levitski e Daniel Ziblatt (2018) asseveram que:

Nós experimentamos catástrofes políticas antes, quando inimidades regionais ou partidárias dividiram de tal modo a nação que ela entrou em guerra civil. Nossos sistemas se recuperaram e líderes republicanos e democratas desenvolveram novas normas e práticas que suportaram mais de um século de estabilidade política. Essa estabilidade, contudo, foi alcançada à custa de exclusão racial e de dominação unipartidária autoritária no Sul. Foi apenas depois de 1965 que os EUA se democratizaram de maneira plena.

A ascensão de Trump representa um desafio para a democracia global. Entre a queda do Muro de Berlim e a presidência de Obama, os governos norte-americanos continuaram com uma política externa bastante democrática.

Existem inúmeras exceções: onde quer que interesses estratégicos dos EUA estejam em questão, como na China, na Rússia e no Oriente Médio, a democracia some da pauta. Entretanto, em boa parte dos continentes africano, asiático, da Europa oriental e América Latina, os governos norte-americanos usaram pressão diplomática, assistência econômica e outros instrumentos de política externa para se opor ao autoritarismo e pressionar por democratização durante a era pós-Guerra Fria.

O período 1990-2015 foi o período mais democrático da história mundial, em razão de que as potências ocidentais apoiaram a democracia. Isso pode estar modificando atualmente. Com Donald Trump, na opinião dos autores o país parece estar abandonando seu papel de promotor da democracia pela primeira vez desde o fim da Guerra Fria. A administração de Trump é a menos pró-democrática desde a de Nixon. Além disso, os EUA não são mais um modelo de democracia (na visão dos autores).

Um país cujo presidente ataca a imprensa, ameaça pôr sua rival na cadeia e declara que pode não aceitar o resultado da eleição não pode defender a democracia de maneira crível. Autocratas estabelecidos e autocratas em potencial se sentirão ambos provavelmente encorajados com Trump na Casa Branca.

Assim, mesmo que a ideia de uma recessão global da democracia fosse um grande mito antes de 2016, a presidência de Trump – junto com a crise da União Europeia, a ascensão da China e a agressividade crescente da Rússia – pode ajudar a fazer dela uma realidade.

Os autores insistentemente questionam o fato de não aceitar o resultado das urnas eletrônicas como sendo um ato antidemocrático, porém dentro da democracia ainda assim é legítimo que se questione, o que não se deve fazer é guerra e violência apenas em razão disso. Mas a democracia propicia justamente que as pessoas possam externar suas opiniões e seus pontos de vista.

Com o Trumpismo governando a democracia dos EUA está em apuros. Eles explicitam, assim, 3 prováveis consequências. A primeira consistiria numa recuperação

democrática provocada pelo fracasso político do republicano. É, como destacam Ziblatt e Levitsky (2018), o resultado menos provável, na medida em que o processo de enfraquecimento das grades de proteção vem acontecendo há anos, em conjunto com a polarização que o alavanca.

O segundo desfecho seria um onde os republicanos permanecem dominando a política estadunidense valendo-se de um discurso nacionalista branco e tomando medidas para cada vez mais aumentar seu poder. Em um cenário como esse haveria uma grande resistência de grupos minoritários, causando mais confrontações e até violência.

O terceiro cenário é, para os autores, plausível. Ele seria caracterizado por um aumento de polarizações, existindo um maior afastamento das regras políticas. Explicando de outra forma, ela consistiria num regime democrático em que não há nortes protetivos.

Partindo da premissa sobre o autoritarismo concorrencial, assim como dos debates constantes no livro, torna-se viável debater a ideia de que todos os países passam por um processo com uma única direção e que não é reversível de democratização, o qual teve início com o final da Guerra Fria.

Resta nítido, assim, que começando com a ideia de que a democratização pode ser revertida a partir do surgimento de autocratas no poder, assim como se imaginando regimes os quais ainda que possuam instituições democráticas que agem de modo formal, as mesmas estas são modificadas quando o governo atual note estar com sua colocação de poder ameaçada.

O livro tendo sido publicado no início de 2018, constou como um dos “best-seller” do jornal New York Times.

Tal fato demonstra que essa preocupação não é única e exclusivamente dos autores, na medida em que no Brasil este livro chegou alguns meses mais tarde, em agosto, quando a política nacional passou por processo similar ao que aconteceu nos EUA.

Mas na verdade a história se repete, pois assim como nos EUA agora quem é o atual presidente é um presidente de esquerda de discurso benemérito e pacífico, no Brasil também aconteceu o mesmo, com o presidente Luís Inácio Lula da Silva novamente eleito, afinal se não fosse dessa forma não se cumpriria a pauta da Agenda 2030 tão aclamada pelos detentores do poder e donos do jogo (os quais certamente pretendem modificar a estrutura capitalista para que se mantenham de poder, porém a única forma de conseguir fazer isso é tentando incutir na cabeça das pessoas comuns a ideia de que seus ideais são os melhores possíveis.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os autores nas partes finais do livro ainda prosseguem explicando que na data da posse do presidente Trump, alguns democratas duvidaram da legalidade do ato. O representante da Califórnia, Jerry McNeerney, teria tentado boicotar o evento, dizendo que a eleição não era legítima em face da interferência russa; da mesma forma, o representante da Geórgia, John Lewis, afirmou que não enxergava Donald como um “presidente legítimo”.

Quase setenta democratas tentaram boicote no evento.

Depois que Trump já se fixou na casa presidencial, alguns progressistas chamaram os democratas para “seguir o exemplo da cartilha do GOP e obstruir tudo”. Markos Moulitsas, fundador do website Daily Kos, afirmou, “nada deveria passar no Senado sem os republicanos terem que lutar. Não dou a mínima se for a oração da manhã. Tudo tem que virar briga”.

Alguns democratas chegaram a insuflar um impeachment precoce. Menos de duas semanas após a posse de Trump, Maxime Water postou no Twitter: “Meu maior desejo [é] levar @realDonaldTrump direto para o impeachment”.

Assim, percebe-se que quando determinados grupos não conseguem a eleição do seu “político de estimação”, eles tentam mesmo jogar de formas até mesmo antiéticas, para tentar reaver o poder perdido, assim como também aconteceu na eleição de 2022 quando o presidente Lula venceu as eleições no Brasil e grupos a favor de Bolsonaro tentaram fazer manifestações por não se satisfazerem com os resultados das eleições.

É interessante o posicionamento dos autores no sentido de opinarem que o pensamento de que os democratas deveriam “lutar como os republicanos” é errada. Pois além de todos os aspectos, esse fato analisado sobre a ótica de diversos países demonstra que essa ideia acaba privilegiando diretamente os ditadores.

Essas estratégias acabam enfraquecendo o suporte do grupo opositor, uma vez que impõem medo aos moderados, ao mesmo tempo em que unificam os poderes favoráveis ao governo, e quando a oposição age contra as regras legais, acaba proporcionando ao governo uma razão para reprimir.

De certa forma no Brasil isso também aconteceu de diversas formas, inclusive através de medidas de alguns ministros do STF, os quais em suas decisões pautadas em política, acabaram até mesmo tolhendo direitos e liberdades individuais com fundamento em interesses coletivos.

Para fundamentar o argumento, os autores citam exemplos de outros países, começando pela Venezuela de Hugo Chávez. Ainda que os anos iniciais dele na presidência tenham sido no viés democrático, os opositores ficaram receosos com o seu discurso populista.

Assim, com medo de que Chávez convertesse a Venezuela em socialista como Cuba, tentaram tirá-lo da presidência de maneira preventiva e da forma que fosse necessária e possível.

Em abril de 2002, os opositores apoiaram um golpe de Estado que fracassou e conferiu uma imagem negativa aos democratas. Assim, os opositores fizeram uma greve em dezembro de 2002 para parar a Venezuela na tentativa de tirar Chávez do poder. Porém tal greve perdurou por 2 meses, custou ao país um valor aproximado de 4,5 bilhões de dólares e ainda não surtiu efeito.

Os modos de oposição na Colômbia sob o presidente Álvaro Uribe tiveram, mas sucesso. Uribe, eleito em 2002, fez uma ofensiva para ganhar poder de modo parecido com

o de Chávez: seu governo acusou seus opositores de estarem fazendo terrorismo e assim espionou oponentes e jornalistas, pretendeu tirar a força das tribunas e duas vezes tentou mudar a Constituição para disputar a mais um mandato.

Em resposta, a oposição colombiana nunca tentou tirar Uribe através de meios anticonstitucionais. Como resultado, os opositoristas tentaram concentrar seus esforços no Congresso e nos tribunais. Isso dificultou para Uribe questionar os modos democráticos de seus oponentes ou justificar repressões contra eles.

Apesar dos abusos de Uribe, a guerra institucional ao estilo venezuelano não aconteceu e as instituições democráticas da Colômbia não sofreram ameaças. Em fevereiro de 2010, a Corte Constitucional da Colômbia tirou a proposta de Uribe de terceiro mandato, julgando-a inconstitucional e fazendo com que ele se afastasse. Logo, os autores concluem que onde há canais institucionais, os grupos de oposição precisam utilizá-los.

Mesmo que os democratas conseguissem enfraquecer ou tirar Trump do poder através de meios antidemocrático, tal fato seria custoso, na medida em que herdariam uma democracia sem proteção.

Dizem os autores que esse modo de tentativa poucas vezes termina de forma benéfica. Se os democratas não trabalharem para reaver as regras de aceitação e reserva mútuas, seu próximo presidente de forma muito provável enfrentaria uma oposição que tentaria utilizar de todas as formas precisas para tirá-lo do poder.

Protestos podem ser entendidos de igual forma. O protesto consiste em direito basilar e tem relevância dentro da democracia, porém seu objetivo precisa consistir na defesa dos direitos e instituições.

Num importante estudo sobre os efeitos dos protestos negros nos anos 1960, o cientista político Omar Wasow desvendou que os protestos sem violência que tinham os negros como líderes tornaram mais forte a pauta nacionalista dos direitos civis em Washington e aumentaram o apoio público a esta agenda. Por outro lado, protestos violentos acarretaram num declínio do apoio branco e podem ter prejudicado a eleição de 1968 de Humphrey para Nixon.

Estabelecer parcerias que vão acima dos reais parceiros é algo complicado de se conseguir. É necessária muita disposição para que se abandone determinadas convicções. Como exemplo poderia ser citado o fato de que se os progressistas tratarem de questões como o direito ao aborto como única chance para participar da coalizão, a possibilidade de estabelecer parceria que insira evangélicos serão muito pequenas.

É necessário muitas vezes que se amplie os horizontes e se abra mão de algumas convicções em prol dessas parcerias sem as quais o governo dificilmente consegue se sustentar, tal como aconteceu no governo da presidente Dilma Rousseff, o qual permaneceu boa parte de seu segundo mandato sem a devida parceria com a bancada do Congresso Nacional, um dos motivos pelos quais seu governo teria declinado.

Isso quer dizer deixar passar desacordos por um tempo para que se encontre bases morais comuns.

Uma coalizão oposicionista abrangente teria vantagens relevantes. Primeiramente fortaleceria os defensores da democracia por tratar com um setor muito mais amplo da sociedade norte-americana. Em vez de limitar a política anti-Trump, ela o estenderia a uma parcela maior país. Um envolvimento abrangente desse modo é primordial para isolar e derrotar governos autoritários.

