

Jéssyka Maria Nunes Galvão
(Organizadora)

REFLEXÕES SOBRE
DIREITO E
SOCIEDADE:
fundamentos e práticas

8



AYA EDITORA
2023

Jéssyka Maria Nunes Galvão
(Organizadora)

**Reflexões sobre Direito e
Sociedade: fundamentos e
práticas**

Vol. 8

Ponta Grossa
2023

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Organizadora

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

Capa

AYA Editora©

Revisão

Os Autores

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Produção Editorial

AYA Editora©

Imagens de Capa

br.freepik.com

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicadas

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva

Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

Universidade Estadual de Londrina

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

Instituto Federal do Amapá

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

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

Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva

Centro Universitário FACEX

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria De Genaro 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.

R3326 Reflexões sobre Direito e Sociedade: fundamentos e práticas [recurso eletrônico]. / Jéssyka Maria Nunes Galvão (organizadora). -- Ponta Grossa: Aya, 2023. 316 p.

v.8

Inclui biografia

Inclui índice

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN: 978-65-5379-312-5

DOI: 10.47573/aya.5379.2.223

1. Direito. 2. Propriedade intelectual. 3. Menores - Estatuto legal, leis, etc. - Brasil - Disposições penais. 4. Responsabilidade penal - Brasil. 5. Maioridade - Brasil. 6. Aeronáutica - Brasil. 7. Contratos - Brasil. 8. Decisões de vida e morte. 9. Ética médica. 10. Dignidade (Direito). 11. Eutanásia. 12. Notícias falsas. 13. Direitos autorais - Brasil. I. Galvão, Jéssyka Maria Nunes. II. Título

CDD: 340.07

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

International Scientific Journals Publicações de Periódicos e Editora LTDA

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53

Fone: +55 42 3086-3131

WhatsApp: +55 42 99906-0630

E-mail: contato@ayaeditora.com.br

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

Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557

Ponta Grossa - Paraná - Brasil

84.071-150

SUMÁRIO

Apresentação..... 13

01

A relação entre a liberdade de expressão e a regulação do discurso de ódio na internet: reflexões sobre o equilíbrio entre proteção de direitos e preservação da democracia 15

Elisa Mara Mastelari Ferri
Marcos Vinicius de Jesus Miotto
DOI: 10.47573/aya.5379.2.223.1

02

A (des) construção social de identidade de gênero e as atribuições normativas aos transgêneros sob a ótica dos não-binários 32

Brendol Luiz Marinho
Edianne Maria de Souza
Emília Wanessa Fernandes Silva
Gleidiele Cristian Santos Ferreira
Jamille de Souza Silva
Maria Eduarda Storino Torres Brandao
Patrícia Soares Lima
Pedro Gustavo Rodrigues Souto
Thaís Lene Soares de Brito
Vitória Soares Queiroz
DOI: 10.47573/aya.5379.2.223.2

03

Os direitos humanos da pessoa idosa..... 46

Alessandra Frei Silva
DOI: 10.47573/aya.5379.2.223.3

04

Eutanásia: a ausência da autonomia da vontade do paciente terminal em face do ordenamento jurídico brasileiro..... 52

Caroline Domingas Ferreira dos Santos
Denize dos Santos Pereira Mendes
Ercília Paula Brito Souza
Emilly Layanne de Jesus Pereira
Flávia Aparecida Barbosa de Oliveira
Nisley Monaliza Nunes Fidelis
Odhara Vieira Chaves da Mata Andrade
Roberval Pereira da Silva Júnior
Sara Ferreira Barbosa
Thaís de Fátima Santos Gomes

DOI: 10.47573/aya.5379.2.223.4

05

Educação, direitos e diferenças 69

Vinícius Garcia Rodrigues de Souza

DOI: 10.47573/aya.5379.2.223.5

06

Direito educativo e justiça curricular: o programa mais educação para além do direito à educação..... 76

Alex Frisselli de Oliveira Motta
Tania Regina Mendonça da Sena Marques

DOI: 10.47573/aya.5379.2.223.6

07

Ação declaratória de constitucionalidade: politizadora do judiciário ou garantidora de direitos fundamentais? 81

Larissa Perdigão

DOI: 10.47573/aya.5379.2.223.7

08

Ativismo judicial na Suprema Corte do Brasil: uma violação ao princípio da separação dos poderes? 87

Andrea Cardinale Urani Oliveira de Morais
Roniclay Alves de Morais

DOI: 10.47573/aya.5379.2.223.8

09

A lei de introdução às normas do direito brasileiro sob o prisma da doutrina e da jurisprudência atual 101

Alessandra Frei Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.223.9

10

Os contratos administrativos condominiais e as abusividades das cláusulas 107

Thamires Pereira Cerejeira Guedes
Jucinéa de Cássia Granito da Rosa

DOI: 10.47573/aya.5379.2.223.10

11

A redução da maioria penal e suas consequências no âmbito jurídico e social 126

Ronne Júnior Aragão Dantas
Nathan Vitor Skalecki Gonçalves
Delner do Carmo Azevedo

DOI: 10.47573/aya.5379.2.223.11

12

Lavagem de Dinheiro e a Teoria da Cegueira Deliberada: a evolução da teoria no ordenamento jurídico brasileiro e sua aplicação com enfoque ao crime de lavagem de dinheiro 145

Luiz Eduardo de Jesus Guedes
Aldo Luiz de Souza

DOI: 10.47573/aya.5379.2.223.12

13

Do reexame necessário e pagamento de requisição de pequeno valor frente o princípio da isonomia 153

Fernanda Cristina Batista
Ihgor Jean Rego

DOI: 10.47573/aya.5379.2.223.13

14

Coisa julgada, ação rescisória e o princípio da estabilização das decisões judiciais 163

Alessandra Frei Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.223.14

15

Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito contra atos do poder público 175

Alessandra Frei Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.223.15

16

A resolução dos conflitos através do método da arbitragem à luz do código de processo civil 186

Alessandra Frei Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.223.16

17

Dissolução irregular da sociedade e a responsabilidade tributária: tema selecionado pelo Superior Tribunal de Justiça para decisão sob a sistemática de recursos repetitivos - REsp 1.377.019/SP..... 195

Cibele Rezende Moreira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.223.17

18

Extrafiscalidade tributária ambiental: um instrumento de proteção ambiental e desenvolvimento sustentável . 204

Ricardo da Silva Araújo

DOI: 10.47573/aya.5379.2.223.18

19

Totalitarismo do fisco e a inviabilidade de defesa do contribuinte..... 215

Danilo Oliveira Gonçalves

DOI: 10.47573/aya.5379.2.223.19

20

Aspectos atuais das relações de trabalho e relações de emprego 232

Alessandra Frei Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.223.20

21

O uso instrumental da lei Agamenon Magalhães e sua influência na vitória eleitoral de Getúlio Vargas nas eleições parlamentares de 1945..... 238

Leonardo Ferreira Pina

DOI: 10.47573/aya.5379.2.223.21

22

O direito fundamental ao desenvolvimento econômico sustentável: as possibilidades da rota Bioceânica 249

Alessandra Frei Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.223.22

23

Uruguai e Brasil: princípios e institutos semelhantes . 257

Celina de Fátima Sobrinha

DOI: 10.47573/aya.5379.2.223.23

24

Breves apontamentos acerca do Instituto do Refúgio.277

Robério Gomes dos Santos

Antônia Gabrielly Araújo dos Santos

DOI: 10.47573/aya.5379.2.223.24

25

Propriedade intelectual como alavanca dos projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação do Comando da Aeronáutica..... 287

Ruan de Brito Silva Carvalho

DOI: 10.47573/aya.5379.2.223.25

26

A gestão da propriedade intelectual no âmbito do comando da aeronáutica 294

Ruan de Brito Silva Carvalho

Michele Aline Brunelli

DOI: 10.47573/aya.5379.2.223.26

27

O pagamento das despesas relativas às propriedades intelectuais do Comando da Aeronáutica com o suporte de Fundação de Apoio 301

Ruan de Brito Silva Carvalho

DOI: 10.47573/aya.5379.2.223.27

Organizadora 307

Índice Remissivo..... 308

Apresentação

É com prazer que apresentamos o oitavo volume do livro **“Reflexões sobre Direito e Sociedade: fundamentos e práticas”**. Este compêndio, fruto da colaboração de renomados juristas e estudiosos, aborda questões prementes e complexas que delineiam o panorama jurídico contemporâneo.

Os temas abordados neste volume abrangem uma gama diversificada de assuntos, proporcionando uma visão abrangente da interseção entre direito e sociedade. O exame crítico da relação entre a liberdade de expressão e a regulação do discurso de ódio na internet, bem como as reflexões sobre o equilíbrio entre a proteção dos direitos individuais e a preservação da democracia, fundamentam uma análise meticulosa que respeita os princípios fundamentais.

A discussão sobre a (des) construção social de identidade de gênero, com foco nas atribuições normativas aos transgêneros sob a ótica dos não-binários, contribui para a compreensão das dinâmicas em evolução no campo dos direitos individuais. Da mesma forma, a abordagem dedicada aos direitos humanos da pessoa idosa e à eutanásia desafia o ordenamento jurídico brasileiro, explorando as nuances éticas e legais inerentes a essas questões sensíveis.

O contexto educativo e suas implicações legais são amplamente examinados, desde o programa “mais educação” até a relação entre direitos, diferenças e justiça curricular. Esses capítulos oferecem uma perspectiva valiosa sobre as políticas e práticas educacionais à luz do direito.

O livro também incursiona por temas complexos, como ativismo judicial, análise crítica da Ação Declaratória de Constitucionalidade e sua potencial politização do judiciário, bem como a avaliação do ativismo judicial na Suprema Corte do Brasil à luz do princípio da separação dos poderes.

Ao mergulhar nas complexidades dos contratos administrativos condominiais, da redução da maioria penal e de questões tributárias, incluindo a extrafiscalidade tributária ambiental, este volume proporciona uma análise robusta das interações entre normas jurídicas e realidades sociais.

Os capítulos finais destacam a importância estratégica da propriedade intelectual, evidenciando seu papel como alavanca para projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação no Comando da Aeronáutica. A gestão desses ativos, incluindo os aspectos financeiros e as implicações da lavagem de dinheiro, é metulosamente explorada.

Em resumo, este volume é uma contribuição notável para a compreensão e aprimoramento do campo jurídico contemporâneo. Cada capítulo, promove um diálogo sobre questões cruciais que moldam nossa sociedade e sistema jurídico.

Que esta obra inspire reflexões e diálogos construtivos sobre os desafios e possibilidades intrínsecos às interações entre direito e sociedade.

Boa leitura!

Prof.^a Dr.^a Jéssyka Maria Nunes Galvão

A relação entre a liberdade de expressão e a regulação do discurso de ódio na internet: reflexões sobre o equilíbrio entre proteção de direitos e preservação da democracia

Elisa Mara Mastelari Ferri

Estudante de Direito – X Período – UNIJales – Centro Universitário de Jales/2023.

Marcos Vinicius de Jesus Miotto

Mestrando em Direito (Linha de Pesquisa - Relações Empresariais, Desenvolvimento e Demandas Sociais) pela Universidade de Marília (Unimar). Conselheiro Executivo da Revista Estudos, da Universidade de Marília. Contemplado com o Benefício do Programa de Suporte à Pós-graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP), financiado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoas de Nível Superior (CAPES). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Toledo (UniToledo) - Araçatuba - SP. Advogado (OAB/SP 445.490). Possui curso de Mediação Judicial, promovido pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. Membro do quadro de pesquisadores do Grupo de Pesquisa Jurisprudência de Direitos Fundamentais, do Grupo de Pesquisa do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ambos no Centro Universitário Toledo (UniToledo), e dos Grupos de Pesquisa Globalização, Direito e Economia e Estado Democrático de Direito e Direitos Fundamentais, ambos da Universidade de Marília (Unimar).

RESUMO

A liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, diferencia-se do discurso de ódio, mas a definição de seus limites, atualmente, ainda é um assunto altamente controverso. A discussão sobre a regulação do discurso de ódio dentro do ordenamento jurídico brasileiro é essencial para manter a ordem pública em um Estado Democrático de Direito que busca a participação social. A liberdade de expressão é uma conquista histórica significativa e a promoção do debate livre é uma garantia constitucional necessária, mas sempre houve questionamentos em relação ao controle estatal nesse aspecto. No entanto, uma sociedade democrática estabelece limites e regulamentações para garantir que os direitos não sejam violados ou extrapolados por outros. No ordenamento jurídico brasileiro, o Princípio da Proporcionalidade é adotado para resolver conflitos entre direitos fundamentais, sendo necessária uma valoração subjetiva de cada caso específico. É de suma importância diferenciar o discurso de ódio da liberdade de expressão para manter a discussão no campo das ideias, e não das opiniões. Assim, marcos políticos e regulatórios são necessários para proteger o pluralismo e a diversidade, e políticas que incentivem a participação de grupos considerados minoritários devem ser repensadas a fim de validar sua contribuição social e respeitar o amplo e livre debate, principalmente no contexto das interações na Internet, evitando narrativas de poder, de dominação social, assim como de exclusão social. Utilizou-se uma abordagem dedutiva, com o método de análise e síntese para investigar a diferença entre liberdade de expressão e discurso de ódio



em relação aos direitos fundamentais, assim como as suas consequências. Realizou-se uma pesquisa bibliográfica, com consulta a obras acadêmicas, artigos científicos, legislação pertinente e fontes jurisprudenciais relevantes para embasar as discussões e análises do trabalho.

Palavras-chave: liberdade de expressão. discurso de ódio. regulação. internet.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo analisar o contexto histórico-social atual, caracterizado pela polarização e relativização dos direitos fundamentais, influenciados pela lógica pós-moderna que fortalece ideologias extremas. Isso dificulta um debate amplo e necessário para fortalecer a democracia, salvaguardando a liberdade de expressão na sua origem.

Nesse contexto, é relevante ressaltar o papel das redes sociais como veículos de disseminação de discursos de ódio, embora este estudo se concentre nas legislações existentes no campo jurídico público brasileiro, discutindo o tema à luz dos direitos fundamentais.