Na opinião dos autores, imaginar como ser resistência em face dos abusos da administração Trump é indubitavelmente essencial. Porém, a problemática maior encarada pela democracia norte-americana permanece sendo a extrema divisão partidária, à qual é fomentada não apenas por divergências políticas, mas também por fontes mais fortes de rejeição, inclusive diferenças raciais e religiosas. A maior polarização dos EUA antecede a presidência de Trump e continua após ela.

Líderes políticos possuem as seguintes oportunidades em face da polarização extrema. Eles podem entender as divisões da sociedade como naturais, porém tentar se opor a elas com cooperação e compromissos no nível das elites, sendo esta a medida tomada por políticos do Chile.

É duvidoso se democratas e republicanos podem seguir o caminho chileno. É fácil para os políticos lamentarem a ausência de civilidade e de cooperação, ou pretenderem voltar à antiga época do bipartidarismo. Porém, a realização de normas é um empreendimento conjunto, só é possível quando uma massa crítica de líderes aceita e tem atitudes de acordo com novas regras não escritas.

Geralmente, isso acontece depois que líderes de todo o espectro compreendem que, se não encontrarem uma nova maneira de lidar com a polarização, a democracia morrerá. Com grande frequência, é só quando os políticos sofrem o trauma de uma ditadura violenta, como aconteceu no Chile, ou mesmo de uma guerra civil, como na Espanha, que o que está em jogo se torna claro.

A saída de cooperar em que pese a polarização é superar a polarização. Nos EUA, cientistas políticos fizeram a proposta de todo um conjunto de reformas eleitorais, consistentes em revogação do redesenho de distritos, voto obrigatório, regras diferentes para eleição de membros do Congresso, para mencionar apenas umas poucas, as quais seriam capazes de reduzir a inimizade entre setores do país.

Os escritores trabalharam com o sentido originário do momento de redução democrática vivenciada hodiernamente, o motivo de ocorrer e o que poderia ser realizado para que ele possa ser combatido. O recheio a obra é de enorme relevância para a sociedade como um todo, impactando a forma de como nós observamos o mundo político e, conseqüentemente, a forma como votamos.

Neste sentido, o livro é incrivelmente contemporâneo, tratando de forma simples e com leitura de fácil entendimento por meio de exemplificações e detalhes sobre a crise democrática que persiste em diversos países e que pode ser trazida com analogia para o âmbito do Brasil.

Ainda com foco nos EUA, o estudo em comento pode ser utilizado como referência também para que se compreenda a conjuntura política de diversos outros países que

passam pelo mesmo problema, na medida em que a história se repete.

Para salvar a democracia, é necessário que se salve as regras basilares que a protegiam outrora. Entretanto, é necessário ir além, pois as pessoas precisam ampliar essas normas para todos os setores da sociedade mesmo com as suas diversidades.

## REFERÊNCIAS

ELLIS, Joseph J.; EXCELENÇA, Sua. Jorge Washington. Nova York, p. 136, 2004.

DYER, Caio de mesquita; SOTER, Eduardo Rodrigues. Resenha crítica do livro “como as democracias morrem” de Daniel Ziblatt e Steven Levitsky. Revista culturas jurídicas, Rio de Janeiro, v. 05, nº 12, p. 324-335, dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/download/45190/25956/152291>. Acesso em: 08 ago. 2023.

DOLE, Robert J. Robert J. Dole. 2007.

LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. Tradução: Renato Aguiar. São Paulo: Zahar, 2018

SHAYS, Christopher. John McCain e o Serviço Nacional: uma olhada em seu histórico e no que ele planeja fazer. In: Fórum Ripon . A Sociedade Ripon, 2008. p. 14.

THERIAULT, Sean M.; ROHDE, David W. Os senadores de Gingrich e a polarização partidária no Senado dos Estados Unidos. The Journal of Politics , v. 73, n. 4, p. 1011-1024, 2011.



# Capítulo 22

## A responsabilidade civil do estado no ordenamento jurídico brasileiro e sua aplicação nos tribunais

### *State liability in the brazilian legal system and its application in the courts*

**Marianne Matos Souza**

*Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes-UNIT. Especialista em Direito Administrativo.*

#### RESUMO

O propósito deste trabalho é demonstrar como os tribunais, diante do caso concreto, vem decidindo em seus julgados a respeito da responsabilidade civil do estado, em virtude dos danos causados a terceiros, que não possuem relação direta ou contratual com estado, notadamente diante das diversas teorias que pairam sobre o instituto da responsabilidade extracontratual, e das diferentes abordagens acerca da reparação do dano.

**Palavras-chave:** responsabilidade civil do estado. danos a terceiros. ação e omissão do estado. responsabilidade extracontratual. teoria do risco administrativo. teoria do risco integral. teoria do risco suscitado. responsabilidade subjetiva.

#### ABSTRACT

The purpose of this work is to demonstrate how the courts, in the face of the concrete case, have been deciding in their judgments regarding the civil liability of the state, due to damages caused to third parties, which have no direct or contractual relationship with the state, notably in the face of the various theories hovering over the institute of non-contractual liability, and the different approaches to repairing the damage.

**Keywords:** civil liability of the state. damage to third parties. state action and omission. extra-contractual liability. management risk theory. integral risk theory. aroused risk theory. subjective responsibility.



## INTRODUÇÃO

A pesquisa está voltada para o estudo da Responsabilidade Civil do Estado, em virtude dos danos causados pela administração a terceiros que não possuem relação jurídica contratual com estado.

A escolha do tema deu-se devido as diversas teorias que pairam sobre o instituto da responsabilidade extracontratual, e como elas são aplicadas nos tribunais, tendo em vista as diferentes abordagens de reparação do dano causado a terceiro pela administração pública.

Com efeito, pretende-se trazer no primeiro capítulo deste trabalho as considerações acerca da evolução da responsabilidade extracontratual do estado, explanando seu conceito, origem e espécies.

Feitas as considerações acerca da responsabilidade, e adentrando-se profundamente ao cerne do tema ora escolhido, o segundo capítulo traz as teorias sobre a responsabilidade civil do estado e sua aplicação nos tribunais.

Toda a pesquisa será desenvolvida através dos métodos descritivo, quantitativo, qualitativo, exploratório e análise de dados, por meio de pesquisas bibliográficas, que se darão por livros e sítios da internet. Além de julgados proferidos pelos Tribunais Superiores e da própria legislação brasileira.

## EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO: CONCEITO, ORIGEM E ESPECIES

A Responsabilidade Civil do estado tem como fundamento o art. 37, § 6º da CF/88, que estabelece o seguinte:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O art. 43 do Código Civil de 2002 também regulamenta a Responsabilidade Civil Objetiva do Estado, in verbis:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado o direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por partes destes, culpa ou dolo.

Os referidos artigos consagram a teoria da responsabilidade objetiva do ente público, mas nem sempre foi assim. Ressalte - se que a responsabilidade regressiva do agente público perante a administração é subjetiva, devendo se comprovar a culpa ou o dolo.

A responsabilidade extracontratual da administração pública passou por um longo processo de transformação, como será visto a seguir.

Num primeiro momento, a irresponsabilidade civil do estado embasou a primeira fase da responsabilidade civil, segundo Carvalho (2016) as monarquias absolutistas se fundavam numa ideia de soberania, enquanto autoridade, sem abrir possibilidade ao súdito de contestação.

Seguindo a premissa de que “o rei nunca errava” (*the king can do not wrong*) vigorou por muito tempo o princípio da irresponsabilidade. Montenegro (2012) advindo da teoria do direito divino dos reis, elaborada por Bossuet para justificar o poder absoluto dos monarcas a impossibilitar qualquer tentativa de responsabilizá-lo, pois o rei, designado por Deus, era infalível.

Vale destacar que no direito pátrio não houve a fase da irresponsabilidade, tendo surgido no Brasil a responsabilidade civil da administração pública com a criação do Tribunal de Conflitos em 1873.

Com o surgimento do estado de Direito, a teoria da irresponsabilidade não prosperou, surgindo, então a teoria da responsabilidade subjetiva, no Brasil, com previsão no código civil de 1916, ora revogado. A teoria civilista trouxe o elemento culpa, como fundamento para imputar a responsabilidade ao estado.

Desta feita, preleciona Carvalho (2018) o seguinte:

Conforme o entendimento da doutrina cível, a culpa decorre da demonstração de conduta praticada com imprudência, imperícia ou negligência pelo agente, mesmo porque qualquer atuação fora dos limites da lei já se configura negligente. Por sua vez, a demonstração do dolo depende da intencionalidade do agente em causar o dano, ou pelo menos, da assunção do risco conhecido pelo agente ao atuar.

Nesse diapasão, foi fixado dois tipos de atos do estado, os atos de gestão e os de império. Na lição de Diogo (2017):

Os atos de império eram aqueles praticados com as prerrogativas inerentes à qualidade de ente garantidor do interesse público, dotado de autoexecutoriedade e coercibilidade. Assim é que tais atos não ensejavam a indenização do particular.

(...)

Os atos de gestão, por sua vez, seriam os praticados pela Administração em um patamar de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum. Desse modo, quando o Poder Público praticasse atos de gestão responderia subjetivamente, devendo ser averiguado o dolo ou a culpa na realização da conduta, já que perpassado pelo Direito Civil, em estrita igualdade ao particular.

Denominada culpa anônima, a Teoria da Culpa do Serviço ou *Faute du Service*, trata a respeito da responsabilidade baseada na culpa do serviço, ou seja, a responsabilidade é embasada no serviço ineficiente, atrasado ou mal prestado.

Segundo Dias (1995), é suficiente estabelecer a má condição do serviço, o funcionamento defeituoso, a que se possa atribuir o dano.

Finalmente, a teoria da responsabilidade objetiva ganhou vez, sendo prevista pela

primeira vez no nosso ordenamento jurídico na Carta Magna de 1946.

Desta feita, o doutrinador Bandeira (2009) definiu muito bem o conceito de Responsabilidade Civil Objetiva, vejamos: “ A responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida por outrem”.

Assim, para configurar a responsabilidade objetiva são necessários três elementos, quais sejam: conduta (lícita ou ilícita), dano (causado ao bem jurídico protegido) e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

## TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Tecida as considerações sobre a evolução da responsabilidade extracontratual da administração pública, passaremos analisar as teorias da responsabilidade extracontratual do Estado e sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio.

A responsabilidade objetiva do estado se baseia na Teoria do Risco Administrativo, no qual o estado deve arcar com os danos causados a terceiros decorrentes de suas atividades.

Como preleciona Matheus Carvalho (2016, p. 329) a atividade administrativa tem como finalidade alcançar o bem comum e se trata de uma atividade potencialmente danosa. Por isso, surge a obrigação econômica de reparação de dano pelo Estado pelo simples fato de assumir o risco de exercer tal atividade, independente da má prestação do serviço ou da culpa do agente faltoso.

Nesse sentido, é a aplicação da referida teoria na jurisprudência, vejamos:

No caso de vítima atingida por projétil de arma de fogo durante uma operação policial, é dever do Estado, em decorrência de sua responsabilidade civil objetiva, provar a exclusão do nexo causal entre o ato e o dano, pois ele é presumido. STF. 2ª Turma. ARE 1.382.159 AgR/RJ, Rel. Min. Nunes Marques, redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 28/03/2023 (Info 1089)

O Banco Central do Brasil responde objetivamente pelos danos que os liquidantes, no exercício desse munus público, causem à massa falida, em decorrência da indevida utilização de valores pagos pelos consorciados para custear despesas concernentes ao procedimento liquidatório de empresa de consórcio. STJ. 1ª Turma. REsp 1.569.427-SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 14/3/2023 (Info 768).

O hospital que deixa de fornecer o mínimo serviço de segurança, contribuindo de forma determinante e específica para homicídio praticado em suas dependências, responde objetivamente pela conduta omissiva. STJ. 2ª Turma. REsp 1.708.325-RS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 24/05/2022 (Info 740).

O Estado responde de forma objetiva pelos danos causados a profissional de imprensa ferido, por policiais, durante cobertura jornalística de manifestação pública em que ocorra tumulto ou conflito, desde que o jornalista não haja descumprido ostensiva e clara advertência quanto ao acesso a áreas definidas como de grave risco à sua integridade física, caso em que poderá ser aplicada a excludente da responsabilidade por culpa exclusiva da vítima. Tese fixada pelo STF: “É objetiva a Responsabilidade Civil do Estado em relação a profissional da imprensa ferido por agentes policiais durante cobertura jornalística, em manifestações em que haja

tumulto ou conflitos entre policiais e manifestantes. Cabe a excludente da responsabilidade da culpa exclusiva da vítima, nas hipóteses em que o profissional de imprensa descumprir ostensiva e clara advertência sobre acesso a áreas delimitadas, em que haja grave risco à sua integridade física.” STF. Plenário. RE 1209429/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 10/6/2021 (Repercussão Geral – Tema 1055) (Info 1021).

DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. ACIDENTE DE TRÂNSITO ENVOLVENDO VIATURA A SERVIÇO DA POLÍCIA MILITAR. INOBSERVÂNCIA DAS NORMAS DE TRÂNSITO RELATIVAS À PREFERÊNCIA DE PASSAGEM PELO CONDUTOR DA VIATURA POLICIAL. DANOS MATERIAIS. DANOS EMERGENTES. INDENIZAÇÃO PELO CONSERTO DO VEÍCULO DEVIDA. LUCROS CESSANTES. DEPRECIÇÃO NO VALOR DO VEÍCULO NÃO COMPROVADA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. PROVIMENTO PARCIAL DO PEDIDO REFORMA DA SENTENÇA. O conjunto probatório ampara a tese autoral de que o acidente foi causado pela conduta ilícita atribuída ao agente público. Acidente de trânsito provocado por infração das normas de trânsito relativas à preferência de passagem por parte do condutor da viatura oficial. Condutor proveniente de via secundária que colidiu com veículo que transitava na via principal. Teoria do risco administrativo. Ausência de prova de qualquer das excludentes denexo de causal. Configuração da responsabilidade objetiva do Estado. Danos materiais. Danos emergentes relativos ao conserto do veículo particular comprovados pelas notas fiscais de serviço. Lucros cessantes. Desvalorização do valor de mercado do bem. Efetiva depreciação do veículo não demonstrada. Dano que não se presume pela simples ocorrência do acidente. O envolvimento de veículo de propriedade de pessoa jurídica em acidente não importa em qualquer abalo da sua imagem pública. Dano moral não configurado. Conhecimento e parcial provimento do recurso.

(TJ-RJ - APL: 02362693220128190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 4 VARA FAZ PÚBLICA, Relator: ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA, Data de Julgamento: 06/12/2016, VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/12/2016).

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - TRAUMATISMO INTRACRANIANO - ACIDENTE. QUEDA DE OBJETO DA REDE DE ENERGIA ELÉTRICA - CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA- CONDUTA OMISSIVA E NEGLIGENTE DA COMPANHIA ENERGÉTICA - FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - NEXO CAUSAL EVIDENCIADO - DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO DANO MORAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. IMPUGNAÇÃO FUNDAMENTOS. SUMULAS Nº 126/STJ E Nº 283/STF. 1. Não há ofensa aos arts. 458 e 535 do CPC se o tribunal de origem se pronuncia fundamentadamente sobre as questões postas a exame, dando suficiente solução à lide, sem incorrer em qualquer vício capaz de maculá-lo. 2. Tendo o tribunal de origem, após minuciosa análise do contexto fático dos autos, concluído pela responsabilidade de indenizar e ter arbitrado o valor com observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, rever tal posicionamento esbarra no enunciado da Súmula nº 7/STJ. 3. Havendo fundamento constitucional, a não interposição do recurso extraordinário atrai a aplicação da Súmula nº 126/STJ. 4. A ausência de impugnação específica a fundamento do acórdão recorrido reclama a aplicação do verbete da Súmula nº 283/STF, por analogia. 5. Agravo interno não provido.

(STJ - AgInt no AREsp: 999188 MT 2016/0265429-3, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 14/03/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/03/2017).

Se extrai dos julgados acima a efetiva aplicação da Teoria do Risco Administrativo na composição dos danos causados a terceiros em virtude de atividades prestados pelo estado.

Todavia, a Teoria do Risco Administrativo comporta a exclusão da responsabilidade do estado em virtude da ausência de algum dos seus elementos, como a conduta, dano e nexo de causalidade, bem como no caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima.

Vejamos na jurisprudência a exclusão da responsabilidade do estado aplicada em casos concretos:

O Estado responde de forma objetiva pelos danos causados a profissional de imprensa ferido, por policiais, durante cobertura jornalística de manifestação pública em que ocorra tumulto ou conflito, desde que o jornalista não haja descumprido ostensiva e clara advertência quanto ao acesso a áreas definidas como de grave risco à sua integridade física, caso em que poderá ser aplicada a excludente da responsabilidade por culpa exclusiva da vítima. Tese fixada pelo STF: “É objetiva a Responsabilidade Civil do Estado em relação a profissional da imprensa ferido por agentes policiais durante cobertura jornalística, em manifestações em que haja tumulto ou conflitos entre policiais e manifestantes. Cabe a excludente da responsabilidade da culpa exclusiva da vítima, nas hipóteses em que o profissional de imprensa descumprir ostensiva e clara advertência sobre acesso a áreas delimitadas, em que haja grave risco à sua integridade física.” STF. Plenário. RE 1209429/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 10/6/2021 (Repercussão Geral – Tema 1055) (Info 1021).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. ACIDENTE ENVOLVENDO AMBULÂNCIA MUNICIPAL. PERÍCIA TÉCNICA. CAUSA PRIMÁRIA IMPUTADA A CONDUTA IMPRÓPRIA DO MOTORISTA DO OUTRO VEÍCULO. CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO DEMONSTRADA. NÃO CONFIGURAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DO DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA MANTIDA. 1. Nos termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal, a responsabilidade civil do Estado é objetiva. Em outras palavras, dispensa-se a demonstração da culpa do agente ou do serviço, bastando-se, para a configuração do dever de indenizar, a ocorrência de um fato administrativo, do dano e do nexos causal entre aquele e este. 2. In casu, a perícia técnica elaborada pela Secretaria de Segurança Pública foi categórica no sentido de que evento danoso decorreu de comportamento impróprio do condutor do outro veículo, que invadiu a pista de rolamento na contramão, atingindo a ambulância em que estava o autor e sua esposa. 3. Tal cenário, evidentemente, conduz ao afastamento da responsabilidade civil do Município demandado, haja vista a não demonstração do fato administrativo e do nexos causal, pressupostos essenciais à sua configuração. 4. Recurso conhecido e não provido. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0000372-97.2013.8.05.0253, Relator (a): José Edivaldo Rocha Rotondano, Quinta Câmara Cível, Publicado em: 18/10/2016)

(TJ-BA - APL: 00003729720138050253, Relator: José Edivaldo Rocha Rotondano, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 18/10/2016)

RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL (artigo 37, § 6º). TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. HIPÓTESES DE EXCLUSÃO DO NEXO CAUSAL. ENERGIA. DESCARGA ELÉTRICA. FATO EXCLUSIVO DA VÍTIMA. 1- A controvérsia dos autos deve ser examinada através das disposições constitucionais em sede de responsabilidade civil da concessionária de serviço público (artigo 37, § 6º). 2- Nesse aspecto, a conduta culposa - negligência, imprudência ou imperícia -, exclusiva da vítima no surgimento do acidente, exclui o dever da concessionária de serviço público de indenizar os prejuízos daí advindos. 3- O ordenamento pátrio adotou a teoria do risco administrativo, segundo a qual a lesão sofrida pelo particular é ressarcida, independente de culpa do agente público que a causou, buscando-se apenas a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano. 4- A concessionária de serviço público pode se eximir de responsabilidade nas hipóteses em que nexos causal está ausente, como o fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro. 5- O comportamento da vítima foi a causa única do evento. 6- Negado provimento ao recurso.

(TJ-RJ - APL: 00069051520118190007 RJ 0006905-15.2011.8.19.0007, Relator: DES. MILTON FERNANDES DE SOUZA, Data de Julgamento: 18/03/2014, QUINTA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 09/04/2014 14:09)

Desta feita, conclui-se que a responsabilidade objetiva do estado é baseada na Teoria do Risco Administrativo, todavia a responsabilização do estado encontra óbice diante do caso fortuito e força maior, da culpa exclusiva da vítima e, até mesmo da ausência de algum dos seus elementos.

Contraopondo-se a esta teoria, a Teoria do Risco Integral, aplicada de forma excepcional, não comporta nenhuma forma de exclusão da responsabilidade do estado, não se importa se o dano foi decorrente de caso fortuito ou força maior, se decorre da culpa exclusiva da vítima ou da ausência de dano ou nexo de causalidade.

Para a Teoria do Risco Integral a responsabilidade extracontratual do estado sempre vai existir, mesmo que se esteja diante de atos lícitos e regulares.

Para Meirelles (1999, p. 586) a:

Teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Para essa formula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima.

A Teoria do Risco Integral é aplicada em situações excepcionais. Segundo Carvalho (2016) a referida teoria é aplicada em quatro situações, a saber: dano decorrente de atividade nuclear; dano ao meio ambiente; acidente de trânsito decorrente de seguro obrigatório e; crimes ocorridos a bordo de aeronaves, decorrentes de ataque terrorista.

Nesse sentido, vejamos sua aplicação na jurisprudência:

RECURSO DE APELAÇÃO – DIREITO AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL – TEORIA DO RISCO INTEGRAL – NEXO DE CAUSALIDADE. 1. Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, a partir do Inquérito Civil n.º 09/1996 e n.º 09/1999, em que se constatou a irregularidade do escoamento de esgoto, bem como a inadequação do sistema de drenagem de águas pluviais do Loteamento “Presidente Collor”, ocasionando danos ambientais no local. 2. Afastada a responsabilidade do SAAE de São Carlos, porquanto não se constatou qualquer problema em relação ao sistema de esgoto. Inteligência do art. 1º da Lei Municipal n.º 17.444/2015. 3. A responsabilidade civil por dano ambiental é objetiva e informada pela teoria do risco integral. Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça. Imprescindível a constatação do nexo de causalidade entre o dano ambiental observado e o comportamento do agente. Recurso do SAAE provido. Recursos do Ministério Público e de Airton Garcia Ferreira desprovidos.