A relevância jurídica deste tema reside na ausência de uma orientação clara no ordenamento jurídico brasileiro para tratar dos discursos de ódio relacionados à liberdade de expressão. Isso não apenas dificulta a interpretação por parte do judiciário, mas também resulta em danos concretos na vida de muitas pessoas e na violação de outros direitos fundamentais.

Do ponto de vista social, este artigo se enquadra na necessidade de conceituar e diferenciar discurso de ódio e liberdade de expressão, discutindo os pontos de regulação dos discursos de ódio na Internet, ambiente que na sua origem não impõe limites à liberdade de expressão de todas as formas, inclusive para as que se excedem.

Na presente pesquisa, optou-se por uma abordagem dedutiva, utilizando o método de análise e síntese. No que diz respeito ao método de investigação, foi realizada uma pesquisa bibliográfica, com ênfase na consulta de obras acadêmicas, artigos científicos e legislação pertinente, a fim de embasar as discussões e análises desenvolvidas ao longo do trabalho.

O estudo está organizado da seguinte forma: no item 2, discute-se a diferença entre liberdade de expressão e discurso de ódio à luz dos direitos fundamentais, visando compreender o processo de ideologia dominante. O item 3 aborda as normas nacionais que tratam do tema, com foco na legislação vigente e o princípio norteador. Por fim, no item 4, são analisadas as decisões judiciais relevantes e a posição dos tribunais em relação à regulação do discurso de ódio no âmbito social, considerando os marcos regulatórios até o momento.

No final, o item 5 apresentará as conclusões derivadas das análises realizadas nos capítulos anteriores, juntamente com possíveis recomendações, visando evitar consequências prejudiciais, como o fortalecimento de bolhas sociais que reforçam

preconceitos estruturais e a exclusão de grupos minoritários dos debates públicos, contribuindo para a perpetuação de narrativas de poder e dominação social.

Com essa estrutura, pretende-se proporcionar uma visão ampla e embasada sobre a temática, explorando diferentes perspectivas e contribuindo para o debate acadêmico e jurídico.

DIFERENÇA ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, VISANDO COMPREENDER O PROCESSO DE IDEOLOGIA DOMINANTE

Em princípio, a liberdade de expressão, como direito fundamental do indivíduo, tem a origem principal na Constituição Federal de 1988, sendo assim, resultado de um processo conciliatório com a amplitude dos direitos fundamentais por ser promulgada após um longo período de ditadura militar instalado no Brasil. É notório que diversas censuras ocorreram no período ditatorial, sobretudo no que diz respeito à liberdade de expressão, de informação, artística e demais cerceamentos de liberdades individuais.

Nota-se que a liberdade de expressão, no sentido *latu sensu*, está amparada mais precisamente em seu artigo 5º, da Constituição Federal. Rol destinado às garantias individuais, assim difundido como direitos fundamentais/básicos/mínimos para qualquer indivíduo para viver em sociedade, vedando qualquer censura de natureza política, ideológica e artística no Brasil.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: IV - É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; V - É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; IX - É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. (BRASIL, 1998).

Ainda, na Carta Magna, em seu artigo 220, pode ser extraído:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (BRASIL, 1998).

Conforme o exposto, a concepção contemporânea de liberdade de expressão parece atingir um sentido muito amplo nas diversas searas da sociedade, sobretudo na Internet, que tem como objetivo a liberdade de acesso e de interação sem nenhum tipo de limitação.

Partindo do pressuposto de que a liberdade de expressão deve ser um meio para a concretização de um regime democrático, uma vez que, pressupõe-se em um ambiente no qual todos têm direito à voz. A democracia só se efetiva em um ambiente com diferentes convicções, ideologias e pontos de vista e que possam ser confrontadas em um debate plural e justo.

Para definir tal atuação da população usa-se a expressão mercado livre de ideias (expressão usada pelo juiz da Suprema Corte Americana Oliver Mendell Holmes), registrada por Lenza (2020), definindo que as ideias e pensamentos devem circular livremente no espaço público para que sejam aprimoradas e melhoradas de acordo com a evolução de um povo, sendo que a liberdade de expressão também é um direito universal, como consta na Declaração Universal dos Direitos Humanos/1948, em seu artigo 19.

Entretanto, ainda segundo Lenza (2020), temos também o discurso de ódio, intitulado também como *hate speech* (posição de preferência), que tenta minimizar a participação social de determinados grupos sociais, com manifestações de ódio, desprezo ou intolerância, motivados por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, entre outros tantos posicionamentos sociais.

O exercício lógico que enquadra a liberdade de expressão no rol de garantias dos direitos fundamentais deve ser o mesmo que tenta entender qual é o seu impacto na sociedade, não só no meio de a utilizar, mas no contexto social que está inserido.

Conforme Barroso (2013), quando há uma equiparação de entendimento entre liberdade de expressão como direito fundamental é necessário também entender que esses conceitos de interpretação mudam com o tempo e podem ser compreendidos como valores morais compartilhados por determinadas comunidades, dentro dos seus respectivos períodos históricos. E, só depois, esses entendimentos migram para o plano ético, representando um ordenamento jurídico social aceito, estabelecendo normas e princípios norteadores.

Esse entendimento ilustra exatamente o momento de discussão atual sobre a regulação da Internet em confronto com um direito fundamental básico e que foi por tanto tempo limitado, uma vez que a discussão agora tem que ser centrada no plano ético da expressão, já que esta já foi devidamente ampliada e garantida socialmente, para que assim adentre e formule novas diretrizes no ordenamento jurídico.

Logo, a discussão que se estabelece é se a liberdade de expressão ampla valida a postura ética e social diante de diferentes grupos sociais ou se esta liberdade, como direito fundamental, serve para agredir, segregar, buscando assim estabelecer narrativas de dominação social, como privilégios conquistados por meio dessa manutenção de poder. Mas para isso torna-se necessário entender a origem e os objetivos dos direitos fundamentais e como eles ainda norteiam a sociedade contemporânea.

Segundo Reale (2019), os direitos fundamentais possuem uma base natural, ou seja, são inerentes à própria condição humana e não dependem exclusivamente de um sistema jurídico específico. Eles são baseados na dignidade e na liberdade de cada ser humano, independente de nacionalidade, cultura ou contexto legal.

Voltando um pouco mais na história, o objetivo inicial da criação dos direitos do homem universal é assegurar a proteção e a promoção dos direitos e liberdades fundamentais de todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, raça, gênero, religião ou qualquer outra característica pessoal.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 é uma referência fundamental para compreender a origem dos direitos fundamentais no Brasil. Ela apresenta um rol extenso de

direitos e garantias (individuais e sociais), incorporando princípios e valores que refletem as demandas da sociedade brasileira na época de sua promulgação, conforme já mencionado.

Entretanto, para aprofundar sobre a premissa básica de compreensão da liberdade de expressão a fim de discernir de discurso de ódio faz-se necessário entender sua delimitação conceitual.

Nesse sentido, Canotilho (2017) destaca que a liberdade de expressão abrange tanto o direito de manifestar opiniões e ideias, quanto o direito de buscar, receber e disseminar informações. Esse direito constitui a base para a formação de uma sociedade democrática, garantindo o pluralismo de ideias e o debate público.

Além do mais, no período ditatorial vivenciado pelo Brasil, eram utilizados mecanismos de censura e de controle da imprensa, restringindo o acesso da população à informação, reprimindo qualquer forma de dissidência política. Uma vez que eram utilizadas estratégias de vigilância e repressão empregadas pelas forças de segurança para coibir a liberdade de expressão e limitar a mobilização política, conforme Comparato (2004).

Assim, expõe claramente que o desenvolvimento humano e social é pautado no pluralismo de ideias, no debate amplo, não só das mazelas sociais, políticas e históricas, mas também de direcionamentos, de representatividade, buscando uma sociedade que de fato represente a população que nela se encontre.

Neste sentido, é imperioso separar atualmente, enquanto liberdades individuais a liberdade de expressão, que ocupa o campo dos direitos fundamentais do discurso de ódio que tem outro propósito, além é claro de prezar pela manutenção do bem comum e pela busca de outros direitos fundamentais tão ou mais importantes, como diz Rawls (2010).

O discurso de ódio, por sua vez, caracteriza-se por manifestações que incitam, promovem ou justificam a discriminação, a hostilidade e até a violência contra determinados grupos ou indivíduos. É importante ressaltar que o discurso de ódio não se confunde com a mera expressão de opiniões controversas. O discurso de ódio vai além disso, pois tem como objetivo principal a desumanização e a subjugação de certos grupos.

Autores como Safatle (2018), Teixeira (2019) e Souza (2020) discutem a relação entre discurso de ódio e ideologia de poder dominante. Eles destacam como o discurso de ódio pode ser utilizado como uma estratégia para manutenção de relações de dominação, opressão e exclusão, reforçando e reproduzindo a ideologia que sustenta a estrutura de poder existente.

Argumentam, nesta linha de pensamento, que o discurso de ódio é empregado como uma tática por aqueles em posições de autoridade, visando, de certa maneira, manter sua supremacia e prolongar as relações de poder desequilibradas. Ressaltando ainda que, o discurso de ódio não é um mero produto de indivíduos isolados, mas sim uma expressão de uma ideologia coletiva que sustenta a estrutura de poder vigente.

Sendo assim, a ideologia de poder dominante está intrinsecamente ligada às relações de poder presentes na sociedade. Ela pode ser expressa por meio de discursos que promovem a discriminação, a intolerância e a violência contra determinados grupos sociais, como minorias étnicas, religiosas, de gênero ou outras. Esses discursos buscam

estabelecer uma hierarquia social que privilegia determinados grupos em detrimento de outros, reforçando assim a estrutura de poder preexistente.

Deve-se levar em conta o momento social contemporâneo como pano de fundo e reconhecer que a nossa sociedade pós-moderna estabelece conceitos notórios de pós-verdade, o que gera ainda mais polarizações em massa, tanta política, como cultural e social extrema.

A sociedade pós-moderna é um conceito que tem sido amplamente discutido no campo das ciências sociais e, conforme Bauman (2012), a sociedade pós-moderna é marcada por uma liquidez e instabilidade, assim a comparação com a liquidez descreve a fluidez das relações sociais e a fragilidade dos laços humanos na sociedade contemporânea. É ainda analisado que na sociedade pós-moderna as instituições tradicionais e as estruturas sociais duradouras estão em declínio, dando lugar a relações sociais mais voláteis e temporárias.

Nesse contexto, a pós-modernidade é caracterizada por uma ruptura com as tradições e estruturas sociais modernas, como a ideia de progresso linear e a busca por uma verdade absoluta. Dessa forma, as crenças e opiniões pessoais têm maior relevância quando se compara aos fatos expostos e ideias mais elaboradas, necessitando de um pensamento vertical, não apenas horizontal-raso do ponto de discussão.

Logo, a opinião serve de objeto de manipulação para os detentores do poder de fala, disseminando as narrativas de dominação, sem levar em conta que outros grupos, outras ideias também merecem espaço para enriquecer a discussão dos fatos expostos.

Lembrando que essas narrativas imediatistas não preservam lugares de pontos de equilíbrio, focando apenas em lados opostos e opiniões imutáveis, que fazem sentido apenas para quem está falando, não podendo ser modificadas com o diálogo para que se possam construir outras ideias, mais lógicas e mais próximas da realidade.

Conforme Schwarcz (2019), neste contexto, os fatos são defendidos por meio de uma crença ou convicção pessoal conforme uma razão binária e extrema, definindo apenas duas possibilidades de pensamentos, como se fosse mesmo um código de reconhecimento de um computador: é "1" ou "2", não existindo um meio termo e muito menos um ponto em comum que possa ser estabelecida uma comunicação.

Esse pensamento binário não costuma defender as ideias em seu contexto mais elaborado e detesta paradoxos complexos, associando as pessoas ou aos fatos comportamentos desejados ou consequências já esperadas, abrindo mão de todo o efeito que social, não respeitando os padrões éticos ou morais e até sociais pré-estabelecidos.

Tal comportamento é incentivado na Internet, na sua amplitude, acaba por fortalecer opiniões embasadas em senso comum, corroborando com as relativizações tão presentes nas polarizações, gerando discursos extremos, baseados em uma visão limitada do mundo.

Torna-se necessário separar o que é discurso de ódio, suas origens, danos e consequências, sobretudo no campo jurídico, para que não haja segregação de grupos sociais e fazer com que pessoas parem de se odiar sem ao menos se conhecerem e estabelecer de fato o exercício da cidadania e a ocupação nos lugares de poder por todas as formas de expressão e de representatividade.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS LIMITES POR MEIO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Considerando que a liberdade de expressão garante o direito de um indivíduo de expressar suas opiniões e participar da sociedade como cidadão, é ilógico agir sob o pretexto desse direito fundamental e violar os direitos fundamentais de outros, que também estão relacionados à sua personalidade e autodeterminação.

Implícito nessa reflexão está o entendimento de que os direitos não podem ser violados por terceiros, caso contrário, não haveria coerência na proteção constitucional dos direitos fundamentais.

Além disso, dispositivos constitucionais também estabelecem limites expressos aos direitos fundamentais. Por exemplo, embora o direito à propriedade seja protegido, é importante lembrar que ele também está sujeito à sua função social, como estabelecido no artigo 5º, XXIII, da Constituição. Da mesma forma, embora o direito à liberdade seja garantido, é necessário ressaltar que pode ser limitado em casos de flagrante delito, conforme previsto no artigo 5º, LXI (BRASIL, 1988).

Canotilho (2003), como uma grande referência no Direito Constitucional, aborda na amplitude de sua obra a questão dos limites dos direitos fundamentais, defendendo a importância da ponderação de interesses na interpretação e aplicação desses direitos. De acordo com o autor, em certas situações, é necessário encontrar um equilíbrio entre o exercício de um direito fundamental e outros valores ou interesses constitucionalmente protegidos.

Na mesma linha de pensamento, Sarlet (2012), diz que é fundamental reconhecer a existência de limites implícitos aos direitos fundamentais, ressaltando a necessidade de conciliar os direitos fundamentais com a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes, o que implica em restrições ao exercício desses direitos.