(TJ-SP 00060606220088260566 SP 0006060-62.2008.8.26.0566, Relator: Nogueira Diefenthaler, Data de Julgamento: 05/04/2018, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Data de Publicação: 06/04/2018)

AÇÃO INDENIZATÓRIA - BARRAGEM DE FUNDÃO - ROMPIMENTO - ATIVIDADE DE RISCO DESENVOLVIDA PELA DEMANDADA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - TEORIA DO RISCO INTEGRAL - RECOMPOSIÇÃO MATERIAL - DANO PROVADO - TUTELA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - MANUTENÇÃO Não vulnera o princípio da dialeticidade recursal a apelação interposta sob argumentos capazes de externar combate válido e apto a espelhar o inconformismo da parte quanto à sentença proferida. Na esteira do entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato. Demonstrados nos autos os danos materiais experimentados pelo autor em razão do rompimento da barragem de Fundão, portanto, o indispensável nexo de causalidade, isto basta para ensejar a tutela de recomposição pela empresa mineradora, nos moldes em que postulada.

(TJ-MG - AC: 10549160005704001 MG, Relator: Saldanha da Fonseca, Data de Julgamento: 06/11/0017, Câmaras Cíveis / 12ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 16/11/2017)

Tecidas as considerações sobre a Teoria do Risco Administrativo e a Teoria do Risco Integral e seus contrapontos, passemos agora a analisar a Responsabilidade Civil do Estado por Omissão.

A responsabilidade por omissão decorre de um não agir do estado, de uma inação diante do dever de agir do estado.

Nem sempre a omissão vai ensejar a responsabilidade do estado, esta só ocorre diante de um descumprimento do dever legal atribuído ao poder público de evitar que o dano ocorra.

Desta feita, existem duas correntes que divergem acerca do referido tema.

A doutrina capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Melo, sustenta ser restrita a aplicação do art.37, § 6º, da CF à responsabilidade por ação do poder público, sendo subjetiva a responsabilidade da administração sempre que o dano ocorrer de uma omissão do estado.

Sendo assim, o estado responde subjetivamente de acordo com a culpa anônima ou falta do serviço.

Neste caso, segundo Matheus Carvalho (2016, p. 231), para fins de responsabilização do ente público, não se precisa comprovar a culpa do agente, bastando a comprovação da má prestação de serviços ou da prestação ineficiente do serviço ou, ainda, da prestação atrasada do serviço como ensejadora do dano.

É de bom alvitre salientar, que a responsabilização subjetiva pela culpa anônima ou falta do serviço é em virtude de ato omissivo ilícito.

Em contrapartida, a segunda corrente defendida por Sergio Cavaliere Filho, afirma que nem sempre a responsabilidade por omissão será subjetiva.

Desta feita, o que determina se a responsabilidade do Estado será subjetiva ou objetiva é o tipo de conduta omissiva, se específica ou genérica.

Assim, a responsabilidade do Estado será subjetiva no caso de omissão genérica e objetiva no caso de omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir.

Nesse sentido, vejamos os julgados abaixo:

AGRAVO INTERNO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO EM VIA PEDAGIADA. FALHA NO SOCORRO DO USUÁRIO. QUEDA DE MACA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA CULPA ANÔNIMA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. O ordenamento constitucional, com fundamento na teoria do risco administrativo, atribui responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas de direito público quando o dano experimentado por terceiro decorre de ação ou omissão de seus agentes no exercício da atividade administrativa (art. 37, § 6º, da CR/88). A responsabilidade civil da Administração Pública pode ocorrer, ainda, por descumprimento do seu dever de agir, a qual, diferentemente, fundamenta-se na culpa anônima ou falta do serviço configurada quando este não funciona, funciona mal ou funciona tardiamente. Nesta hipótese, a responsabilidade do ente público é subjetiva, sendo necessária comprovação da culpa na ocorrência do evento danoso. Apurou-se na dilação probatória que a queda da maca sofrida pelo autor durante o socorro prestado pela segunda ré foi decorrente de imprudência e negligência de seus prepostos, que o deixaram cair quando dava entrada no Hospital Salgado Filho. Dessa falha na atuação das rés resultou o dano moral sofrido pelo autor. Quantum indenizatório fixado em R\$ 6.000,00 (seis mil reais), de modo a consultar a razoabilidade, sem deixar de considerar, também, o caráter punitivo-pedagógico da condenação. Manutenção da sentença. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(TJ-RJ - APL: 00015108920098190208 RIO DE JANEIRO MEIER REGIONAL 7



VARA CÍVEL, Relator: CLAUDIO LUIZ BRAGA DELL ORTO, Data de Julgamento: 22/05/2014, VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR, Data de Publicação: 27/05/2014).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. OMISSÃO DO ESTADO. Para a configuração do dever de indenizar do Estado por suas condutas omissivas, a doutrina e a jurisprudência dominantes têm reconhecido a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva, estando o dever de indenizar condicionado à comprovação do dolo ou da culpa, aplicando-se a ideia denominada de *faute du service*, ou seja, culpa do serviço quando o serviço não foi prestado ou foi prestado de forma ineficiente ou atrasada. NEGLIGÊNCIA NA IDENTIFICAÇÃO DE CADÁVER. SEPULTAMENTO COMO INDIGENTE. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. DANO MORAL. Dano moral sofrido por aquele que tem parente enterrado como indigente, sem nenhuma dignidade e longe da família que não pôde prestar suas últimas homenagens ao ente querido. Ademais, dano que se originou da falta de comunicação que a autoridade poderia ter efetivado. O ônus da prova concernente aos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor incumbe ao réu (art. 333, II, do CPC/73), de forma que, se este não logrou êxito em comprovar tais fatos, é de se julgar procedente o pleito inaugural. QUANTUM INDENIZATÓRIO. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. A fixação dos danos morais encontra-se atrelada ao prudente arbítrio do julgador, em função das circunstâncias e particularidades da ocorrência, não podendo ser fixado em valor elevado que importe em enriquecimento sem causa da parte ofendida, devendo ater-se aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA. CONSECUTÓRIOS LEGAIS. Sobre a condenação deverá incidir os índices oficiais de remuneração básica, a contar do arbitramento (Súmula nº 362 do STJ), e os juros aplicados à caderneta de poupança, devidos desde o evento danoso (responsabilidade extracontratual), por força do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, não obstante a declaração de inconstitucionalidade, pelo STF, do artigo art. 100, § 12º, da CF. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 5º DA LEI 11.960/09 DECLARADA PELO STF. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DO RE Nº 870947. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. Apesar de o STF ter proferido decisão modulando os efeitos da inconstitucionalidade parcial do artigo 1º-F da Lei federal nº 9.494/2009, reconhecida na ADI nº 4.357/DF, mantém-se a atualização monetária na forma do artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, até o deslinde definitivo do RE nº 870947, que reconheceu a existência de repercussão geral da questão jurídico-constitucional, a fim de evitar decisões conflitantes. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. INVERSÃO. Diante da alteração do julgado, a inversão do ônus sucumbenciais é medida impositiva, porquanto o réu saiu vencido na demanda. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

(TJ-GO - AC: 01918796320138090051, Relator: DR(A). SEBASTIAO LUIZ FLEURY, Data de Julgamento: 01/09/2016, 4A CAMARA CÍVEL, Data de Publicação: DJ 2110 de 14/09/2016)

DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer em parte do recurso e dar-lhe parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO DO ESTADO. BURACO EM VIA. MANUTENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO REQUERIDO. AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE EXCLUDENTE DE CULPA. PRESENÇA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MANUTENÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. MINORAÇÃO DO VALOR DOS DANOS MORAIS. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO. 1 - São considerados pressupostos ou requisitos para a responsabilização civil do Estado: ação ou omissão antijurídica,nexo de causalidade e danos. “A responsabilidade civil extracontratual do Estado é produzida pela presença de três elementos. Há necessidade de: a) dano material ou moral sofrido por alguém; b) uma ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado; um nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão estatal.” (Marçal Justen Filho. Curso de Direito Administrativo. 12ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 1195.). 2 - A regra do ordenamento jurídico brasileiro em relação à responsabilização civil do Estado é a responsabi-

lidade objetiva, conforme determina o art. 37, § 6º, da Constituição Federal: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. No entanto, tal regra está longe de prestigiar todas as possibilidades de responsabilização do Estado, mormente no que tange a responsabilidade por omissão estatal. Há os que defendem, como Celso Antônio Bandeira de Mello, que a responsabilidade civil por omissão é do tipo subjetiva, situação na qual se exige a culpa como pressuposto da responsabilidade. Nesses casos, estar-se-ia falando em culpa in vigilando, ou culpa in omittendo. Outros autores, como Yussef Said Cahali e Marçal Justen Filho, ao tratarem dos atos omissivos, reafirmam a responsabilidade objetiva, entretanto, deslocam o elemento culpa para a omissão, isto é, exigir-se-ia do Estado conduta diversa da omissiva, pois na simples ideia de descumprimento de uma obrigação exigível encontra-se presente o elemento culpa. Trata-se de objetivação da culpa, e não da transmutação da responsabilidade civil objetiva em subjetiva. Referida discussão, de ordem didática e acadêmica, não se encontra encerrada mas permite que se faça uma conclusão útil ao deslinde da presente demanda: não é toda omissão estatal que é passível de indenização, mas aquela em que se exigiria do Estado um determinado agir que não ocorreu, isto é, em não agindo conforme se espera do ente estatal, este estaria cometendo um ato ilícito. 3 - Em existindo alguma excludente de culpa ou de ilicitude, não se configuraria o dever de indenizar. Entretanto, comprovada que a omissão se deu por descumprimento de obrigação que lhe era devida e que tal omissão, por presença de nexo causal, trouxe dano a outrem, este deve ser reparado. (TJPR - 2ª C. Cível - AC - 1574880-6 - Foz do Iguaçu - Rel.: LUCIANO CAMPOS DE ALBUQUERQUE - Unânime - - J. 01.11.2016)

(TJ-PR - APL: 15748806 PR 1574880-6 (Acórdão), Relator: LUCIANO CAMPOS DE ALBUQUERQUE, Data de Julgamento: 01/11/2016, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1927 23/11/2016).

Dando prosseguimento acerca da responsabilidade por omissão, o estado também é responsável em algumas circunstâncias, onde este cria situação de riscos que ocasionam danos a terceiros, é o caso, por exemplo, da guarda de crianças em escolas públicas, custódia de presos, guarda de objetos em delegacias, entre outros.

A Teoria do Risco Criado ou Suscitado explica que nesses casos, o estado responde objetivamente, mesmo tratando-se de caso fortuito, desde que seja um fortuito interno, responsabilidade do estado é mantida.

Assim, vejamos sua aplicação na jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. DANOS OCACIONADOS A VEÍCULO SOB CUSTÓDIA DO ESTADO APÓS A SUA APREENSÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO. TEORIA DO RISCO CRIADO (RISCO SUSCITADO). 1) em casos como o presente, em que o Estado, por meio de um comportamento positivo, assume o risco de causar dano a particulares, tal como ocorre nas hipóteses de guarda de pessoas e coisas, a responsabilidade por omissão é objetiva. 2) disso resulta que a parte, com a finalidade de lograr êxito na pretensão indenizatória, deve somente comprovar o nexo causal e o dano sofrido. 3) no caso sub studio, contudo, a parte autora não se desincumbiu do ônus de provar o fato constitutivo de seu direito - os danos alegados, uma vez que, malgrado as suas alegações, assinou documento ao retirar o veículo do depósito, através do qual declarou estar recebendo o bem nas mesmas condições nas quais ele se encontrava quando de sua apreensão. 4) A prova testemunhal, por seu turno, revela-se inútil ao deslinde da causa, diante da clareza da prova documental mencionada. 5) Recurso ao qual se nega provimento.

(TJ-RJ - APL: 00026200420128190052 RIO DE JANEIRO ARARUAMA 1 VARA CÍVEL, Relator: HELENO RIBEIRO PEREIRA NUNES, Data de Julgamento: 24/04/2018, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 27/04/2018)

Tecidas todas as considerações acerca do instituto da responsabilidade civil extracontratual do estado, passemos as considerações finais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É cediço que o dever de reparação de danos causados pelo próprio estado passou por várias transformações. Desde o período da irresponsabilidade do estado, sob a premissa de que o rei nunca errava, até se chegar a responsabilidade objetiva do estado e, de forma excepcional, a adoção da teoria do risco integral, trazendo, portanto, maior segurança ao terceiro que sofre um dano pela conduta ativa ou omissiva do estado.

Desta feita, conclui-se que a adoção da responsabilidade civil objetiva pelos danos causados pelo estado na prestação de serviço, trouxe maior amparo pela legislação na reparação do dano causado por este. Em contrapartida, o estado passa a atuar na prestação de serviços público de forma mais responsável e eficiente, a fim de evitar prejuízo aos cofres públicos em virtude de indenizações na reparação dos danos causados.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 26<sup>a</sup> ed. 2009.

BLOG EBEJI. Disponível em: <<https://blog.ebeji.com.br/o-stf-e-a-responsabilidade-por-omissao-do-estado-objetiva-ou-subjetiva/>> Acesso em: 16 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Título II.

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 3. Ed. Ver. Ampl. E atual. - Salvador. JusPODVIM, 2016.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Se uma pessoa é atingida por bala perdida durante confronto entre policiais e criminosos, o Estado deverá ser condenado a indenizar, mesmo que a parte autora não consiga provar que a bala partiu dos policiais; Estado poderá provar causa excludente do nexu causal. Buscador dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/67c2bd385b570d5cf44ea6f696865ed9>>. Acesso em: 21/08/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O Banco Central possui responsabilidade objetiva pelos danos que o liquidante cause durante o procedimento de liquidação extrajudicial. Buscador dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/cf55a3f1c3e9436d5febcd736ed7fc43>>. Acesso em: 21/08/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O hospital que deixa de fornecer o mínimo serviço de segurança, contribuindo de forma determinante e específica para homicídio praticado em suas dependências, responde objetivamente pela conduta omissiva. Buscador dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/c0c3a9fb8385d8e03a46adadde9af3bf>>. Acesso em: 21/08/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Em regra, o Estado responde de forma objetiva pelos danos causados a profissional de imprensa ferido, por policiais, durante cobertura jornalística de manifestação pública. Buscador dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/076ccd93ad68be51f23707988e934906>>. Acesso em: 21/08/2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. A concessionária de rodovia não deve ser responsabilizada por roubo com emprego de arma de fogo cometido contra seus usuários em posto de pedágio. Buscador dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/641aa381139a7254f52aaf4bfc5d99da>>. Acesso em: 21/08/2023

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil – vol. II. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DIOGO, Cristiane Sampaio. Teorias explicativas da responsabilidade civil do Estado: panorama jurídico brasileiro e responsabilidade objetiva. <http://conteudojuridico.com.br/index.php?artigos&ver=2.589588> Acesso em 31 de agosto de 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999.

MONTENEGRO, Thalita Macedo. A evolução histórica da responsabilidade civil do Estado. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/evolu%C3%A7%C3%A3ohist%C3%B3rica-da-responsabilidade-civil-do-estado>. Acesso em: 31 de agosto de 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. Decisão. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/decisao/imprimir.php?inoid=2251460>>. Acesso em: 22 de janeiro de 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Decisão disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/521126451/apelacao-civel-ac-10549160005704001-mg?ref=serp>> Acesso em: 15 de fevereiro de 2019

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Decisão disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/377424553/apelacao-apl-15108920098190208-rio-de-janeiro-meier-regional-7-vara-civel?ref=serp> Acesso em: 15 de fevereiro de 2019

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO RIO DE JANEIRO. Decisão disponivelem:<<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/417235288/apelacao-apl-2362693220128190001-rio-de-janeiro-capital-4-vara-faz-publica?ref=serp>> Acesso em: 15 de fevereiro de 2019

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO RIO DE JANEIRO. Decisão disponivelem:<<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116661381/apelacao-apl-69051520118190007-rj-0006905-1520118190007?ref=serp>> Acesso em: 15 de fevereiro de 2019

## Mudanças com o sistema processual penal do Uruguai e aprendizados

### Changes with the criminal procedural system in Uruguay and learnings

**Celina de Fátima Sobrinha**

*Graduada no curso superior de Tecnologia de Gestão Ambiental pela FBM em 2009; Bacharel em Direito pela FBM em 2013; Especialização em Auditoria Ambiental pela FMB em 2010; Pós-graduada em Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade de Tecnologia Equipe Darwin em 2013; Pós-graduada - Lato Sensu em Criminologia pela FABRAZ em 2021; Pós-graduada em Direito penal e processual penal IBRA em 2021; é Mestre em Maestria e Ciências Criminológica-forenses – Faculdade de Ciências Jurídicas pela UNIVERSIDAD DE LA EMPRESA (UDE) Montevideo/ URUGUAI – 2023.*

#### RESUMO

Este trabalho busca compreender as inovações advindas com a Lei nº 19.293, de 19 de dezembro de 2014, que entrou em vigor apenas em 1º de novembro de 2017, alterando o Código de Processo Penal, e com isso modernizou o ordenamento jurídico uruguaio. Para tanto, o Direito Comparado é importante para que seja analisado como outros países procedem a aplicação de sua legislação criminal, e a partir daí pode analisar os pontos benéficos e maléficos para atualizar seu texto legal.

**Palavras-chave:** processo penal. legislação criminal. tribunal do júri. direito comparado.

#### ABSTRACT

This work seeks to understand the innovations arising from Law nº 19,293, of December 19, 2014, which came into force only on November 1, 2017, amending the Code of Criminal Procedure, and thereby modernizing the Uruguayan legal system. Therefore, Comparative Law is important to analyze how other countries apply their criminal legislation, and from there it can analyze the beneficial and harmful points to update its legal text.

**Keywords:** criminal proceedings. criminal legislation. jury court. comparative law.



## INTRODUÇÃO

O sistema legislativo, de qual país seja, sofre constantes alterações devido a vários fatores, isso ocorre principalmente em relação a evolução histórico vivido por cada nação, de forma que são necessárias as alterações das leis para criar um texto legal para reger os direitos e deveres da população de um determinado país.

Não é necessário analisar o processo legislativo do Uruguai, que pode ser realizado por meio de uma síntese baseada na Constituição da República Oriental do Uruguai, publicada no ano de 1967, que sofreu a suspensão de algumas disposições em 1973, sendo restabelecidas apenas em 1985, o que por si só, demonstra o quanto um texto legal - que neste caso em específico se tratou da superior hierárquica - que pode sofrer modificações tendo em vista o momento histórico em que se está inserido.

No que concerne à evolução histórica, é de grande importância para a pesquisa em questão que se tenha também uma análise de como se deu o processo penal uruguaio, para que possa se identificar quais foram os principais pontos de mudanças necessários para a promulgação da Lei nº 19.293, de 19 de dezembro de 2014.

Assim sendo, o Poder Legislativo uruguaio, visando melhoria de sua legislação, promulgou a lei supracitada, que entrou em vigor a partir de 1º de novembro de 2017, modificando inclusive o sistema de julgamento utilizado.

As alterações, esclarece que não ocorreu apenas modificações básicas da lei, teve uma reorganização política, uma vez que houve pontos que inovou às leis orgânicas dos Tribunais, da Polícia e do Procedimento Penal.

O sistema jurídico, ao ser criado ou alterada uma Lei, a maneira de prever a sua eficácia é por meio de uma comparação, que é realizada mediante o uso do Direito Comparado, que pega as normas de diferentes nações para verificar quais são as diferenças e semelhanças existentes entre elas, com este procedimento é possível descobrir quais as vantagens ou desvantagens que o texto pode apresentar, ou até mesmo se não poderiam ser utilizadas leis de outros países que possuem um sistema político e social similar.

Sendo necessário, que seja revisto o que se sucedeu, para que não cometa erros como antigamente, e sendo assim o Direito possa estar em constante evolução para atender da melhor forma o conceito de Justiça.

Esclareço que a legislação brasileira é extremamente rígida, e que poderia ser amplamente utilizada pela Assembleia Geral da República Oriental do Uruguai para basear-se não apenas na inovação de seu Código de Processual Penal, mas sim no que diz respeito às demais leis que se inserem dentro da esfera criminal.

Destaco, a presente pesquisa compreende e analisa o contexto, bem como observa quais os pontos semelhantes e divergentes em relação ao texto penal brasileiro, inclusive demonstrando o que poderia ter sido utilizado pelos legisladores do Uruguai para inovar e melhorar a aplicabilidade do Processo Penal em seu país.

## DAS AUDIÊNCIAS

Consultando os livros e doutrinas que tratam do tema da audiência no processo penal uruguaio, verifica-se que a origem das audiências iniciou no Direito Romano, sendo que naquele período todo cidadão detido ilegalmente tinha a oportunidade de requerer a sua liberdade através de um requerimento chamado *interdictum libero homine exhibendo*.

Chamando atenção que, naquela época, a sociedade romana era nitidamente escravagista, dividida em classes sociais (como a sociedade hodierna) e possuía um perfil altamente patrimonialista.

Sendo assim, somente os homens livres possuíam o direito de utilizar o instituto processual adequado a pleitear a restituição da sua liberdade, o *interdictum*. O Pretor, diante da postulação do interdito e da análise da condição de liberdade do paciente, requeria ao coator, a imediata apresentação do detido em público para o exame da legalidade do ato que cerceou a sua liberdade, podendo devolvê-la ou não (HOLANDA 2004, p. 38 *apud* ALBUQUERQUE, 2007).

Desta forma, a partir dos diplomas internacionais, fica esclarecido que um dos objetivos da audiência é, além de transigir um acordo entre as partes, ou ouvir testemunhas, supervisionar a persecução penal do Estado nas prisões cautelares, como o flagrante, a temporária e a preventiva, realizadas durante a fase investigativa, por meio de uma autoridade imparcial e competente para combater os eventuais abusos estatais aos direitos dos homens, sobretudo atos de violência como a tortura, os maus tratos e perseguição étnica ou política dos presos ou detidos acusados da prática de infração penal.

Destacando que a audiência, apresenta-se forma de garantir aos acusados o pleno exercício dos direitos humanos e fundamentais inerentes aos cidadãos, e constitui a razão que é necessária à compreensão e o estudo do referido instituto que, ao que tudo indica, fundamenta a atuação legítima do estado na persecução criminal

## DA AUDIÊNCIA DE *FORMALIZACIÓN*

O processo penal uruguaio, a audiência de *formalización* é um procedimento em que o juiz deve garantir o contraditório entre as partes e dirimir todas as questões que surgirem, especialmente aquelas relacionadas às medidas de coação pessoal, se o acusado foi detido em liberdade, dentre outras especificidades que abrangem a temática e linha de estudos sobre este estudo.

El sistema acusatorio es esencialmente oral, en audiencia, una de las instituciones, tal vez, más antiguas de la civilización humana: la Audiencia, entonces, es la garantía de oír al interesado con acceso al expediente, debate y prueba, control de la producción de la prueba, alegato y decisión fundada sobre los hechos alegados y probados. Es la garantía constitucional del debido proceso en sentido substantivo (GORDILLO, 2009, p. 447).