Para alcançar esse equilíbrio, é necessário adotar uma interpretação sistemática da Constituição, levando em consideração o contexto normativo em que os direitos fundamentais estão inseridos.

Sarlet (2012) argumenta ainda que, essa abordagem possibilita uma análise mais abrangente e coerente dos direitos fundamentais, evitando interpretações isoladas que possam comprometer a harmonia do ordenamento jurídico. Dessa forma, é possível garantir a efetividade dos direitos fundamentais sem negligenciar outros valores e interesses constitucionalmente protegidos.

Os direitos fundamentais, na sua origem, são incorporados a uma Constituição por meio do Poder Originário, eles adquirem o status de cláusulas pétreas, ou seja, são princípios e regras que fazem parte da Constituição e não podem ser modificados pelo Poder Derivado Reformador. Em outras palavras, os direitos fundamentais não podem ser suprimidos, mas sua alteração é admissível quando a intenção é fortalecer e especificar as garantias. Dessa forma, os direitos fundamentais são constantemente resguardados pela Constituição.

No contexto da aplicação dos princípios jurídicos, é importante considerar que eles não são aplicados de forma absoluta, mas sim de acordo com a especificidade do caso em questão, o que de certa forma, torna difícil na prática, na forma de estabelecer balizas norteadoras, sendo necessário equilibrar os direitos afetados e ponderar pelo que é mais valioso naquela situação.

Além disso, é válido destacar que os princípios estão sujeitos à ponderação e à proporcionalidade na regulação normativa, em conformidade com os fundamentos do ordenamento jurídico, mesmo que seja apontado de forma subjetiva.

Nesse sentido, autores como Canotilho (2003) e Silva (2012) enfatizam que não há uma hierarquia pré-estabelecida entre os direitos fundamentais em situações de conflito, mas sim a aplicação de um raciocínio de proporcionalidade para determinar qual direito deve prevalecer, buscando minimizar os sacrifícios envolvidos e considerando as garantias que eles podem proporcionar aos indivíduos e, conseqüentemente, à sociedade como um todo.

Tal ideia está embasada no Princípio da Proporcionalidade, que conforme Lenza (2020) é o princípio adotado no Brasil para resolver problemas de colisão entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, por exemplo, como base do tema deste estudo.

Por outro lado, a ponderação dos princípios fundamentais, em situação de conflito, pode gerar outros problemas, entre eles: como fazer para promover a tolerância e de defesa dos direitos humanos dos excluídos e não cair em falácias do tipo: “o mundo está chato demais” ou “agora tem que ser politicamente correto”.

No que diz respeito ao tema central deste estudo, é relevante observar que, embora a legislação brasileira não estabeleça um parâmetro específico (claro) para lidar com o abuso do direito à liberdade de expressão em casos que envolvem discurso de ódio, por exemplo, é necessário destacar que o ordenamento jurídico prevê a aplicação do Princípio da Proporcionalidade.

Outra abordagem para pensar nos limites da liberdade de expressão como um direito fundamental é por meio da legislação, que estabelece regras e é validada e instituída pelo Poder Originário, que tem o poder de criar ou alterar a Constituição vigente. Isso ocorre porque a Constituição preserva a liberdade de expressão em seu sentido genérico, com poucos detalhamentos (BARROSO, 2014).

Entretanto, conforme apontado por Tôrres (2013), não é apropriado delegar ao Judiciário a tarefa de regular o exercício dos direitos fundamentais, uma vez que isso violaria o Princípio da Legalidade. O autor destaca que tanto o Judiciário quanto o Executivo devem atuar dentro dos limites estabelecidos pela lei, e a regulação do exercício dos direitos fundamentais deve ser realizada por meio de legislação apropriada.

Tôrres (2013) argumenta ainda que a definição dos parâmetros e restrições relacionados aos direitos fundamentais é uma atribuição do poder legislativo, que possui a responsabilidade de criar normas específicas para garantir a harmonia entre os direitos individuais e os interesses coletivos. Dessa forma, é possível assegurar a segurança jurídica e evitar que a proteção dos direitos fundamentais seja subjetiva ou arbitrária.

Partindo do pressuposto de que um direito fundamental não apenas pode ser violado pelo Estado (verticalmente), mas também por condutas privadas (horizontalmente), ou seja, por indivíduos que excedem os limites no exercício de seus direitos, o que resulta em um impacto direto na dignidade da pessoa humana (BARROSO, 2011).

Corrobora com esse pensamento Barcellos (2013), quando diz que é que os direitos fundamentais não são apenas passíveis de violação pelo Estado, mas também podem ser violados por condutas privadas, por ações de indivíduos que ultrapassam os limites no exercício de seus direitos, afetando diretamente a dignidade da pessoa humana.

No entanto, os parâmetros atualmente utilizados na ponderação de conflitos não exercem de maneira direta uma delimitação para julgamento, baseado no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que geralmente prevalece na ponderação e no conflito entre os demais direitos, conforme Barroso (2013).

Por outro lado, essa forma de interpretação também gera alguns conflitos, uma vez que a dignidade da pessoa humana se tornou um consenso ético importante no mundo ocidental, presente em documentos internacionais, Constituições, leis e decisões judiciais. Não obstante, sua utilização como um elemento argumentativo relevante no campo jurídico é dificultada, sendo equiparada a uma mera retórica, quando deveria ser considerada um elemento central, levando em consideração a dimensão do indivíduo (BARROSO, 2011).

A dignidade da pessoa humana, por sua vez, é um princípio fundamental no direito brasileiro, estabelecido no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988. Ele representa o valor intrínseco e inalienável de cada ser humano, reconhecendo sua condição de sujeito de direitos e garantindo sua proteção e respeito.

No contexto jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana possui uma abrangência ampla e multifacetada. Ela engloba o respeito à integridade física e psíquica, a liberdade de pensamento, a igualdade de tratamento, a dignidade no trabalho, o acesso à saúde, à educação, à moradia, à segurança, entre outros aspectos relacionados ao bem-estar e à realização pessoal, sendo ainda muito amplo, no ponto de vista interpretativo, no campo da prática da ponderação, quando há conflitos entre mais de um direito fundamental.

Sendo assim, esse princípio deveria atuar como um critério interpretativo e orientador na aplicação do direito, direcionando a criação e a interpretação das normas jurídicas de acordo com os valores e princípios fundamentais que assegurem a dignidade de todas as pessoas.

Provisoriamente, no que diz respeito ao direito à livre expressão, não se pode permitir manifestações de conteúdo imoral que configurem crimes, relacionados ao discurso de ódio. As liberdades públicas não são absolutas, conforme exposto, portanto devem ser exercidas de forma equilibrada, respeitando os limites já estabelecidos, mesmo que norteadas por princípios ainda não garantidos na sua totalidade.

Passa a ser desafiador distinguir claramente o que é liberdade de expressão legítima e o que constitui discurso de ódio que não deve ser tolerado. Os efeitos desses discursos podem gerar consequências prejudiciais tanto a curto quanto a longo prazo para a sociedade como um todo.

Portanto, a análise cuidadosa e a ponderação entre os direitos fundamentais, levando em consideração a dignidade da pessoa humana, ainda são essenciais para definir os limites e as restrições necessárias no exercício da liberdade de expressão, de acordo com Sarlet (2012).

Em suma, é importante ressaltar que o conceito de dignidade da pessoa humana é dinâmico e evolui ao longo do tempo, como todo direito fundamental, acompanhando as transformações sociais, culturais e jurídicas. Sua compreensão e aplicação estão sujeitas a debates e interpretações no âmbito do direito brasileiro, com contribuições valiosas que buscam assegurar a sua efetividade, por meio do Estado, que tem responsabilidade de promover políticas públicas para assegurar a dignidade da pessoa humana em todas as esferas sociais.

MARCOS REGULATÓRIOS DA INTERNET E O IMPACTO SOCIAL NA PRESERVAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Diante da discussão exposta até o momento, ficou evidente que o discurso de ódio é uma das manifestações negativas da liberdade de expressão, uma vez que é utilizado para propagar o preconceito, a intolerância, discriminação, assim como fixar as narrativas de poder de dominação social pelos grupos que se estabelecem pela fala unilateral, baseada em crenças e opiniões superficiais da realidade.

No Brasil, existem leis que buscam coibir este tipo de discurso de ódio, como a Lei 7.716/89, que estabelece os crimes resultantes de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem nacional, e a Lei 9.459/97, que define o crime de racismo. Lembrando que o discurso de ódio não é apenas uma manifestação verbal, mas também pode ser expressa por meio de gestos, símbolos e outras formas de exteriorização.

Entretanto, a Internet se estabeleceu como um dos principais veículos de comunicação e disseminação de informações na sociedade contemporânea. No entanto, sua natureza descentralizada e global apresenta desafios complexos para a regulação e proteção dos direitos individuais em voga.

Para melhor compreensão sobre o impacto social causado pelo discurso de ódio na Internet torna-se necessário entender um pouco sobre o que é o algoritmo, sua função e como ele age na comunicação em massa.

O termo “algoritmo” refere-se a uma sequência de instruções ou regras lógicas utilizadas em processos computacionais para solucionar um problema específico, conforme Leite (2010). Os algoritmos têm sido amplamente utilizados em diversas áreas, incluindo as redes sociais e plataformas online, com o intuito de fornecer recomendações personalizadas aos usuários, de acordo com Marques *et al.* (2018).

Além disso, é importante reconhecer que o uso indiscriminado e inadequado de algoritmos pode ter impactos na forma como as informações são apresentadas e recebidas, potencialmente contribuindo para a formação de “bolhas” ou câmaras de eco, como diz Morais (2019).

Essas bolhas são caracterizadas pela exposição seletiva a informações que confirmam e reforçam as próprias crenças, limitando assim a diversidade de opiniões e perspectivas, afirma Santos (2017).

É importante que se fale em liberdade de expressão na Internet, mas voltado ao objetivo das redes sociais, locais de encontro e discussão entre as pessoas, que não tem como propósito valorizar a interação, mas pelo contrário, o foco é fazer com o que o indivíduo que acessa fique mais tempo possível “logado”, encontrando um espaço propício de identificação, que a grosso modo não seja contrariado, sendo estimulado a permanecer no ambiente virtual, validando apenas o seu ponto de vista.

Ademais, é possível observar que a falta de transparência e compreensão dos algoritmos utilizados nas plataformas digitais pode contribuir para a propagação de desinformação e notícias falsas. Isso ocorre devido à reduzida exposição das pessoas a perspectivas contraditórias e à ausência de mecanismos de verificação adequados.

Passa a ser necessário a discussão sobre os impactos que os algoritmos causam na formação de bolhas e na disseminação de opiniões, sem fundamentação teórica ou social, gerando até notícias falsas para manter o usuário da rede de Internet preso em um tipo de realidade paralela virtual que o agrada, entretanto sem compromisso social.

Conforme Bordini (2019) é destacado a importância de abordar esse problema, a fim de promover a diversidade de perspectivas, o diálogo intercultural e a formação de uma sociedade mais plural e inclusiva. Ressaltando ainda que as bolhas de informação podem levar à polarização e ao enfraquecimento do espaço público, prejudicando a formação de consensos e a tomada de decisões coletivas.

Já Rodrigues (2018) argumenta que a formação de bolhas pode reforçar visões de mundo estereotipadas e limitadas, contribuindo para a segregação social e cultural. Destaca ainda, a importância de promover o acesso a informações diversas e a interação entre grupos com diferentes perspectivas, a fim de construir uma sociedade mais tolerante e aberta ao debate.

Assim, a atuação do Estado, como protetor da sociedade democrática de direito, por meio de desenvolvimento de políticas públicas, deve interferir nas regras das plataformas digitais, visando a promoção da diversidade e também do acesso a diferentes pontos de vistas, não focando apenas em manter o público digital preso a um conteúdo unilateral que estimulada a agressão e a segregação social.

Há necessidade de uma discussão atual voltada à importância da regulação da Internet e de como esses marcos são fundamentais para proteger não só os direitos dos usuários, de privacidade, mas também como forma de responsabilizar as plataformas que usam desses artifícios trazidos para esta discussão a fim de enriquecerem sem ter responsabilidade social.

De acordo com Costa (2018), os marcos regulatórios deveriam ter objetivo de combater a disseminação de conteúdos ilegais ou prejudiciais, como discurso de ódio e pornografia infantil. Ele argumenta que a regulação adequada do conteúdo online pode contribuir para um ambiente mais seguro e inclusivo, preservando os direitos e a dignidade dos usuários.

No contexto brasileiro, a Lei nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, é um exemplo relevante de marco regulatório. Essa lei estabelece princípios, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, visando garantir a privacidade, a liberdade de expressão, a neutralidade da rede e a responsabilidade dos provedores de serviços online.

Outro marco regulatório importante é a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei nº 13.709/2018, que estabelece regras para o tratamento de dados pessoais no Brasil, visando proteger a privacidade e a autonomia dos indivíduos.

Por último e mais atual, tem a Lei da *Fake News*, que é um importante marco regulatório no Brasil no sentido de combater a disseminação de notícias falsas e informações enganosas nas plataformas digitais, mas que na prática informal, de troca de mensagens, continua causando malefícios sociais.

De acordo com Silva, (2020) a lei da *fake news* é uma resposta necessária para lidar com os impactos negativos das notícias falsas na sociedade. Ele ressalta a importância de se estabelecer mecanismos legais para responsabilizar aqueles que criam e disseminam informações falsas, protegendo assim a credibilidade e a integridade do ambiente digital.

Já Oliveira (2021) aborda os desafios da implementação da lei da *fake news*, destacando a importância de garantir o equilíbrio entre a proteção contra a desinformação e a preservação da liberdade de expressão. Ele enfatiza a necessidade de uma abordagem cuidadosa na definição de termos e na aplicação da lei, para evitar possíveis abusos e restrições indevidas.

Nesta esteira de pensamento, Santos (2022) discute também sobre a importância de medidas complementares à legislação, como a promoção da educação digital e o estímulo à verificação de fatos. Ele argumenta que a conscientização dos usuários sobre os riscos da desinformação é fundamental para fortalecer a resistência contra as *fake news*.