Esta modalidade está dentro do sistema acusatório sendo uma das instituições mais antigas da civilização humana. A audiência de *formalización* é a garantia do interessado ter acesso ao debate, produção de provas e da decisão, a qual será fundada em direitos provados.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Mangiafico enseña, que el sistema acusatorio en su modalidad adversarial es un modelo que propone la construcción de la verdad en el proceso penal, en el marco de audiencias orales sucesivas que se estructuran en torno a la lógica del

A norma uruguaia conceitua esta audiência como um ato que se infere processual, entendido como lícito voluntário que tenha consequências imediata a constituição, conservação, modificação ou extinção do processo. São as expressões volitivas dos sujeitos do sistema processual penal ou aquelas realizadas por terceiro perante o tribunal, que possui como finalidade produzir formas de extinguir o direito processual penal.

Esos actos consisten en expresiones de voluntad o conocimiento de aquellos sujetos, a cuya realización se le acuerda efectos en orden a la iniciación, desarrollo y finalización del proceso: son los actos procesales que la ley procesal regula en abstracto, predeterminando cuáles son los que se deben o pueden cumplir, su estructura interna, el tiempo, forma y orden de su realización, quiénes son los sujetos que los cumplirán a cada uno, sus 196 condiciones de validez y las sanciones por la inobservancia práctica de tales requisitos (ALEGRE, 2004).

## DA AUDIENCIA DE CONTROL DE LA ACUSACIÓN

A audiência de *control de la acusación* é realizada em uma audiência preliminar com a formulação de acusação e termina com a resolução jurisdicional, fundamentalmente serve especificamente para garantir ao acusado o seu direito de ser ouvido e a respeito da acusação deduzida, com a possibilidade de influir a decisão de abertura de processos através de provas e análise de medidas de defesa diversas.<sup>2</sup>

O poder judiciário interpreta que a vítima tem um direito fundamental, o qual se baseia em requerer a tutela efetiva do direito que reclama, sobre a qual deve se pronunciar a jurisdição e a fiscalização, que é um órgão administrativo que não exerce funções jurisdicionais.<sup>3</sup>

É muito importante esclarecer que, a vítima pode ser uma pessoa natural ou uma pessoa jurídica, visto que, este conceito é amplo e inclui por certo as pessoas jurídicas de direito público ou privado.

Enquanto for necessária a existência da formalização e da investigação para resolver se será preservado o procedimento, haverá uma resposta técnica e legal, com caráter prático e realista.

Por fim, fica evidenciado que o código processual penal Uruguaio, se preocupa unicamente com a decisão de preservar para estabelecer a formalização e as medidas cautelares, cito como exemplo, quando há um processo em andamento, deve ser observado se está correndo a prescrição.

*debate o competencia entre versiones o teorías frente a un tercero imparcial que es el juez (MAGIAFICO, 2018).*

*2 Como se puede apreciar el control judicial de la acusación se presenta como un medio para evitar la arbitrariedad, parcialidad o ausencia de sustento de la misma, en especial en aquellos en los que el Fiscal ha actuado con cierto monopolio al formular su acusación; por tanto si la apertura de un juicio oral ya es un reproche público de la imputación de un delito, hecho que es conocido por la publicidad de las actuaciones en el juicio oral, donde queda cuestionado la honorabilidad del ciudadano procesado, es también razonable que se le permita realizar un juicio valorativo de la acusación a la luz del órgano jurisdiccional, para hacer realidad los controles interórgano a que hemos aludido; fundamentalmente se ve la labor del abogado de la defensa, quien tiene una excelente oportunidad para ejercitar el derecho de contradicción controlando la acusación con sus objeciones, observaciones, oposiciones, pedidos de devolución, de sobreseimiento o archivo, y todo cuando pueda en contra de la imputación penal formulada (ALVAREZ, 1993).*

*3 El Poder Judicial de Huaura, algunos jueces y vocales, en reiteradas resoluciones y basados en una Resolución Administrativa exigían para que se dicte el auto apertorio de instrucción el inculcado debía estar identificado con su DNI, es decir, estar en la base de datos deL RENIEC, situación que generó que se declararían fundadas de oficio Cuestiones Previas y por tanto muchos casos quedaron en la impunidad, felizmente con el nuevo sistema procesal penal, esto ha quedado superado con la actual redacción del Artículo 72 del CPP.*



## DA AUDIÊNCIA DE JUICIO ORAL

Neste subtítulo discorrerá sobre a devida utilização que corresponde no juízo oral de documentos que compõem a preparação do processo, como por exemplo, informações oficiais, ditames periciais, exposições, entrevistas, entre outros.<sup>4</sup>

Com esta prática advinda do sistema processual penal Uruguaio, detona-se o ânimo de desarmar o expediente na audiência respectiva, onde se deva descobrir os componentes para logo rearmá-lo na audiência de juízo oral mediante a introdução de cada uma de suas partes mediante os vestígios deixados.

Neste momento o sistema pretende que a prova ingresse mediante os vestígios que são declarados oralmente perante o juiz.

Esta sistemática implicou a continuação do método anterior, com a diferença de que a atuação processual penal será oral e a sua realização utilizará métodos técnicos disponíveis que permitam imprimir maior agilidade e fidelidade, sem prejuízo de conservar o registro do que aconteceu.

Uno de los mayores desafíos para la real implementación de juicios orales genuinamente adversariales es la correcta comprensión acerca del rol y uso que se puede dar en juicio a las declaraciones previas rendidas por testigos y peritos. Así, existe una tendencia casi irrefrenable de parte de los litigantes que provienen de sistemas inquisitivos de intentar introducir al juicio oral los documentos en los que constan las declaraciones previas, como si fueran esas declaraciones previas las que el tribunal debiera valorar para adoptar su decisión final del caso (PALOMO VÉLEZ, 2007).

Diante estas razões explicadas, compreende-se que o juízo oral possui expressa finalidade para interpretar os procedentes sobre as matérias em simples leitura de manifestações anteriores, para provar a verdade.

## DA MEDIAÇÃO PENAL NO BRASIL

A mediação emerge do *latim mediare*, que pode ser traduzido como, estar no meio, em posição neutra entre as partes, conforme explana Calmon (2007, p.120).

[...] a mediação pode ser meramente informal, o que ocorre desde as sociedades primitivas até o Estado moderno. A simples interferência para auxiliar, facilitar e/ou incentivar a auto composição denomina-se mediação. Ultrapassando esses limites, o terceiro imparcial deixa de ser um mediador, passando a agir como árbitro [...].

Já para Sales (2007, p.23):

A mediação é um procedimento consensual de solução de conflitos por meio da qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor as satisfaça. A mediação

<sup>4</sup> En la audiencia de formulación de acusación el Fiscal descubre en sus partes la carpeta que conforma su caso; pareciera que con el cambio de sistema se produjo una especie de asimilación o equivalencia entre ese legajo de documentos y lo que se denominaba “expediente” en la práctica forense correspondiente a las anteriores regulaciones procesales, lo cual, sumado a una errada concepción del actual sistema, ha contribuido a que los intervinientes perciban el juicio oral como una oportunidad para “reconstruir” esa carpeta mediante la introducción a cuenta gota, y con la aprobación del Juez, de todos los “documentos” que la componen (PALOMO VÉLEZ, 2007).

representa assim um mecanismo de solução de conflitos utilizados pelas próprias partes que, movidas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória. O mediador é a pessoa que auxilia na construção desse diálogo.

A mediação não visa prioritariamente o acordo, e sim o restabelecimento da comunicação entre as partes envolvidas, para que passem a reconhecer os seus sofrimentos, e ouvirem uns aos outros, por meio da audiência/diálogo realizada pelo mediador, e ao final se as partes chegarem ao consenso haverá a formalização do acordo.

## DA MEDIAÇÃO PENAL NO URUGUAI

A mediação e o seu enquadramento do contexto penal nacional são de justiça restaurativa. A ideia de recorrer a outros modelos, além do tradicional processo judicial, tem a finalidade de resolver os conflitos de uma maneira mais célere e justa.

La justicia reparadora constituye un tema consolidado en el contexto internacional siendo fundamental en el ámbito político-criminal, penal, procesal, criminológico y victimológico. En este contexto se desarrollan los ADR (resolución alternativa de conflictos) de los cuales forma parte la mediación penal de adultos (GARCÍA-CERVIGÓN, 2010).

Sendo esta uma nova forma de abordar a justiça penal, dando ênfase aos danos causados e as vítimas, tendo como objetivo reduzir a criminalidade e o impacto de crime sobre a realidade dos cidadãos.

A continuación, se abordan temas tan relevantes como las finalidades de la mediación y el momento procesal en el que la causa se deriva a mediación. A partir de aquí se realiza un estudio exhaustivo sobre el procedimiento seguido, naturaleza jurídica del acto de mediación, así como todo lo relativo al acuerdo de mediación (modelo, naturaleza jurídica de las cláusulas, consecuencias jurídicas derivadas de dicho acuerdo y el cumplimiento o incumplimiento del acuerdo) (GARCÍA-CERVIGÓN, 2010).

Faz-se um comentário ao tema da mediação penal, dando enfoque para a justiça restaurativa, que será trabalhado a seguir.

A finalidade da justiça restaurativa é a prevenção, onde o agressor e o ofendido tomam consciência acerca da responsabilização dos atos praticados que envolveram o intuito final de resolução de conflitos, com um relevante impacto social. A justiça restaurativa é uma corrente de pensamento relativamente recente na área da criminologia.

A mediação veio como uma maneira de lutar contra as mazelas do sistema processual penal, sendo uma modalidade alternativa de resolução de conflitos, indo além da justiça formal.

Ressalta que a mediação foi legalmente definida como uma modalidade extrajudicial de resolução de conflitos, de caráter informal e privado, confidencial e voluntário, sendo eficaz hodiernamente.

## A JUSTIÇA RESTAURATIVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL URUGUAIO

A Justiça Restaurativa atua como um novo modelo da Justiça Criminal, pela sua

celeridade de forma que mostra o porquê desse novo sistema ter tanto a contribuir com os países.

Este novo método, se baseia em um procedimento de acordo, onde a vítima e o violador de direitos, além de outras pessoas ou membros das comunidades afetadas pelo crime, participam coletivamente na formulação de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime.

Nesta mesma linha manifesta Amâncio (2017):

O objetivo claro desse novo modelo de Justiça é restaurar as relações quebradas. Essas relações nem sempre poderão ser restabelecidas por conta do caso concreto, mas a sociedade, a comunidade, aqueles envolvidos poderão ter a sensação de que algo foi feito para curar, para sanar, para restabelecer e entender o porquê daquilo, porque aconteceu com aquela vítima, pois a vítima sempre se perguntará porque com ela e não com outra pessoa? ou o porquê daquele indivíduo chegar ao ponto de cometer aquele ato?

A restauração parte do princípio de que o crime é um acontecimento que gera prejuízos e consequências, e que busca uma solução, uma cura e não apenas uma punição, como ocorre no modelo retributivo criminal atual. Além do mais, a ideia de reparação como solução para os conflitos sociais levados ao Judiciário, em especial, no âmbito criminal, garante a finalidade preventiva da pena. A obrigação de reparar o dano provocado à vítima atribui ao autor/infrator/ofensor a responsabilidade pelo dano e então devolveria a dignidade a si e à vítima, conseqüentemente.