Estudos como esses, evidenciam a dificuldade, porém a relevância de estabelecer uma resposta jurídica para lidar com a liberdade de expressão desenfreada nas plataformas digitais, jamais nos afastando dos pilares norteadores, que são os princípios que definem os direitos fundamentais, agora voltados não mais aos indivíduos da sociedade, mas também dos indivíduos usuários do ambiente virtual.

A implementação de marcos regulatórios, no sentido de estabelecer direitos e responsabilidades sociais, visa estabelecer diretrizes e normas que orientam o comportamento dos usuários e das entidades envolvidas no ambiente digital. Essas regulamentações buscam assegurar que a internet seja um ambiente seguro, protegendo a privacidade e a segurança dos usuários, bem como garantindo a liberdade de expressão e o acesso equitativo à informação, no geral uma moderação de conteúdo, com o intuito de promover a interação entre cidadãos e não de pessoas protegidas por bolhas que agridem e violam direitos de outras pessoas.

Mello (2018) examina a relação entre a segregação de grupos nos espaços virtuais e os desafios para a democracia. Ele destaca que a formação de bolhas de informação e a tendência dos algoritmos em apresentar conteúdo de acordo com as preferências e interesses dos usuários podem reforçar as crenças pré-existentes, limitando a exposição a diferentes perspectivas e dificultando o diálogo democrático.

Conforme Vianna (2020), a segmentação algorítmica pode criar câmaras de eco, onde os indivíduos são expostos predominantemente a informações que confirmam suas próprias crenças, gerando uma polarização e prejudicando a formação de consensos e a busca por soluções coletivas.

Ainda, nesta linha de pensamento, Amaral (2021) argumenta que a formação de bolhas e a segregação de grupos online podem levar à fragmentação da esfera pública, dificultando o entendimento mútuo e o debate saudável entre diferentes atores sociais.

Esses autores ressaltam a necessidade de conscientização sobre esse tipo de segregação social, apesar das dificuldades de regulação, uma vez que a preservação da democracia se torna uma referência ao cidadão de direito.

Neste contexto, é de extrema importância garantir a transparência e o entendimento dos algoritmos empregados nas plataformas digitais, a fim de evitar os impactos prejudiciais previamente mencionados.

Logo, a ocupação dos espaços de poder por toda a sociedade é um tema relevante e amplamente discutido atualmente, no sentido de estimular a participação ativa e representativa de diferentes grupos sociais nos processos de tomada de decisão e formulação de políticas públicas, assim como destacar as suas reais necessidades. Essa participação é considerada essencial para fortalecer a democracia, promover a igualdade e garantir a justiça social, visando a verdadeira equidade social.

De acordo com Souza (2020), a importância da ocupação dos espaços de poder é uma forma de combater a exclusão social e a desigualdade. A participação de diferentes grupos sociais, como mulheres, negros, indígenas e LGBTQ+, no processo de tomada de decisão contribui para a diversidade de perspectivas e a promoção da igualdade de oportunidades.

Arretche (2016) argumenta que a presença de grupos historicamente marginalizados e excluídos nos espaços de decisão desafia as estruturas de poder estabelecidas, possibilitando a implementação de políticas públicas mais inclusivas e a defesa dos direitos humanos, mudando o cenário social, o que pode justificar esse sufocamento pelas estruturas dominantes.

Já Facchini (2010) ressalta que a representatividade e a participação efetiva nos processos políticos são fundamentais para superar a exclusão e promover a equidade, mas que para isso todas as comunidades públicas precisam ter acesso ao poder, para só assim modificá-lo.

Neste ponto não há controvérsia, no sentido de que todos os autores pesquisados abordam a necessidade de diversidade na interação social para modificação do cenário brasileiro composto por diferentes grupos, que necessitam de diferentes atenções do poder público, em prol a minimizar as desigualdades e segregações impostas na sociedade brasileira desde a sua origem.

Lembrando que a jurisprudência brasileira sobre discurso de ódio tem se desenvolvido ao longo do tempo, considerando a proteção da liberdade de expressão e a prevenção da violência, discriminação e intolerância. Além disso, o Ministério Público

Federal emitiu recomendações para combater o discurso de ódio na internet, e o Conselho Nacional de Justiça criou o programa Justiça pela Paz em Casa, que tem como objetivo combater a violência de gênero e punir agressores que utilizam o discurso de ódio (CNJ, 2018).

Em resumo, a jurisprudência brasileira reconhece que a liberdade de expressão não pode ser usada para justificar o discurso de ódio e que a proteção contra a discriminação é um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, a adoção de marcos regulatórios eficazes assume uma importância fundamental para resguardar os princípios democráticos e assegurar a manutenção do Estado de Direito, almejando a diminuição dessas desigualdades de maneira equitativa, melhorando a sociedade como um todo, diante de tantas diferenças.

Esses marcos, ainda, são necessários não apenas para combater a disseminação indiscriminada de conteúdos na Internet, mas também para enfrentar a segregação e a desumanização do indivíduo decorrentes do uso não ponderado da linguagem artificial na comunicação, focado apenas nas crenças particulares e nos grupos que pensam da mesma forma, impedindo assim o desenvolvimento como um todo de uma sociedade plural, rica e multifacetada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o adotado Princípio da Proporcionalidade no Brasil para solucionar conflitos entre direitos fundamentais, especialmente nos casos que envolvem excessos de liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana, é possível inferir que a aplicação da proporcionalidade não é suficiente para resolver esses dilemas. Isso ocorre porque cada intérprete dos direitos fundamentais pondera de acordo com uma valoração subjetiva de cada caso específico, o que não parece ser um critério justo diante das consequências provocadas pelo discurso de ódio.

Além disso, torna-se evidente que o discurso de ódio não pode ser equiparado à liberdade de opinião ou à manifestação livre do pensamento, uma vez que os direitos fundamentais não devem ser utilizados como um escudo para corroer a democracia. Além do mais, a liberdade de expressão e de opinião é uma conquista democrática que visa promover a participação dos grupos diversos, e não os segregar por meio de mecanismos intimidatórios, como ocorre com o discurso de ódio.

No entanto, é importante considerar que atualmente vivemos em um ambiente cada vez mais tomado por bolhas, em que as interações e o acesso à informação são guiados por algoritmos. Essas bolhas podem restringir a diversidade de visões e limitar a compreensão de diferentes realidades, contribuindo para a polarização e o distanciamento entre grupos sociais, reforçando os preconceitos estruturais e institucionais que tanto assolam a sociedade brasileira.

Nesse contexto, torna-se crucial romper com as bolhas e buscar a ampliação do diálogo e da participação de diferentes vozes nos espaços de poder. Isso implica em promover a diversidade, garantir o acesso equitativo aos recursos e oportunidades, e estimular a

inclusão de grupos historicamente marginalizados e sub-representados, necessitando da iniciativa do Estado para realizar tal feito.

Diante dessa realidade, torna-se urgente adotar medidas jurídicas de regulação e criar leis mais específicas, mesmo que temporárias, para analisar os efeitos prejudiciais dos discursos de ódio, sob pena de comprometer a nação e a dignidade das pessoas, em respeito às suas diferenças e à pluralidade que é a base da sociedade brasileira, assim como fortalecer o pilar de um Estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

AMARAL, R. A. Bolhas, algoritmos e democracia: sobre polarização e desinformação nas redes sociais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 1, p. 48-69, 2021.

ARRETCHE, Marta. *Trajetórias das desigualdades: como o Brasil mudou nos últimos cinquenta anos*. São Paulo: Editora Unesp, 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Saraiva, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Zahar, 2012.

BORDINI, E., Almeida, V., & Pimentel, M. Redes sociais e algoritmos: o uso de sistemas computacionais na construção da opinião pública. *Intercom-Revista Brasileira de Ciências da Comunicação*, v.42, p.141-158, 2019.

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

BRASIL. Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Define crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília: Presidência da República.

BRASIL. Lei nº 9.459, de 13 de março de 1997. Define o crime de racismo. Brasília: Presidência da República.

BRASIL, Lei Nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília: Presidência da República.

BRASIL, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Ementada da legislação: Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília: Presidência da República.

BRASIL, Lei nº 23.630, de 1º de setembro de 2020. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Brasília: Presidência da República.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes & Mendes, G. F. Direitos fundamentais: limites e restrições. Coimbra: Almedina, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. A Ditadura Encurralada. Companhia das Letras, 2004.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Programa Justiça pela Paz em Casa. Site do Conselho Nacional da Justiça. Agosto de 2018. Recuperado de <https://www.cnj.jus.br/?s=programa+justi%C3%A7a+pela+paz+em+casa>. Acesso em 05 de maio de 2023.

COSTA, Thiago. Regulação do conteúdo online: liberdade de expressão e limites na internet. Revista Direito, Estado e Telecomunicações, v.10, p.39-56, 2018.

FACCHINI, Luiz Edson. Direito Constitucional, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEITE, Ana Maria. Algoritmos e programação: teoria e prática. Novatec Editora, 2010.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional. Coleção Esquematizado. 24ª ed. 1608 p. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LYOTARD, Jean François. A Condição Pós-Moderna. Gradiva, 2000.

MARQUES, R., Costa, M., & Oliveira, R. Algoritmos de recomendação: estado da arte e desafios. Revista Brasileira de Computação Aplicada, v.10, p.40-51, 2018.

MELLO, L. C. Fake News, Ódio na Internet e Crise da Democracia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Dia da Internet Segura. 3ª Região Mato Grosso do Sul e São Paulo. Fevereiro, 2018. Recuperado de <https://www.mpf.mp.br/regiao3/sala-de-imprensa/noticias-r3/dia-da-internet-segura-procurador-faz-palestra-sobre-liberdade-de-expressao-em-tempos-de-discursos-de-odio-na-web>. Acesso em 05 de maio de 2023.

MORAIS, José Luiz de. Algoritmos e liberdade: limites e desafios no processamento de dados pessoais. In Boletim Goiano de Geografia, v. 39, p. 69-88, 2019.

OLIVEIRA, Márcio. A lei da fake news: desafios na busca pelo equilíbrio entre liberdade de expressão e combate à desinformação. In Congresso Brasileiro de Direito Digital, v. 1, p. 81-94, 2021.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RODRIGUES, Rafael. Bolhas sociais e o espaço público digital. In R. Amaral, C. Recuero, & R. Montardo (Eds.), Interfaces da Comunicação Pública e Digital. pp. 69-81. Sulina, 2018.

SAFATLE, Vladimir Pinheiro. Só mais um esforço. São Paulo: Editora Três Estrelas, 2018.

SANTOS, Milton. A esfera pública global e as câmaras de eco. In *Desafios da pesquisa em comunicação no Brasil contemporâneo*. p. 97-116. Sulina, 2017.

SANTOS, Lucas. A lei da fake news e a importância da educação digital. In *Seminário Brasileiro de Comunicação Digital*, v.3, p.113-124, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. 1ª ed. 273 p. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros, 2012.

SILVA, Rodrigo. A lei da fake news e a proteção da credibilidade do ambiente digital. *Revista Brasileira de Direito e Tecnologia*, v. 2, p. 63-72, 2020.

SOUZA, Jessé. *O ódio como negócio*. São Paulo: Estação Brasil, 2020.

TEIXEIRA, Francisco Carlos. Ódio como política. In: Safatle, V., & Nicolodi, F. (Orgs.), *Depois do neoliberalismo: políticas sociais, Estado democrático e o colapso da política*. Rio de Janeiro: Edições Leitura Crítica, 2019.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Direitos fundamentais: entre a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente*. 6ª ed. rev., ampl. e atual. p.225. São Paulo: Saraiva, 2013.

VIANNA, E. Proteção de dados pessoais na internet: reflexões sobre a necessidade de uma legislação brasileira. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 8, p. 107-122, 2016.

VIANNA, C. F. Democracia digital e algoritmos: desafios normativos. In: Fenwick, M. T., & Vianna, C. F. (Orgs.), *Governança da Internet e Direito no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2020.

A (des) construção social de identidade de gênero e as atribuições normativas aos transgêneros sob a ótica dos não-binários

Brendol Luiz Marinho
Edianne Maria de Souza
Emília Wanessa Fernandes Silva
Gleidiele Cristian Santos Ferreira
Jamille de Souza Silva
Maria Eduarda Storino Torres Brandao
Patrícia Soares Lima
Pedro Gustavo Rodrigues Souto
Thaís Lene Soares de Brito
Vitória Soares Queiroz

RESUMO

Gênero é historicamente resumido sob a ótica da cisgeneridade que resume a autopercepção em masculino e feminino, pré-definidos no nascimento, por meio do sexo biológico, ratificados no assento registral. Objetiva apresentar que a limitação à cisgeneridade não aduz percepções de ideal aos que não se reconhecem em seus corpos biológicos e lutam pela libertação do que lhe fora pré-definido. Verificar que a concepção de gênero é algo adquirido pelas vivências e experiências que resultaram em uma autodeterminação, que pode ser, ou não, diversa ao sexo biológico do nascimento. Métodos ou Relato de Experiência: O presente trabalho trata-se da problemática anterior da necessidade de predeterminação aduzida ao nascimento, de acordo com o sexo biológico, o reconhecimento da transexualidade, indivíduo que não se reconhece com o sexo biológico, o advento do CNJ 73/2018 que possibilita aos transsexuais a mudança do assento registral do gênero que estes se reconhecem, e a inefetividade do CNJ e da norma brasileira para os não-binários. Conclusões ou Recomendações: Nesse sentido, percebemos que, o objetivo da norma brasileira em garantir o direito à personalidade ainda não foi efetivamente alcançado, pois não abrange grupos de pessoas brasileiras que não pretendem se resumir em homem ou mulher.

Palavras-chave: dignidade. alteridade. desconstrução. não-binaridade. autodeterminação.



ABSTRACT

Gender is historically summarized from the point of view of cisgenderism, which summarizes self-perception as male and female, pre-defined at birth, through biological sex, ratified in the registry office. It aims to present that the limitation to cisgenderism does not add perceptions of ideal to those who do not recognize themselves in their biological bodies and fight for the liberation of what was pre-defined. Verify that the conception of gender is something acquired through experiences that resulted in self-determination, which may or may not be different from the biological sex at birth. Methods or Experience Report: The present work deals with the previous problem of the need for predetermination added at birth, according to the biological sex, the recognition of transsexuality, an individual who does not recognize himself with the biological sex, the advent of the CNJ 73 /2018 that allows transsexuals to change the registration seat of the gender they recognize, and the ineffectiveness of the CNJ and the Brazilian norm for non-binary people. Conclusions or Recommendations: In this sense, we perceive that the objective of the Brazilian norm in guaranteeing the right to personality has not yet been effectively achieved, as it does not cover groups of Brazilian people who do not intend to be summarized in man or woman.

Keywords: dignity. otherness. deconstruction. non-binarity. self-determination. right not to be identified.

INTRODUÇÃO

O entendimento de gênero é social e historicamente uma evolução constante ao que tange o acesso à dignidade humana e aos aspectos de reconhecimento da alteridade e dos direitos e deveres do “outro” sob a normativa brasileira que ainda busca o efetivo acesso aos direitos constitucionalmente reconhecidos, considerando a pluralidade dos agentes.

O Estado brasileiro segue um entendimento arcaico de identificação de gênero após o nascimento, com base no sexo biológico, ratificando o entendimento no registro civil que, em consequência, fere o exercício do direito à personalidade.

Para tanto, o problema apresentado neste trabalho é a capacidade ou a incapacidade normativa de autodeterminação, buscando demonstrar que a identidade de gênero vai além da cisgeneridade e heterossexualidade compulsória, que são fomentadas por valores históricos e sociais, que se torna um impedimento ao exercício da autodeterminação, alteridade e exercício efetivo do direito. Ademais, tem enfoque na possibilidade de alteração do registro civil, a partir da decisão do STF e da Resolução do CNJ73/2018 que não contempla as pessoas não-binárias.

O objetivo do trabalho é aprofundar nos temas e demandas referentes à identidade de gênero, sob a perspectiva social, entendimento da alteridade e da perspectiva normativa brasileira, ao que tange o reconhecendo da identidade própria com advento no registro civil, demonstrando que as pessoas não possuem a necessidade de serem identificadas perante o registro civil, usando como parâmetro o sexo biológico, vez que a identidade de gênero é um critério subjetivo que parte do reconhecimento do “eu” e do “outro” como pessoa de direitos e deveres. Ademais, objetiva as garantias do direito à personalidade e identidade dos transgêneros e as implicações não-binárias, que também se reduzem aos objetivos da construção histórico-social.

Neste estudo, a pesquisa partiu da metodologia dedutiva, que toma como categoria inicial a dignidade do ser humano, a solidariedade, bem como o direito a essa dignidade, além da pesquisa bibliográfica, como artigos, doutrinas, legislação, para chegar a uma determinada conclusão, de modo que são apresentadas as hipóteses de preservação da identidade e alteridade que dispõe o ordenamento brasileiro para promover a efetiva autodeterminação.

O trabalho foi estruturado em três seções, de modo que, em princípio, expõe as construções ou as desconstruções sociais sobre o gênero, considerando os critérios subjetivos que colaboram para as autodeterminações da identidade de gênero. Na sequência, é realizado um estudo sobre a alteridade e a necessidade de reconhecimento do “eu” e do “outro”, acarretando no reconhecimento da subjetividade proporcionando meios e formas para garanti-la. Por fim, a pauta direciona ao entendimento normativo brasileiro que pressupõe passar por uma quebra de paradigmas históricos-sociais e o andamento para promover o efetivo acesso à autoidentidade, amparado pela legislação brasileira.

(DES) CONSTRUÇÃO SOCIAL SOBRE GÊNERO

Esta seção tratará sobre a identificação de conceitos básicos, bem como a construção social de identidade de gênero e a desconstrução da lógica binária.

A identidade de gênero e a orientação sexual são tão diversas quanto são diversos os indivíduos, mas há uma construção social e histórica entrelaçada junto à cisgeneridade e heterossexualidade.

Quando se afirma que a identidade de gênero é construída socialmente, o que se leva em consideração é que existe um processo social para afirmar a ideia de que determinada genitália aponta e contribui para a percepção binária de homem ou mulher e que todas as pessoas seguirão essa vivência de gênero-binário. A predeterminação biológica dos corpos humanos faz emergir uma categoria cultural e histórica forjada por meio de relações de poderes patriarcais. (NASCIMENTO, 2021).

Desde o nascimento, existe uma normativa social que padroniza e coloca como natural apenas a heterossexualidade e a identidade de gênero homem e mulher, confirmada até mesmo antes do nascimento do indivíduo, como a definição das cores para o enxoval do bebê, separando a cor rosa para o feminino e a cor azul para o masculino. Desse modo, heterossexualidade e cisgeneridade são compulsórias, fomentadas por valores e padrões de uma estrutura social construída historicamente em um cerco patriarcal (TROMBINI, 2021).

Fundado nas relações e constituições socioculturais, em uma categorização que está presente em toda ordem social, possibilita comprimir as relações interpessoais e o comportamento social prescrito para homens e mulheres. (RABELO, 2017).

A divisão entre os sexos parece estar na ordem das coisas(...) ela está presente, ao mesmo tempo, em estado objetivado (...) em todo o mundo social, e em estado incorporado, nos corpos e nos hábitos dos agentes, funcionando como sistemas de esquemas de percepção, de pensamento e de ação (BOURDIEU, 1999, p. 17).

Bernini (2012) entende que a estrutura binária está pautada em 3 níveis: enquadramento ao sexo biológico, atribuindo ao macho o caráter dominante e forte e à fêmea o caráter de submissão e de fraqueza; gênero; e orientação sexual. Na perspectiva sobre sexualidade e suas orientações, esse é mais um “fato social” enquanto conduta, pautado na heteronormatividade. O gênero não representa o indivíduo em si, mas uma relação social esquematizada.

Reitera Piscitelli (2012, p.15-16):

Gênero seria a estilização repetida do corpo, um conjunto de atos reiterados dentro de um marco regulador altamente rígido, que se congela no tempo produzindo a aparência de uma substância, de uma espécie de ser natural. Uma genealogia política bem-sucedida de ontologias de gênero desconstruiria a aparência substantiva do gênero em seus atos constitutivos e localizaria e descreveria esses atos dentro dos marcos compulsivos estabelecidos pelas forças diversas que “vigiam” a aparência social do gênero.

Identidade de gênero é, portanto, a maneira como cada um se identifica, se enxerga e se expressa em uma sociedade, independente do que se atribui como sexo biológico ou gênero, não se restringindo apenas ao que se espera como padrão na sociedade. É uma construção individual e coletiva, dentro das relações sociais estabelecidas. Freire Júnior e Batista (2017) complementam: “O corpo humano é gerido de características e individualidades o tornando único e diferenciado um dos outros, seja na forma física, moral ou intelectual abrangendo um todo, o corpo externo e interno. ”

É a satisfação do exercício da personalidade e identidade humana que promove o seu desenvolvimento bem como expressa sua autonomia e desejos que geram um sentimento de pertencimento que promove a identidade de gênero, não correlacionado à Orientação sexual. Orientação sexual se refere ao desejo, atração sexual, afetiva ou emocional, pertencente ao desejo sexual do indivíduo, normalmente designando as pessoas em Heterossexuais (pessoas que possuem atração afetiva ou sexual por pessoas do sexo oposto), bissexuais (pessoas que se atraem afetiva ou sexualmente por pessoas de ambos os sexos) e homossexuais (pessoas que possuem atração afetiva ou sexual pelas pessoas do mesmo sexo (INSERTO, 2018, s.p.)).

Assim, identidade de gênero e orientação sexual, apesar de diferentes, são formas as quais possibilitam o indivíduo em emanar a sua autoidentificação, bem como suas vontades e desejos intrínsecos e subjetivos, contribuindo, cada um, com a autonomia e individualização do ser.

O homem é historicamente direcionado a se autodeterminar e se autoidentificar de forma equiparada ao sexo biológico fixando apenas a diferenciação sexual binária, sendo justificadas pelas funções reprodutivas dos órgãos sexuais, tornando compulsória a ideia sexual binária, considerando-a natural, atendendo a certos interesses que contribuíram para a permanência de hierarquias sexuais e de gênero (FOUCAULT, 2012).

Asseverou Nascimento (2021, p.62):

Os privilégios resultantes da justaposição de sexo e gênero em uma relação de produção unilateral e natural são precisamente o que o conceito de cisgeneridade busca denunciar de forma enfática. Enquanto os corpos de homens e mulheres cis são reconhecidos e legitimados como naturais, as corporalidades trans são consideradas artificiais.

Assim, com a necessidade de fazer um paralelo crítico aos que não se identificam com o “gênero” que lhe fora estabelecido ao nascimento, é que surge a terminologia transgênero.

Transgênero é um termo que abrange todos os indivíduos que não se reconhecem com o sexo atribuído no nascimento. A incompatibilidade não inclui apenas a perspectiva de masculino e feminino, mas também aqueles indivíduos que não se identificam com nenhum dos gêneros, os não binários (DE JESUS, 2012).

Esclarece De Jesus (2012, p.07):

A transexualidade é uma questão de identidade. Não é uma doença mental, não é uma perversão sexual, nem é uma doença debilitante ou contagiosa. Não tem nada a ver com orientação sexual, como geralmente se pensa, não é uma escolha nem é um capricho. Ela é identificada ao longo de toda a História e no mundo inteiro. A novidade é que os avanços médicos permitiram que mulheres e homens transexuais pudessem adquirir uma fisiologia quase idêntica à de mulheres e homens genéticos/biológicos. Cada pessoa transexual é tratada de acordo com o seu gênero: mulheres transexuais adotam nome, aparência e comportamentos femininos, querem e precisam ser tratadas como quaisquer outras mulheres. Homens transexuais adotam nome, aparência e comportamentos masculinos, querem e precisam ser tratados como quaisquer outros homens.

O termo transgênero foi criado em meados do século XX sob um forte aparato de médicos-psiquiatras e em 1973 foi criado o termo Disforia de Gênero que designava a transexualidade como um distúrbio de gênero, sendo incluído em 1987 aos *Diagnosticand Statistical Manual of Mental Disorders -DMS III* como doença mental e transformado em transtorno de identidade de gênero em 1994 - DMS IV (ROCHA, 2020). É exatamente sobre essa marcação como anormalidade patológica, desviante e falsa e é justamente sobre este estigma de patologização que foi criada a nomenclatura “trans” e, também, sobre a iminente necessidade de classificar o que seria normal e não perverso. O processo de patologização, criminalização e subalternização das identidades trans faz parte dos interesses da cultura cisgênera.

Viviane Vergueiro Simakawa (2015, p.45), transfeminista, discorre:

(...) A construção analítica de cisgeneridade - um processo discursivamente resistente - é fundamentada sobre a percepção de que conceitos sobre corpos e identidades de gênero são constituídos (não somente, mas necessariamente) a partir de distintos contextos socioculturais - contextos ainda múltiplos, apesar dos projetos, esforços e dispositivos coloniais eugenistas e etnoculturocidas -, e assim esta construção analítica deve se maleável e abrangente o suficiente para enfrentar criticamente toda epistemologia, metodologia e proposta política-sociocultural colonialista.

A nomeação daquilo que será não trans surge de uma necessidade de percepção, naturalização e fixação de gêneros e, em consequência, reafirma a existência de um paradigma que quebra a lógica colonial de gênero, desconstruindo hierarquias históricas que compõem a sociedade há séculos. É justamente o entendimento de que a cisgeneridade não se constitui como gênero original que gera a percepção de que as ideias e ideologias pregadas por este “CISstema” serão sempre inalcançáveis, sob a lógica que sempre haverá novas autopercepções que quebraram com a lógica esperada e pré-designada, até mesmo antes do nascimento do indivíduo. (NASCIMENTO, 2021).

Rodvalho (2017, p. 369) determina: “Cis e Trans, pontos de referência, os dois extremos duma dada divisão do mundo, entre eles, havendo uma grande variedade de sujeitos e mesmo casos fronteiraços. ”

A identidade de gênero é a autodeterminação e autoidentificação que o indivíduo possui, de caráter intrínseco, que contribui para a identificação perante a sociedade, fazendo entender que não existe um sujeito absoluto ou autônomo, e sim, um sujeito que emana sua vontade e desejos.

A partir do ano de 2007 inicia-se o processo de despatologização das identidades trans, alterando os paradigmas de serviços à saúde e concepções na esfera mundial. A consequência mais significativa nessas mudanças veio em 2018, com a CID-11, que retirou de vez a transexualidade do capítulo de “Transtorno Mentais e Comportamentais” passando a atribuir transexualidade ao capítulo de Saúde Sexual. Apesar dos avanços normativos e ideológicos ao que se refere à desconstrução de entendimentos patológicos e ao que se refere à concepção transgênera, ainda existem muitos discursos pautados na lógica normativa da cisgeneridade entrelaçados à correspondência mútua entre gênero e órgão sexual/função reprodutiva que sustentam os privilégios cisgêneros enraizados culturalmente. (NASCIMENTO, 2021).

A identidade de gênero é o cerne da individualização de determinada pessoa, frente a sua identidade representada, não só pelo órgão sexual, mas uma identidade construída pelas inter-relações do convívio em sociedade, em suas convicções e crenças. (LANDO E SOUZA, 2020, p.32). É sobre essas convicções que se moldam as especificações que transcorrem a lógica binária, socialmente construída, e situam novos seres, bem como seus desejos e prazeres.

Segundo Butler, (2003, p.24):

Mesmo que os sexos pareçam não problematicamente binários em sua morfologia e constituição (ao que será questionado), não há razão para supor que os gêneros também devam permanecer em número de dois. A hipótese de um sistema binário dos gêneros encerra implicitamente a crença numa relação mimética entre gênero e sexo, na qual o gênero reflete o sexo ou é por ele restrito.

As pessoas não-binárias não se reconhecem como sendo feminino nem masculino, isso significa que a identidade de gênero do indivíduo não se limita à ideia binária de gênero construída socialmente, podendo também, caracterizar-se como a mistura entre os dois ou nenhum. Em suma, pessoas que se nomeiam como não-binárias ou fluidas caracterizam-se e descaracterizam-se como homens, mulheres, ambos ou nenhum (DOS REIS, PINHO, 2016).