Fazendo uma comparação, a justiça retributiva enxerga o crime como uma violação da lei penal e processual penal, cuja resposta deve ser a punição, com certa medida de ressocialização.

A ideia principal da justiça restaurativa é transformar a forma que as pessoas compreendem si próprias como sujeitos dentro de uma sociedade, respeitando os limites, os quais necessitam observar a dignidade humana, a liberdade e a igualdade do outro cidadão, que convive no mesmo meio social.

Para dar inicio al proceso restaurativo se requiere de la conformidad manifiesta del presunto autor y de la presunta víctima, quienes deben ser preceptiva y oportunamente informados por el funcionario a cargo. Estamos pues, ante un instituto que presupone la conformidad de presunto autor y de la presunta víctima de transitar el camino de la medicación. En caso de llegar a un acuerdo de reparación el Poder Judicial controlará su cumplimiento y llevará un registro que especificará los acuerdos no alcanzados, los acuerdos alcanzados, los acuerdos alcanzados y cumplidos, así como los acuerdos alcanzados e incumplidos (BINDER, 2017).

O processo da implementação da justiça restaurativa veio como modelo a ser adaptado em uma realidade totalmente tradicional e arcaica, se destacando a partir de uma infinidade de novidades e abrangências positivas dentro do sistema processual penal.

Este modelo de resolução de conflitos se mostra coerente e conciso para resolver os conflitos que sejam de menor potencial ofensivo, visando resguardar os direitos das partes envolvidas no litígio penal.

## O TRIBUNAL DO JÚRI

Seria improvável fixar uma data precisa sobre o surgimento do Tribunal do Júri, em virtude de diversos fatores, sendo certo que o referido tribunal não segue um padrão adotado por todos os países.

Nucci aborda em sua obra o possível surgimento do Tribunal do Júri (2014, p. 41):

O Tribunal do Júri, na sua afeição atual, origina-se na Carta Magna, da Inglaterra, de 1215. Sabe-se, por certo, que o mundo já conhecia o júri antes disso. Na Palestina, havia o Tribunal dos Vinte e Três nas vilas em que a população fosse superior a 120 famílias. Tais Cortes conheciam e julgavam processos criminais relacionados a crimes puníveis com a pena de morte. Os membros eram escolhidos entre padres, levitas e principais chefes de famílias de Israel.

Sem dúvida, pode-se observar que o Tribunal do Júri sempre esteve presente, de algum modo, na sociedade, apresentando variações de acordo com cada local e sociedade.

## O TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL

Bisinotto (2011) aborda de forma concisa e muito clara o marco inicial no ordenamento jurídico brasileiro, vejamos:

No Brasil, o Tribunal do Júri teve um histórico mais favorável, apesar de em determinados períodos passar certas crises institucionais. Foi disciplinado em nosso ordenamento jurídico pela primeira vez pela Lei de 18 de junho de 1822, a qual limitou sua competência ao julgamento dos crimes de imprensa, sendo que o mesmo era formado por Juízes de Fato, num total de vinte e quatro cidadãos bons, honrados, patriotas e inteligentes, os quais deveriam ser nomeados pelo Corregedor e Ouvidores do crime, e a requerimento do Procurador da Coroa e Fazenda, que atuava como o Promotor e o Fiscal dos delitos. —Os réus podiam recusar dezesseis dos vinte e quatro nomeados, e só podiam apelar para a clemência real, pois só ao Príncipe cabia a alteração da sentença proferida pelo Júri. (BISINOTTO, 2011)

Neste sentido cumpre observar certas características que seriam aperfeiçoadas com o passar do tempo e evolução do direito brasileiro, mas com uma base estrutural delineada.

Nucci (2014, p. 47), traz em sua obra de forma clara e objetiva a importância de analisar a temática fazendo uma comparação com a aplicação do instituto nos demais países, visando, sobretudo, mantê-lo em nosso ordenamento com a finalidade para o qual foi criado a seguir:

As razões de se manter firme em outros países, fraquejar em outros e ter sido extinto em muitos merece uma breve análise, a fim de diagnosticar se o júri brasileiro sofreu ou sofrerá igual fim, bem como suas vantagens ou desvantagens terminam refletido na aplicação dos seus preceitos constitucionais na rotina processual. (NUCCI, 2014, p. 47)

Sem dúvida, verifica-se que o tribunal do Júri Uruguaio possui grandes diferenças perante o instituto presente em nosso ordenamento, porque o sistema adotado com as mudanças advindas da Lei nº 19.293, de 19 de dezembro de 2014 e promulgada, que passou a entrar em vigor a partir de 1º de novembro de 2017, modificando inclusive o sistema de julgamento utilizado ao realizar o procedimento legal.

## O TRIBUNAL DO JÚRI NO URUGUAI

Acerca do tribunal do júri, o seu conceito, aplicação e procedimento no sistema processual penal uruguaio, verifica-se que houve importantes mudanças acerca das fases e aplicações, com a criação do Novo Código de Processo Penal do Uruguai.

Neste sentido pretende identificar as similaridades e peculiaridades do sistema levando em consideração as mudanças promovidas pela alteração do código processual penal que entrou em vigor no dia 1º de novembro de 2017 no Uruguai nas hipóteses dos crimes dolosos contra vida, o Tribunal do Júri.<sup>5</sup>

Dentre as boas novidades destacamos que, o novo código de processo penal uruguaio está sendo considerado um pioneiro dentre os modelos de sistemas de tribunal do júri de toda a América Latina.

Neste diapasão, os juízes participam da ação penal preservando total e plenamente o princípio acusatório. Sendo assim, no tocante ao tribunal do júri observou-se que a partir da análise de doutrinas, questões como os jurados sendo leigos em questões de direito penal estão à mercê de um convencimento realizado de forma mais teatral e não tão inseridas pelo mérito penal, como é o caso do típico tribunal do júri do Brasil.

Foi observado que, o Novo Código de Processo Penal uruguaio entrou em vigor no ano de 2017, momento em que trouxe um número considerável de modelos e novidades, ao ponto que vem se tornando um pioneiro na América Latina.

Um dos pontos mais marcantes é o fato de que, no decorrer do processo, a competência se divide entre dois juízes. Os momentos de investigação e de audiências preliminares são realizados por um juiz, mas, o julgamento do crime é presidido por outro juiz, a fim de garantir que este não esteja influenciado, garantindo de fato a imparcialidade com relação ao caso concreto em análise.

Este novo código, deixa transparecer menos formalidade, e o juiz se mostra como uma figura mais acessível as partes em geral.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo teve como intuito elucidar as inovações que surgiram após a publicação da Lei n.º 19.293/2014, realizando uma comparação com o sistema processual penal, e a legislação penal brasileira.

O estudo comparativo seguiu uma linha metodológica adequada aos dois cenários, quais sejam Uruguai e Brasil.

Esta pesquisa percorreu caminhos do processo penal do Uruguai, momento em que foram feitos destaques importantes.

Destacamos pontos interessantes acerca do presente estudo, a considerar o fato

<sup>5</sup> BINDER, Alberto. *El juez en los procesos penales reformados*. In: *Asociación de Magistrados del Uruguay. Estudios sobre El Nuevo Proceso Penal: implementación y puesta en práctica*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2017.

de que, no decorrer do processo, a competência se divide entre dois juízes. Constatou-se que a investigação e audiências preliminares são presididas por um juiz, mas o julgamento do delito é presidido por outro magistrado, para garantir que ele não esteja contaminado, garantindo a imparcial com relação ao caso.

Entendemos que o sistema brasileiro pode evoluir e aprender com o sistema processual penal uruguaio que tem por característica ser mais objetivo, rápido e eficiente.

No entanto, quanto ao sistema processual penal do Uruguai, é perceptível uma menor formalidade, o que transmitiu uma sensação de haver acessibilidade, já que a separação entre o aplicador da lei, o promotor, a defesa e os observadores são mais sutis.

Com base nesta análise, a abordagem seguiu do sistema processual penal Uruguaio, no que se referem aos aspectos formais de audiências, mediação penal e justiça restaurativa.

A partir das investigações sobre o sistema penal do Uruguai, verificou-se que, o novo Código de Processo Penal uruguaio alterou de forma significativa o procedimento penal, passando do Sistema Inquisitório para o Sistema Acusatório, essencialmente oral e público.

Esta análise destaca-se que, a aprovação deste Código de Processo Penal, passou por uma articulação bem elaborada de todo o Sistema Político do Uruguai. A nova legislação assegurou a imparcialidade dos juízes, e alterou de forma abrangente a prisão preventiva.

Dando enfoque para a novidade do sistema, no que se refere a possibilidade de realizar acordos entre acusado e fiscalização, antes de o acusado chegar na instância final do juízo penal.

Conclui-se que a presente pesquisa conseguiu acompanhar todas as especificidades do que foi proposto, fazendo uma abrangente reflexão contributiva para o direito do Uruguai e do Brasil.

## REFERÊNCIAS

ALVAREZ, A. En “El control jurisdiccional de los requerimientos acusatorios y conclusivos del Ministerio Público” en AA.VV.: “El nuevo Código Procesal penal de la Nación”. Análisis crítico. Ed. Del Puerto, Bueno Aires. 1993;

AMANCIO, Mila Loureiro de Castro. Justiça Restaurativa: um novo modelo de justiça. Disponível em: <[www.idespbrasil.org/arquivos/Artigos\\_68.pdf](http://www.idespbrasil.org/arquivos/Artigos_68.pdf)>. Acesso em: 29 jul. 2017.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS – ABNT – NBR 10520 DE 2002; NBR 14274 DE 2011;

BINDER, Alberto. El juez en los procesos penales reformados. In: Asociación de Magistrados del Uruguay. Estudios sobre El Nuevo Proceso Penal: implementación y puesta en práctica. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2017.

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

senado, 1988. CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. Metodologia científica. São Paulo: Makron Books;

BISINOTTO, Edneia Freitas Gomes. Origem, história, principiologia e competência do tribunal do júri. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9185](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9185)>. Acesso em 04 mar. 2017.