Logo, a temática não-binária trouxe consigo uma quebra de estereótipos, uma mudança de pensamento, de linguagem e de paradigmas, sobre a incidente e forte influência da heteronormatividade (PADILHA, PALMA, 2017). Impedir a incidência de novas variações e insistir na polarização de masculino e feminino é discriminatório e grosseiro, justamente pelo modo tendencioso ao etiquetamento e rotulação dos seres, desde o seu nascimento.

As ramificações incidentes são, não apenas as manifestações pessoais, mas também a afronta à imposição social ao que se refere à “binaridade” e “cisgeneridade” que impõe a sistemática de homem e mulher, atribuindo esse gênero desde o nascimento do indivíduo com base no seu órgão sexual, relação formada por uma hierarquia que favorece o gênero masculino em detrimento ao feminino, direcionado este a uma fragilidade ao que se refere também a não binaridade (BARBOSA, 2021, p.26). Atribuir e identificar o ser

com base do sexo biológico é uma violação ao direito à identidade de gênero e, em via de consequência, ao direito à personalidade, atribuindo maior importância à forma do que à dignidade humana. (FEMINISMOS, 2018, p.50).

DA ALTERIDADE COMO RECONHECIMENTO PRÓPRIO

A temática da alteridade sempre foi uma premissa para a compreensão da realidade, bem como é uma ferramenta na defesa dos sujeitos e dos marcos concretos de sua existência.

A convivência e a intercomunicação dos grupos não-tradicionais com os tradicionais, nem sempre é pacífica, então, a alteridade, tratada como direito de ser reconhecido, sob a lógica de que as identidades de gênero pareciam estar pré-determinadas, hoje discute o direito ao reconhecimento do “eu”, perante as normas e conceitos psicossociais e econômicos, e o reconhecimento do “outro” como um sujeito de direitos. A alteridade, todavia, é evidentemente ameaçada historicamente, pela incapacidade de reconhecer outro ser, digno e autoperceptível, ao negar a existência de outras formas de se autodeterminar e se autorreconhecer em um gênero ou não. (ZANELLA, 2005, p.100-101).

A alteridade é e vem sendo um instrumento, no âmbito da psicologia e do direito, tratada para investigar e mostrar como o outro se diferencia, desvendando suas características e necessidades específicas. Afinal, antes da consciência de que há uma pluralidade de gêneros e não apenas os elencados como tradicionais, o outro, o diferente, estava distante, e não compunha uma realidade adequada àquele mundo, agora, o outro está consciente e está perto, conduzindo certezas, orgulhos e costumes; é familiar, mas não é capacitado ao reconhecimento como um ser de direitos. (ZANELLA, 2005, p.101).

Em seus estudos, Ronilk (1992, p.1) definiu alteridade como:

O plano das forças e das relações, onde se dá o inelutável entre dos seres, encontro no qual cada um afeta e é afetado, o que tem por efeito uma instabilização da forma que constitui cada um destes seres, produzindo transformações irreversíveis. Em outras palavras, a existência inelutável do plano da alteridade define a natureza do ser como heterogenética.

A identidade de gênero compreende uma dimensão subjetiva, operando o homem, na produção de necessidades, de forma inconsciente, que o guia a determinadas escolhas. Para compreender, de fato, a relação entre o “eu”, autodeterminação, e o “outro”, reconhecimento de um ser detentor de direitos, que se busca a quebra da violação sistemática de direitos na igualdade de tratamento, historicamente construída, pela negação de reconhecer o “outro” como detentor de direito.

É sobre esse entendimento que Butler (2013, p.50) aduz:

A autoidentidade de categorias revela-se mais complexas do que pareceria à primeira vista. É por isso que, apesar de ser chamada lésbica, e chamar a mim mesma assim (embora não diariamente e não em todas as circunstâncias), relutaria em instalar o lesbianismo na ordem do ser. Isso não porque as lésbicas não existam – estamos em toda parte. É porque devemos ser cuidados sobre aquilo que queremos expressar com o termo, deixando-o ser um campo de contestação e deixando-o como parte de uma situação histórica na qual ele se efetiva. Isso é diferente de ontologia, e a desconstrução nos ajuda a percebê-lo.

Assim, a lógica da identidade de gênero, quando aplicada, implica que a subjetividade resulta no fechamento das identidades em si mesma e da mesma forma ocorre na subjetividade do “outro”, assim, reconhecendo a existência do outro, há a necessidade para proceder quanto à adequação normativa que possibilitará efetivo acesso ao direito. A luta pela busca de reconhecimento no meio social, daqueles que não se reconhecem junto ao preceito tradicional de gênero, evidenciou que há uma grande lacuna, ao que tange normas e convenções, no sistema jurídico, que incluam e acolham os direitos e personalidades daqueles que se descobrem e se autodeterminam no exercício da sua identidade.

As construções sociais e os modelos de funcionamento de diversas sociedades humanas patriarcais são tendenciosas a predefinir gênero entre homem e mulher e, em consequência, considera-se o homem como uma criatura superior, com direitos e deveres que as mulheres não possuíam. Essa tendência comportamental limita as articulações de autoidentidade, excluindo, previamente, a criação formal de novos conceitos, em consequência, não constituem o tema ou objeto da política, que se responsabiliza por questionar a sociedade em busca de uma comunidade justa. (BUTLER, 2015, p.41).

Sob o efeito de que a alteridade advém da lógica e da racionalidade do homem é que se entende a observância da construção social de gênero e qual a postura do ordenamento jurídico brasileiro perante a diversidade de necessidades e escolhas.

Com a intenção de aproximar a discussão com os direitos, tais como direitos humanos e da identidade, deve-se entender sobre os direitos fundamentais. Os direitos fundamentais advieram pelo constante movimento da sociedade, regulando as relações intercomunitárias.

Damasceno (2020, p. 3167) correlacionou o direito fundamental à igualdade e à alteridade, em análise feita sob o conceito de igualdade de Locke e pela crítica de Bragato. O autor apresenta que, para Locke, a igualdade perpassa todos homens por serem criaturas divinas, devendo, por natureza, o respeito à racionalidade humana, presumindo a igualdade e a independência. Em relação ao entendimento de Locke, Damasceno apresenta falhas quanto a materialidade do conceito de igualdade, uma vez que, para Locke, a igualdade que cai sobre o homem é a igualdade cristã, rejeitando os demais, além disso, conforme a crítica, o autor discorre que a lógica de caracterizar o homem como um ser racional para igualá-lo, continua gerando entre eles uma hierarquia e diferenças, já que cada um, em sua subjetividade, tem o seu modo de pensar e de se reconhecer como detentor de direitos. Desse modo, o autor conclui que é ineficiente reconhecer a igualdade fundada na racionalidade se não é reconhecida a diferença do outro sujeito como detentor de dignidade e valoração do mesmo modo que reconheço do “eu”.

TRANSGÊNERO E O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Ao longo dos anos, a conscientização sobre a transgeneridade vem sendo trabalhada e, em consequência, evoluída. Apesar disso, o ordenamento jurídico brasileiro ainda não dá a devida importância e amparo aos que se afirmam transgênero, e essa falta de uma atuação efetiva do estado brasileiro ainda dificulta acessos a diversos direitos, constitucionalmente atribuídos ao cidadão.

Um dos principais direitos alcançados pela comunidade trans foi o direito ao reconhecimento do nome social, justamente o elemento caracterizador e determinante da identidade de gênero. (MIRANDA, 2003, p.143).

No ano de 2018, o STF decidiu, de forma unânime, pela autorização dada aos transexuais e transgêneros para promover a alteração do nome e do sexo junto ao registro civil, sem a necessidade de realizar cirurgia de redesignação de gênero, possibilitando que a comunidade trans se dirija aos Cartórios de Registros Civis para solicitar a mudança do nome civil e a mudança do sexo, sem a necessidade de apresentar o comprovante de intervenção cirúrgica, reafirmando que a identidade psicossocial prevalece sobre a identidade biológica, em consequência, quebrando o paradigma heteronormativo. (FEMINISMOS, 2018, p.51).

Para Lando e Souza, 2020, p.40, a decisão do STF que resultou na ADI 4275 foi resultado de três premissas norteadoras, nas palavras destes:

Entre as razões as quais serviram de base para a decisão do STF, devem ser destacadas três premissas norteadoras. A primeira é respaldada na ideia de que a identidade e a expressão de gênero estão contidas no direito à igualdade sob a sua perspectiva material, logo, sem discriminações; a segunda, por sua vez, está associada à compreensão de que a identidade corresponde à manifestação da personalidade humana, de tal maneira que, aqui, é reforçado o que já havia sido dito anteriormente - o papel do Estado é restrito ao reconhecimento dessa identidade, não estando entre suas funções a de constituí-la; a terceira, por fim, foi construída no sentido de que ninguém deve provar ao Estado o que é e este não pode relacionar a expressão do gênero a nenhum arquétipo pré-estabelecido.

Portanto, é enaltecida a identidade interior de cada indivíduo que reafirma ao Estado a sua obrigatoriedade de resguardar a emanção de vontade de cada ser que convive na sociedade, bem como otimizar o direito à personalidade de cada um. É sobre a ideia de otimizar o direito à personalidade, direitos inatos e absolutos, que começa com o nascimento com vida, segundo a legislação brasileira. Daí surge o entendimento de que a adequação do nome social é mais uma ramificação do direito à personalidade, tornando-o uma ferramenta de expressão. (BARBOSA, 2021).

A Câmara dos Deputados (2013) manifestou:

O imbróglio jurídico sobre as identidades “legal” e “social” das pessoas travestis, transexuais e transgêneros provoca situações absurdas que mostram o tamanho do furo que ainda existe na legislação brasileira. Graças a ele, há pessoas que vivem sua vida real com um nome — o nome delas, pelo qual são conhecidas e se sentem chamadas, aquele que usam na interação social cotidiana —, mas que carregam consigo um instrumento de identificação legal, uma carteira de identidade, que diz outro nome. E esse nome aparece também na carteira de motorista, na conta de luz, no diploma da escola ou da universidade, na lista de eleitores, no contrato de aluguel, no cartão de crédito, no prontuário médico. Um nome que evidentemente é de outro, daquele “ser imaginário” que habita nos papeis, mas que ninguém conhece no mundo real. Quer dizer, há pessoas que não existem nos registros públicos e em alguns documentos e há outras pessoas que só existem nos registros públicos e em alguns documentos. E umas e outras batem de frente no dia-a-dia em diversas situações que criam constrangimento, problemas, negação de direitos fundamentais e uma constante e desnecessária humilhação.

É sobre a perspectiva de promover a autoafirmação e a autodeterminação que corrobora para o entendimento de que o nome é uma ferramenta autodeterminante, quebrando o paradigma normativo anteriormente estabelecido, de que um dos pressupostos para a alteração do nome no Registro civil era a adequação do sexo à identidade autopercebida.

Com o reconhecimento da não exigibilidade de cirurgia de redesignação de sexo decidido pelo STF, com parte do CNJ, foi redigido um provimento que assegura e favorece a possibilidade de mudança do nome civil pelo nome social sem a necessidade de apresentar laudos médicos, com base no entendimento do STJ:

(...) o exame da presente controvérsia reclama a superação de preconceitos e estereótipos, bem como o exercício da alteridade, isto é, a capacidade de se colocar no lugar do outro, notadamente em razão do contexto social atual: uma sociedade que adota um sistema binário de gênero, dividindo as pessoas entre mulheres (feminino) e homens (masculino) - cada qual com um papel social definido e dotado de atributos específicos -, e que marginaliza e/ou estigmatiza os indivíduos fora do padrão heteronormativo.

É sob essa ótica e confirmação de superar as predeterminações que foram anteriormente impostas, que foi criado o CNJ 73/2018 que aprova e facilita as mudanças dos nomes cívicos e do gênero biológico, dispondo sobre as regras de retificação do prenome, agnome, gênero entre outras modificações decorrentes da alteração do registro original. Ressalta-se que esse provimento é de extrema importância, pois todo o procedimento normatizado neste é sigiloso, proibindo informações que possibilite a identificação da alteração do registro seja feita no documento que fora alterado, bem como deixa claro que, para a alteração do nome, não é pré-requisito a autorização judicial e/ou cirurgia de redesignação sexual. Apesar disso, o provimento ainda não é a garantia plena que a comunidade trans ainda espera, o provimento ainda é confuso, pouco difuso e caro para a maioria da comunidade trans que se encontra ainda em extrema marginalização. (SOUZA, 2019, p.265).

As mais diversas consequências provenientes do CNJ 73/2018 é claramente perceptível, entretanto, as dificuldades ainda são muitas para as pessoas trans, apesar dos avanços normativos ao longo dos anos, uma vez que o legislador brasileiro apenas se manifestou quanto à alteração do sexo e do nome registral, de fato, para que haja a plena liberdade e autonomia dos entes tutelados por esse entendimento. Todavia é necessária a negação do paternalismo estatal (MORAES E CASTRO, 2014, p.812).

O reconhecimento da não necessidade da cirurgia de redesignação de gênero ressignifica a ideia de gênero construída pela história, pela sociedade e pela cultura.

Logo, o sexo biológico não é o suficiente para garantir a efetiva identidade de gênero, bem como as características físicas atribuídas biologicamente, não sendo obrigatória a cirurgia de redesignação, pois esta não é suficientemente capaz de promover a autodeterminação, e sim, uma consequência desta. Também, em consequência à desnecessidade de adequação do sexo ao corpo, há a reafirmação de que a transgeneridade não é uma patologia que será tratada e curada com a cirurgia de mudança de sexo, ou seja, “transexualidade é uma condição, jamais uma doença”. (FEMINISMOS, 2018, p.52).

O avanço do judiciário não resolve o problema de todas as questões de identidade de gênero. A anterior necessidade de intervenção médica e agora a não necessidade ainda é sem efeito aos indivíduos que não se identificam com nenhum dos gêneros tradicionais, feminino ou masculino, ou aos fluidos, cujo gênero se modifica de tempos em tempos. (FEMINISMOS, 2018, p.53).

Estando o indivíduo incapaz de assimilar seu gênero distinto ao que lhe fora concebido ao nascimento e delimitado pelo binarismo, não é interessante a estes a possibilidade de mudar o assento registral para colocar um gênero diferente ao que fora concedido ao nascer, fadando a autodeterminação em acolher um ou outro gênero, feminismo ou masculino, qual seja diferente ao de seu nascimento. (LANDO E SOUZA, 2020, p.38).

Assevera Anderson Schreiber (2013, p. 208): “Tal qual o nome, o sexo deve ser visto como um estado registral imutável ou com o uma verdade superior ao seu titular, mas como um espaço essencial de realizações da pessoa humana”.

À medida que essa discussão foi trazida com o entendimento do STF, há a possibilidade de se tratar a respeito do direito a não identificação do indivíduo, não só aos que não se encaixam com o sexo biológico, mas também os que não se reconhecem pelo gênero binário. O voto do ministro Edson Fachin (2018) trouxe consigo uma visão que ultrapassa a ideia de que reduzia a compreensão de gênero a uma lógica biológica e binária. Nela, o ministro do STF, ampliou o reconhecimento de direitos sobre a mudança do nome e do sexo, atribuindo a premissa de que o Estado tem o papel de reconhecer a personalidade da pessoa humana e não de constituí-la.

A identidade de gênero garante, então, a liberdade e a faculdade de escolher seus desejos e predileções conforme suas autodeterminações. Ademais, aos que não se reconhecem com o sexo biológico para as pessoas sem gênero ou de gênero fluido, também é devido o direito à liberdade de se autodeterminar. A não necessidade de definição do gênero, junto ao Registro Civil, é uma forma de garantia de direito às pessoas que não se coincidem a nenhum dos gêneros, tão pouco, ao sexo biológico, prática que deveria ser adotada para garantir o direito fundamental da personalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo tratou de reconhecer a pluralidade de sujeitos, evidenciado, em consequência, que o Estado fere princípios constitucionalmente atribuídos ao interferir na capacidade de autodeterminação das pessoas, como sujeito de direitos e deveres, devendo ser garantido o devido acesso à dignidade humana, exercício e desenvolvimento do direito à personalidade, devendo lhes ser garantida a liberdade para exercê-los, afastando quaisquer outros impedimentos que dificultem e destruam a atividade. (BARBOSA, 2021, p.39).

É julgada como sendo necessária a discussão sobre diferenciar a concepção de macho e fêmea para gênero e como é imprescindível reconhecer que o sexo biológico não é determinação de gênero, tão pouco há necessidade da incansável determinação de algo que parte, estritamente, da subjetividade do ser. A identidade de gênero está muito mais ligada a se sentir do que a se ver, a partir da formação biológica acanhada pelo nascimento. (LANDO E SOUZA, 2020, p.44)

Assim, é entendido “gênero” como consequências de experiências vividas ao longo do tempo, que se basearão na autopercepção, ou até mesmo que essa autopercepção nunca venha a se resumir a ser um homem ou ser uma mulher, por isso, mesmo com a possibilidade de mudança de gênero junto ao Registro Civil, advento do CNJ 73/2018. Vale

ressaltar que isso não se aplica aos que não se reconhecem e se identificam dentro do binarismo, ideia que ainda se sujeita aos gêneros dominantes, a partir de pontos de vista históricos-sociais. (FEMINISMOS, 2018, p.53).

Contudo, o objetivo da norma brasileira em garantir o direito à personalidade ainda não foi efetivamente alcançando, pois não abrange grupos de pessoas brasileiras que não pretendem se resumir em homem ou mulher, proporcionando um processo de marginalização de certos corpos que não irão e não podem acompanhar nenhum gênero que lhe fora escrito e definido no seu registro como brasileiro, devendo ser imprescindível tal discussão no ordenamento jurídico, pois a dignidade e personalidade não seguem nenhum gênero, a não ser reconhecer que existe um “outro” que necessita de amparo normativo.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Iverson Guilherme Teixeira. O direito ao reconhecimento da identidade de gênero: Alteração do Nome e do gênero no Registro Civil e demais reflexos jurídicos decorrentes. v.3, n.3, p.25.
- BERNINI, Roberta *et al.* Síntese e relação estrutura/atividade antioxidante de novos análogos estruturais de antioxidantes catecólicos ao hidroxitirosol e seus ésteres lipofílicos. Revista de química agrícola e alimentar, v. 30, pág. 7408-7416, 2012.
- BOURDIEU, Pierre. Uma revolução conservadora no mercado editorial. Anais de pesquisa em ciências sociais, v. 126, n. 1, pág. 3-28, 1999.
- BUTLER, Judith. A Filósofa que Rejeita Classificações. São Paulo: 2013. Cult, São Paulo, ed. especial, n. 06, ano 19, p. 46-50, 14 jan. 2016. Entrevista concedida a Carla Rodrigues. Tradução: Cadu Ortolan.
- BUTLER, Judith. Problemas de Gênero: Feminismo e Subversão da identidade. 8 eds. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015a. Tradução: Renato Aguiar.
- BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade, Rio de Janeiro: Editora Record, 2003.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 5002/2013. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei no 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacaooidProposicao=565315>. Acesso em: 28 out. 2022.
- DAMASCENO, Gabriel. Alteridade e reconhecimento à diferença: do caso atala riffo e criança vs. Chile ao reconhecimento da união homoafetiva e da homofobia e transfobia no Brasil.
- DE JESUS, Jaqueline Gomes. Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos. Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião, v. 42, 2012.
- DOS REIS, Neilton. PINHO, Raquel. Gêneros não-binários: Identidades, expressões e Educação. Revista Reflexão e Ação, Santa Cruz do Sul, v.24, n.2016.p.7-25.

ESCOBAR, Herton, Identidade de Gênero e transexualidade: o oposto da ideologia. *Jornal da USP*, 07 agosto de 2019, disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/identidade-de-genero-e-transexualidade-o-oposto-da-ideologia/> Acesso em: 05 set.2022.

FACHIN, Luiz Edson; FORTES, Luiz Henrique Krassuski. Repercussão geral do recurso extraordinário: dever de demonstração da transcendência e relevância da questão constitucional. *Federalismo e Poder judiciário*, p. 9, 2018.

FEMINISMOS, Revista. A Fluidez do gênero e o direito à não identificação do sexo biológico. vol.6, n.1.jan-abr.2018. Disponível em: www.feminismos.neim.ufba.br. Acesso em: 10 out. 2022.

FOUCAULT, Michel. A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

FREIRE JÚNIOR, Auer Baptista; BATISTA, Lourraine Andrade. Direito ao corpo humano: uma análise jurídica. *Revista Educação, Meio Ambiente e Saúde*,

INSERTO. Cartilha Inserta (2018). Disponível em <https://drive.google.com/file/d/1bKyMzLtdnbHMeGH2z6-bEWh1-r11tH4Q/view> Acesso em: 07 de out.2022.

LANDO, George André; SOUZA, Carolina da Fonte Araújo de. Direito à Autodeterminação da identidade para além do Tradicionalismo Binarismo de Gênero. 2019.

MIRANDA, Pontes de Tratado de direito privado. Tomo VII. Campinas: Bookseller, 2003. P, 114 e p,143.

MORAES, Maria Celina Bodin de; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Pensar*. Fortaleza, v.19, n.3, p.779-818, set. / dez.2014.

NASCIMENTO, Leticia. *Transfeminismo. Feminismos Plurais*. 1ª edição. São Paulo: Jandaíra, 2021.

NETO, José Querino. KOZICHI, Katya. Do “eu” para o “outro”: A alteridade como pressuposto para uma (re) significação dos direitos humanos. *Revista da Faculdade de direito – UFPR*. Curitiba, n.47, p.65-80. 2008.

PADILHA, Vitória Braga. PALMA, Yaskara Arrial. Vivências não-binárias na contemporaneidade: um rompimento com o binarismo de gênero. 2017. Disponível em: http://www.en.wwwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499481481_ARQUIVO_FG2017completovifinal.pdf. Acesso em 08 out. 2022.

PISCITELLI, Adriana. Recriando a (categoria) mulher? In: ALGRANTI, Leila Mezan; PISCITELLI, Adriana; GOLDANI, Ana Maria. A prática feminista e o conceito de gênero. Campinas: IFCH/ Unicamp, 2002. p. 7-42.

RABELO, Leticia Almeida. A transexualidade e o Direito ao Reconhecimento: A alteração de registro civil de pessoa transexual sem cirurgia de redesignação sexual. 2017. 19f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

RODOVALHO, Amara Moira. O cis pelo trans. Estudos Feministas, Florianópolis, v. 25, n. 1, p. 365-373, jan/abr. 2017.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SEGAT, Luciana, BRAMBILLA, Barbara. Transgênero, transexual e travesti, você sabe a diferença entre esses termos?.2019. Disponível em: <https://vitallogy.com/feed/nsgenero%2C+transexual+e+travesti%2C+voce+sabe+a+diferenca+entre+esses+termos%3F/485>
Acesso em: 05 set.2022.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei 134/2018. Institui o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132701>.
Acesso em: 28 out. 2022.

SIMAKAWA, Viviane Vergueiro. Por inflexões decoloniais de corpos e identidades de gênero inconformes: uma análise autoetnográfica da cisgeneridade como normatividade. Dissertação (Mestrado Multidisciplinar em Cultura e Sociedade) — Instituto de Humanidades, Artes e Ciências Professor Milton Santos. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2015, 244 f.

SOUZA, Adean Dougan Marques de. O corpo transgênero e o Direito Brasileiro: Uma breve análise do sistema jurídico brasileiro a respeito do não binário. Revista Docência e Cibercultura, Rio de Janeiro, v.3, n.2, p.253, mai/ago. 2019.

TROMBINI, Miguel. Heterossexualidade compulsória obriga LGBTs a seguirem padrões hétero-cis, 02 de setembro de 2021. Disponível em: <https://queer.ig.com.br/2021-09-02/heterossexualidade-compulsoria-obrigacao.html>. Acesso em: 05 set.2022.v.7, n.3, p.42-56, jul/set.,2017.

ZANELLA, Andréa Vieira. Sujeito e Alteridade: Reflexões a partir da Psicologia Histórico-Cultural. Psicologia & Sociedade; 17 (2) 99-104; 24 de outubro de 2005.

Os direitos humanos da pessoa idosa

Alessandra Frei Silva

Doutoranda em Direito (UNIJUÍ). Advogada

RESUMO

O estudo em questão se faz necessário tendo em vista a necessidade de respeito às pessoas idosas, bem como a necessidade de fornecer a elas condições dignas de vida. Demonstra-se com dados estatísticos o panorama do envelhecimento da população mundial, bem como a importância da adoção de políticas públicas para que os idosos possam ter seus direitos humanos respeitados e também para que se possa proporcionar uma emancipação e independência ainda maior aos idosos, uma vez que proteger os idosos significa igualmente proteger o futuro de cada indivíduo.

Palavras-chave: direitos humanos. idosos. envelhecimento.

INTRODUÇÃO

O Poder Executivo brasileiro compreende que os direitos da pessoa idosa devem receber tratamento de direitos humanos, tendo em vista que estamos falando de um grupo vulnerável dadas as suas características físicas decorrentes do próprio processo natural de envelhecimento, devido à exclusão do mercado de trabalho e entre outras questões.

Esse entendimento restou ainda mais evidente em decorrência da criação da Coordenação Geral dos Direitos Humanos (CGDI) no ano de 2009, e a inclusão do tema dos idosos no Terceiro Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3,2009), o qual determina como seu objetivo maior a valorização da pessoa idosa e a promoção de sua participação na sociedade. Assim, nota-se que a temática do idoso foi tratada de modo distinto daquele conferido aos Direitos Humanos das Crianças e dos Adolescentes e das Pessoas com Deficiência, as quais possuem políticas administradas por subsecretarias próprias.

Essa diferenciação torna-se importante por conta de tratar-se de uma demanda recente da população brasileira e que se relaciona com o aumento da expectativa de vida no país e no mundo todo, em que pese ocorra de forma distinta consoante os níveis de desenvolvimento socioeconômico de cada localidade.

Logo, podemos entender que com a geração de *baby boomers*, explosão de bebês que aconteceu sobretudo no período compreendido entre 1946 e 1964 após a Segunda Guerra Mundial, teremos, como de fato já está ocorrendo, uma imensa massa populacional em decorrência



do envelhecimento desse grupo (CRUZ; HATEM, 2021).

O ENVELHECIMENTO DA POPULAÇÃO MUNDIAL

O envelhecimento da população mundial é uma realidade que deve se acentuar cada vez mais com o passar do tempo.

Cruz e Hatem (2021) apresentam dados estatísticos: Em 2007 10,8% da população possuía 60 anos de idade ou mais.

Projeção para o ano de 2025: 15,1% da população será idosa;

Ano de 2031: haverá 42,3 milhões de jovens (0-14 anos) e 43,3 milhões de idosos (60 anos e mais)

Com base nesses dados, devemos entender que quando há esse aumento na população idosa, esse fato acompanha também uma redução no número de crianças, que são consideradas aquelas que possuem menos de 15 anos de idade), e conseqüentemente também reduz a proporção de pessoas em idade laboral, que é entre 15 a 59 anos de idade.

Conforme os estudos das Nações Unidas, até meados do século XX o envelhecimento populacional se restringia aos países desenvolvidos, porém num futuro próximo o envelhecimento populacional em países ainda em desenvolvimento vai aumentar num ritmo tão acelerado que teremos menos tempo para nos adaptar às conseqüências desse fenômeno numa situação de menor desenvolvimento econômico, então países da África, Ásia, América Latina, Caribe e Oceania possuem uma população idosa atualmente mais jovem do que a da Europa, num futuro próximo essas regiões vão apresentar um crescimento muito acelerado da população idosa.

Tratando especificamente da América Latina e do Caribe, temos que a proporção de pessoas maiores de 60 anos de idade dentro da população total irá quadruplicar entre os anos 2000 e 2025, de forma que um em cada quatro latino-americanos será idoso em 2025.

No Brasil, em 2007, de acordo com a Pesquisa Nacional de Amostra Domiciliar (PNAD), realizada pelo IBGE, já havia quase 20 milhões de idosos, o que equivale a 10,5% da população total.