CALLEGARI, André Luís. A “transmutação” do Direito Penal: reflexos da expansão do Direito Penal. In *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2013;

CALMON, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CNJ. Relatório anual, 2010. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/relatorios-anuais/cnj/relatorio\\_anual\\_cnj\\_2010.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/relatorios-anuais/cnj/relatorio_anual_cnj_2010.pdf);

GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, Josefina, “La mediación penal de adultos en Portugal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* nº 12-2010. (ISSN 1695-0194)

GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Tomo II, 9ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2009 (P.447);

GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípio da imparcialidade do juiz. Disponível em: [http://pt.shvoong.com/law-and-politics/law/1723779\\_princ%C3%ADpiodaimparcialidadejuiz/#ixzz1rwiBiYmS](http://pt.shvoong.com/law-and-politics/law/1723779_princ%C3%ADpiodaimparcialidadejuiz/#ixzz1rwiBiYmS). Acesso em: 13 de abril de 2012;

HOLANDA, Marcos de. *O habeas corpus ao alcance de todos*. Fortaleza: ABC, 2004.

apud ALBUQUERQUE, Márcio Vitor Meyer de. A evolução histórica do habeas corpus e sua importância constitucional e processual como forma de resguardar o direito de liberdade, 007. Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041665.pdf>>. Acesso em: 108 setembros de 2016

MANGIAFICO, David, *Audiencias orales en la investigación penal preparatoria*. Mendoza: ASC, 2018;

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2007;

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal Do Júri*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVA, Milena Donato; SILVA, Rodrigo da Guia. Origem e evolução histórica do compliance no direito brasileiro. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018;

ONU MUJERES. *El progreso de las mujeres em el mundo em busca de la justicia*, 2011- 2012;

ONU WOMEN. *Facts and figures: ending violence against women*, 2016. Disponível em: <http://www.unwomen.org/en/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures>;

PALOMO VÉLEZ, Diego. La audiencia previa y el modelo procesal civil oral: consideraciones en torno a una pieza procesal clave”, en: Revista Chilena de Derecho (vol. 32N°2), 2007;

SALES, Lília Maia de Moraes. Mediação de conflitos: família, escola e comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

TRÍAS, Ivonne. Hugo Cores. Pasión y rebeldía en la izquierda uruguaya. Montevideo: Ed Trilce, 2008. WASSERMAN, Claudia e GUAZ;

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 5ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2004;



## Organizadora

### **Kamila Soares Leal**

Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Taubaté – UNITAU (2020); Especialista em Prática Avançada Previdenciária pelo Damásio (2020); Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional – UNINTER (2016); Especialista em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Rio Sono (2015); Bacharel em Direito pela Faculdade do Bico do Papagaio – FABIC (2013); Membro do NDE, CPA e PDI – Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS; Aprovada no IX Exame da Ordem dos Advogados do Brasil e Inscrita na OAB/TO sob o nº 6.116. Possui experiência em aulas no formato EAD. Tem experiência na área de Direito, na qual exerce a função de Advogada no Escritório ADVOCACIA e CONSULTORIA Dra. Kamila Soares Leal em Praia Norte – TO e Exerce a Docência no Ensino Superior desde 2015.

# Índice Remissivo

## A

abordagem 15, 94, 110, 155, 159, 183, 185, 262, 271, 297  
acolhimento 255, 256, 257, 258, 260  
agricultura 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31  
agroecologia 13, 14, 18, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31  
alienações 172, 173, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183  
alimentação 13, 14, 19, 22, 23, 27, 29  
analisar 13, 15, 25, 58, 59, 108, 112, 113  
análise 65, 71, 72, 82, 101, 102, 108, 110, 114, 120, 121, 125, 127, 130, 134, 138, 139, 141, 147, 150, 151, 153, 154, 158, 169, 172, 173, 175, 182, 186, 188, 189, 191, 195, 196, 198, 202, 212, 214, 220, 227, 228, 232, 236, 238, 241, 242, 246, 247, 251, 252, 254, 258, 259, 293, 297  
assistencialismo 226, 230

## C

clientelismo 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233  
contratuais 57, 58, 59, 60, 61, 64, 65, 69  
cooperação 13, 14, 29  
COVID-19 57, 58, 59, 61, 62, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 287, 288, 289, 290, 291  
criminal 317, 318, 319, 322, 323  
crise 17, 18, 23, 57, 59, 66, 67

## D

danos 14, 18, 21, 54, 74, 107, 125, 135, 136, 137, 138, 163, 241, 305, 306, 308, 309, 310, 311, 313, 314, 315  
democracia 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 207, 208, 218, 219, 222, 223, 225, 226, 227, 293, 294, 295, 296, 298, 299, 302, 303, 304, 225  
democrática 112, 113, 114, 115, 116, 117, 119, 123  
desenvolvimento 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 30, 32, 37, 45, 71, 82, 93, 95, 96, 98, 122, 130, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 166, 169, 183,

186, 187, 191, 194, 195, 203, 241, 242, 244, 245,  
248, 250, 257, 263, 264, 265, 266, 267, 269, 284,  
289, 290

direito 6, 9, 12, 13, 14, 19, 20, 57, 58, 59, 60, 61, 68, 69,  
70, 71, 72, 73, 74, 75, 77, 101, 102, 103, 104, 105,  
106, 107, 108, 109, 111, 126, 127, 128, 129, 132,  
133, 134, 137, 140, 148, 149, 152, 156, 161, 172,  
174, 176, 177, 178, 184, 185, 186, 187, 189, 190,  
191, 192, 193, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201,  
202, 259, 260, 317, 319, 320, 324, 325, 326, 327

direito comparado 317

direito possessório 191, 201

direitos 17, 19, 20, 21, 30, 62, 67, 71, 72, 73, 74, 75, 77,  
87, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110,  
111, 256, 257, 258, 259, 260, 261

direitos fundamentais 71, 105, 106, 109, 111, 181, 204,  
218, 219, 256, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286

direitos humanos 19, 110, 120, 214, 215, 216, 219, 279,  
280, 281, 282, 283, 284, 285, 286

## E

educação 29, 73, 188, 189, 243, 250, 266, 282, 286,  
287, 288, 289, 290, 291, 292

efetividade 26, 71, 72, 74, 78, 79, 81, 88, 89, 258

emancipação 255, 256, 258, 259, 260, 261

embrião 101, 102, 103, 104, 105, 106, 108, 109

emocional 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100

ensino 146, 166, 185, 187, 188, 189, 190, 272, 275, 287,  
288, 290, 291

escola pública 287, 288, 290

estratégias 25, 29, 72, 213, 226, 228, 230, 233

estudo 13, 57, 59, 60, 67, 71, 72, 93, 94, 99, 103, 108,  
119, 124, 134, 141, 142, 149, 162, 168, 170, 173,  
185, 188, 189, 191, 192, 194, 196, 198, 199, 203,  
204, 226, 227, 228, 232, 235, 243, 272, 275, 278,  
279, 281, 285, 302, 303

execução fiscal 172, 173, 175, 177, 178, 179, 180, 181,  
182, 183, 184

execução penal 93, 94, 97, 99, 100

## F

fraude 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181,  
182, 183

# G

gênero 22, 71, 72, 75, 76, 83, 85, 87, 89, 91, 92, 157, 158, 159, 161, 162, 163, 167, 169, 171, 259

# I

imposto 64, 79, 124, 125, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 136, 137, 139, 140

imposto de renda 124, 125, 130, 131, 132, 134, 136, 137, 139

indenização 63, 124, 125, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140

indenizações 124, 135, 137, 138, 139

inovação 83, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 149, 152, 153, 154, 155, 156

inovações 194, 262, 263, 264, 268, 270, 275, 276

insegurança 13, 15, 21, 22

institucional 255, 256, 258, 260

institucionalidade 112

instrumentos 19, 71, 77

inteligência 61, 93, 94, 95, 96, 98, 99, 100

interdisciplinaridade 185

in vitro 101, 102, 103, 104, 105, 108, 109, 110

# J

jurídica 20, 61, 97, 101, 103, 104, 105, 106, 124, 125, 126, 127, 129, 130, 131, 132, 133, 137, 140, 259, 261

jurídico 58, 59, 62, 63, 65, 66, 67, 96, 104, 111, 118, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 132, 133, 141, 142, 147, 148, 149, 152, 153, 154, 173, 176, 177, 183, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 193, 194, 195, 196, 197, 199, 202, 204, 205, 208, 209, 210, 214, 215, 216, 218, 221, 256

jurisprudência 61, 64, 66, 76, 103, 104, 107, 108, 124, 125

jurisprudências 238, 241, 247, 252, 271, 279, 281, 282, 285

juristas 185, 186, 187, 188, 189

justiça 20, 66, 77, 85

justiça social 165, 197, 233, 279, 280, 281, 285

juventude 255, 256, 257, 260

# L

legislação 12, 317, 318, 325, 326

legislações 101, 215, 279, 280, 282, 283, 285

lei 19, 20, 29, 62, 63, 66, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 80, 81, 87, 88, 89, 90, 92, 102, 103, 104, 106, 107, 119, 121, 129, 130, 131, 133, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 151, 152, 154, 155, 156, 166, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 180, 181, 183, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 205, 209, 210, 211, 220, 221, 234, 235, 236, 238, 240, 248, 249, 251, 252, 256, 257, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 254

licitações 262, 263, 264, 265, 266, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278

# M

método 15, 58, 75, 93, 94, 98, 102, 104, 114, 115, 116, 118, 127, 130, 157, 159

metodologia 13, 15, 23, 94, 102, 138, 141, 159, 234, 252, 277, 279, 285, 293

mulher 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 103, 109, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 167, 168, 169, 171

# O

ordenamento 57, 59, 61, 96, 118, 126, 129, 133, 173, 191, 193, 196, 197, 202

ordenamento jurídico 96, 118, 129, 133, 173, 191, 196, 197, 202, 204, 208, 209

# P

pandemia 57, 58, 59, 61, 62, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 71, 72, 75, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 89, 90, 91, 92

patrimonial 74, 75, 79, 105, 124, 125, 130, 131, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140

pesquisa 13, 15, 71, 102, 103, 110, 111, 113, 122, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 149, 150, 152, 153, 154, 155, 156, 255, 258, 259, 260

política 15, 16, 20, 21, 22, 26, 28, 29, 31, 112, 114, 116,

117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 142, 143, 148,  
152, 153, 154, 162, 163, 164, 169, 181, 193, 205,  
206, 207, 208, 209, 211, 212, 213, 214, 215, 216,  
217, 218, 219, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228,  
230, 231, 232, 233, 259, 260, 293, 294, 295, 296,  
297, 298, 299, 300, 301, 303  
positivismo 185, 186, 187, 190  
processo 17, 18, 20, 21, 23, 26, 27, 62, 76, 77, 78, 79,  
89, 101, 110, 255, 256, 258, 259, 260, 261  
processo penal 317, 318, 319, 325  
proteção social 256, 258, 259

## R

reintegração 93, 94, 96, 97, 98, 99, 258  
responsabilidade civil 58, 59, 61, 64, 69, 244, 305, 306,  
307, 308, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316

## S

saúde 14, 19, 21, 28, 57, 58, 65, 72, 74, 81, 82, 88, 89,  
90, 97, 110, 150, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232,  
233, , 260  
segurança jurídica 101, 259, 261  
serviços 15, 16, 27, 65, 78, 81, 82, 83, 88, 133, 141, 142,  
143, 144, 145, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153,  
154, 159, 164, 165, 168, 181, 226, 227, 228, 229,  
230, 231, 232, 255, 258  
sintropia 13, 14  
sistema 5  
soberania estatal 204  
social 14, 17, 18, 20, 22, 24, 25, 28, 59, 60, 62, 64, 65,  
71, 72, 73, 75, 78, 79, 81, 82, 83, 85, 93, 94, 95, 96,  
97, 98, 99, 255, 256, 258, 259, 260  
sociedade 22, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 60, 61, 62, 67,  
71, 72, 74, 75, 76, 81, 83, 87, 88, 91, 93, 95, 96, 97,  
98, 99, 105, 107, 112, 114, 115, 116, 117, 118, 119,  
120, 121, 122, 123, 132, 157, 158, 159, 160, 161,  
162, 164, 165, 166, 168, 170, 171, 185, 187, 188,  
189, 190, 202, 213, 218, 225, 228, 230, 233, 236,  
237, 240, 243, 245, 256, 257, 258, 259, 260, 264,  
266, 276, 281, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289,  
290, 291, 295, 303, 304  
socioeconômicas 157, 168  
sucessivas 172, 173, 178, 179, 180, 181, 182, 183

# T

tribunal do júri 317, 325, 327

# U

unidisciplinariedade 185, 186, 187, 189

# V

violência doméstica 71, 73, 74, 75, 76, 78, 79, 80, 81,  
82, 83, 88, 89, 90, 91, 92

vulnerabilidade 58, 68, 204, 215