Diante desse cenário torna-se primordial investigar se “viver mais” corresponde a “viver melhor”

Não existe um instrumento internacional juridicamente vinculativo que venha a padronizar e proteger o direito das pessoas idosas e isso realmente pode ser um problema tendo em vista que os mecanismos de direitos humanos regionais e internacionais que existem não são suficientes para amparar satisfatoriamente os direitos das pessoas idosas. Não há nessas convenções uma disposição explícita estabelecendo a proibição de discriminação em decorrência da idade de uma pessoa, de modo que podemos dizer que a idade é muitas vezes negligenciada pelos direitos humanos no mundo.

Porém, conforme explicam Teixeira e Ferreira (2014):

Não há como tratar do tema dos direitos da pessoa idosa sem fazer referência aos direitos do homem, de um modo geral, até se chegar à especificidade dos direitos, incluindo-se aí a maneira como tais direitos foram conquistados, as lutas travadas em prol deles, e a verificação se, de fato, estão sendo garantidos democraticamente.

Daí depreende-se a necessidade de se estudar e aplicar os direitos da pessoa idosa sempre à luz dos Direitos Humanos.

Na mesma linha, a Organização das Nações Unidas é a maior entidade representativa a promover os Direitos Humanos em âmbito mundial, porém não há convenções multilaterais que abranjam o idoso como temática principal, sendo que a proteção dos direitos humanos dos idosos acontece pelo entendimento dos instrumentos internacionais de direitos humanos já existentes.

Mas essa ausência de referência à idade até mesmo no Pacto de Direitos Econômicos e Sociais e Culturais bem como na Declaração Universal dos Direitos Humanos não se trata de uma exclusão intencional ou proposital, mas sim na época em que foram elaborados, (1995 e 1948 respectivamente), ainda não havia essa urgência, ou seja, o envelhecimento da população mundial não era ainda um problema latente como é hoje em dia, é uma demanda recente o que enseja uma revisão acerca das disposições internacionais de modo que os direitos humanos dos idosos sejam resguardados mais propriamente.

ANTECEDENTES

Apenas em 1982 começaram os debates acerca do envelhecimento, sobretudo com a realização da I Conferência Internacional sobre envelhecimento que ensejou na elaboração do primeiro instrumento internacional sobre envelhecimento, o Plano de Ação de Viena sobre Envelhecimento, tratando de políticas públicas específicas sobre saúde, família, bem-estar social, etc.

Na Conferência ficou reconhecido que viver mais não significa necessariamente que estamos vivendo melhor e que as pessoas idosas devem na medida do possível desfrutar em suas próprias famílias e comunidades uma vida plena com saúde, segurança e serem de fato considerados como integrantes da sociedade, sendo constatada a dificuldade por parte dos Estados de criarem políticas públicas voltadas à pessoa idosa.

O Plano de Viena acabou registrando que programas voltados aos jovens são mais facilmente aceitos pela sociedade e que os custos com programas voltados aos idosos são vistos como gastos, e que, portanto, não seriam investimento, e esse é um entendimento que infelizmente perdura em muitos Estados ainda na atualidade.

Posteriormente, em 2002, foi realizada a II Conferência Internacional sobre Envelhecimento e foi elaborado o Plano de Ação Internacional de Madri sobre Envelhecimento (Mipaa), dando atenção especial aos países em desenvolvimento e esclarecendo que para um envelhecimento ativo e saudável é necessário que se ofereça qualidade de vida ao indivíduo o mais cedo possível, ou seja, o direito do idoso deve ser entendido de forma mais ampla no sentido de propiciar saúde, independência, direito à integração, consumo e trabalho desde antes da velhice para que o indivíduo possa se preparar para a sua chegada, ou seja, o direito do idoso seria o direito de envelhecer (CRUZ; HATEM, 2021).

Assim, é evidente a necessidade de uma convenção internacional específica para o direito das pessoas idosas, ou seja, uma agenda de direitos humanos a ser estabelecida para que sejam discutidos os direitos das pessoas idosas.

A temática do idoso é relevante e premente, mas não há nenhum documento internacional que contenha disposições vinculativas relacionadas aos direitos humanos dos idosos, posto que as poucas que mencionam a proibição da discriminação pela idade não possuem caráter obrigatório de modo que a sua implementação se torna frágil e vulnerável.

Uma norma internacional vinculativa auxiliaria a prevenir toda e qualquer discriminação pela idade. Esse tipo de discriminação está presente em praticamente todas as sociedades e impede que as pessoas idosas vivam a vida em sua plenitude e participam em igualdade dentro de suas comunidades.

Uma convenção internacional nesse sentido seria para ajudar a estabelecer parâmetros para que as leis nacionais sejam formuladas de modo a definir claramente as obrigações dos Estados no que concerne aos direitos humanos da pessoa idosa, bem como de estabelecer meios de reparação quando da violação desses direitos.

AÇÕES DO BRASIL NA TEMÁTICA DA PESSOA IDOSA

O Estatuto do Idoso, lei 10.741/2003 até entrar em vigor ficou 7 anos tramitando no Congresso, e em seus 118 artigos resgatou princípios constitucionais de forma a tratar com absoluta prioridade o idoso e bem como a proteção integral ao indivíduo. Os principais direitos assegurados pelo Estatuto são direito à saúde, ao trabalho, à igualdade, à educação viver livre de violência, valorização de sua situação econômica (CRUZ; HATEM, 2021).

Em 2009, o III Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH – III) acolheu a valorização da pessoa idosa e a promoção de sua participação na sociedade como objetivo estratégico no sentido da universalização dos direitos num contexto de desigualdades.

Assim, os direitos do idoso são tidos no país como Direitos Humanos e em havendo aprovação de alguma lei internacional sobre esse assunto, seria percebida pela Constituição Federal/1988 como pertencente aos direitos fundamentais e inclusive poderia chegar ao patamar de emenda constitucional, se tiver aprovação (MARTINS; AGUIAR, 2020).

Em 2007 adotou-se a Declaração de Brasília ocorrida na II Conferência Regional Intergovernamental sobre Envelhecimento na América Latina e no Caribe.

Neste ponto, quando as nações que participavam confirmaram seu comprometimento de não medirem consequências a fim de propiciar proteção aos direitos humanos dos idosos, assim como buscar erradicar práticas discriminatórias e violentas e também existiu a abertura de se atribuir um relator especial que seria responsável por promover os direitos humanos dos idosos e também de consultar os governantes sobre a possibilidade de uma convenção sobre o assunto.

Então percebe-se que há um engajamento no âmbito latino-americano relacionada com a concretização de um documento internacionalizado e com a criação de uma relatoria especial para tratar o impasse.

A dificuldade para a elaboração de uma convenção interamericana para os direitos humanos das pessoas idosas se daria pela resistência das posições dos Estados Unidos e do Canadá, que argumentam haver outras discussões acerca de direitos humanos em pauta na OEA, prioritárias à temática do idoso por ordem de precedência.

Além disso, os países da América Latina se inserem num panorama distinto em termos econômicos quando comparados com aqueles vivenciados pelos EUA ou Canadá.

As necessidades relacionadas aos direitos humanos da pessoa idosa são, portanto, diferenciadas, o que torna mais complexa a elaboração de uma conceituação que seja mais ampliada e regionalizada.

Inclusive, há embates conceituais até mesmo entre os países latinos.

Outras argumentações que contrariam o desejo de se criar esse documento de âmbito internacionalista são concernentes ao fato de que já existem inúmeros documentos que tratam sobre direitos humanos e que já bastaria a interpretação dos documentos já existentes, para poder aplicar aos idosos de forma correta e adequada.

É enquanto se é jovem que é necessário realizar medidas de prevenção para que se atinja o envelhecimento de forma saudável e ativa.

Assim, envelhecimento da humanidade é, hoje, uma realidade em todos os continentes.

Inicialmente, percebe-se um problema cultural a ser transposto, qual seja, o estigma do idoso. As sociedades contemporâneas, sobretudo as ocidentais, valorizam a juventude e entendem o idoso como inativo. Além de o idoso ter menos oportunidades de atuação, quer na economia, quer nos espaços sociais, muitas vezes ele é visto como fonte de problemas. Investir no idoso parece antagônico, pois a expectativa de vida é menor, comparada à de uma pessoa jovem. Essa visão acerca do idoso é base para o preconceito e a discriminação. Some-se a isso as dificuldades econômico-sociais experimentadas pelos países.

Estatísticas demonstram que as pessoas idosas são as últimas a receberem cuidados em campos de refugiados e que as idosas são renegadas em seus direitos sobre herança em muitas localidades, sendo consideradas inválidas e desconsideradas em muitas comunidades.

No Brasil, em muitos municípios, as economias locais giram em torno da fonte de renda dos idosos, sejam as aposentadorias ou os benefícios de prestação continuada. Muitos sustentam suas famílias e costumam ser explorados por elas, ou até mesmo violentados, muitas vezes abandonados e privados de suas moradias. Longe da família e de seu ambiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se do estudo em comento que a proteção aos idosos é proteger as pessoas inclusive em seu futuro, ao mesmo tempo consiste em tratar com respeito a quem tanto contribuiu para o sistema e que muitas vezes ainda continua contribuindo.

Também é necessário se superar a ideia de que os idosos são menos capazes ou sempre vulneráveis, uma vez que com o crescimento da expectativa de vida notou-se melhoria na qualidade de vida dessa parcela da população, a qual atualmente é mais ativa do que antigamente.

REFERÊNCIAS

FERREIRA, Ana Paula; TEIXEIRA, Solange Maria. Direitos da pessoa idosa: desafios à sua efetivação na sociedade brasileira. *Argumentum*, Espírito Santo, v. 6º, nº 1, p. 160-173, jan-jun/2014. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/argumentum/article/download/7486/5758/19676>. Acesso em 04 set. 2023.

MARTINS, Paulo Fernando de Melo; AGUIAR, Thais almeida. Direitos da pessoa idosa no Brasil: uma revisão sistemática. *Revista humanidades e inovação*, v. 7, nº 2, 2020. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/1624>. Acesso em 13 set. 2023.

CRUZ, Clarisse Aparecida da Cunha Viana; Daniela Soares HATEM. Direitos do idoso: um estudo sobre a legislação brasileira no que tange ao combate à violência contra o idoso no país. Thomson Reuters. São Paulo, v. 110, p. 203-2020, out-dez/2021. Disponível em: http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2023/02/13/17_02_48_960_DIREITOS_DO_IDOSO.pdf. Acesso em: 05 set. 2023.

Eutanásia: a ausência da autonomia da vontade do paciente terminal em face do ordenamento jurídico brasileiro

Caroline Domingas Ferreira dos Santos

Discente do Centro Universitário FIPMoc – UNIFIPMOC

Denize dos Santos Pereira Mendes

Discente do Centro Universitário FIPMoc – UNIFIPMOC

Ercília Paula Brito Souza

Discente do Centro Universitário FIPMoc – UNIFIPMOC

Emilly Layanne de Jesus Pereira

Discente do Centro Universitário FIPMoc – UNIFIPMOC

Flávia Aparecida Barbosa de Oliveira

Discente do Centro Universitário FIPMoc – UNIFIPMOC

Nisley Monaliza Nunes Fidelis

Discente do Centro Universitário FIPMoc – UNIFIPMOC

Odhara Vieira Chaves da Mata Andrade

Discente do Centro Universitário FIPMoc – UNIFIPMOC

Roberval Pereira da Silva Júnior

Discente do Centro Universitário FIPMoc – UNIFIPMOC

Sara Ferreira Barbosa

Discente do Centro Universitário FIPMoc – UNIFIPMOC

Thaís de Fátima Santos Gomes

Discente do Centro Universitário FIPMoc – UNIFIPMOC

RESUMO

Os avanços proporcionados aos procedimentos médicos em decorrência da evolução científica são notáveis, mas ainda não existe solução para todas as moléstias existentes, sendo que em certas situações somente resta amenizar a dor do paciente e aguardar pelos seus instantes finais de vida. Ocorre que há maneiras de se evitar maiores sofrimentos e eventual desperdício de esforços, assim como ocorrem com os animais. O procedimento da eutanásia, que comumente é aplicado em animais, é o meio pelo qual se põe fim a vida a fim de se evitar a continuidade no sofrimento e até o desperdício de esforços diante de doenças incuráveis. Tal medida não pode ser aplicada em humanos por falta de regulamentação. O presente estudo tem por finalidade realizar essa análise a luz dos princípios constitucionais e regulamentação vigente no ordenamento jurídico para concluir se a aplicação dessa prática é possível. Para se chegar a essa conclusão deve-se atentar para as peculiaridades do caso e as condições a que o paciente está submetido, para que se possa saber se naquele momento sua vontade pode ser exprimida de forma espontânea ou se sua



condição psicológica o fragiliza a ponto de não exprimir sua vontade de forma plena.

Palavras-chave: direito constitucional. direito penal. eutanásia em humanos. possibilidade.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como finalidade fazer uma exposição acerca da possibilidade da prática de eutanásia em humanos e as repercussões jurídicas que tal prática poderá ocasionar. A principal discussão sobre o assunto abordado é o direito da pessoa natural em fazer cessar sua dor e sofrimento após já ter esgotado todos os tratamentos médicos a sua disposição, mas sem obter qualquer melhora de seu quadro clínico.

A problemática posta em análise diz respeito a qual deve ser o direito que deverá prevalecer, se a vontade da pessoa em fazer cessar sua dor diante da irreversibilidade de seu quadro de saúde ou a vontade do legislador que foi positivada no ordenamento jurídico que busca a proteção do bem jurídico da vida a qualquer custo, somente dando pequenas brechas em situações excepcionalíssimas.

O objetivo visado com a análise da questão da possibilidade de aplicação de eutanásia em seres humanos é verificar se o ordenamento jurídico brasileiro comporta e permite tal prática quando o direito fundamental à vida e a vontade estão em rota de colisão direta. Para tanto, a pesquisa aqui feita será elaborada de forma que por meio de respostas a diferentes temas possa se chegar ao objetivo geral.

Primeiramente se faz necessária a exposição do que vem a ser a eutanásia, os efeitos que esta causa e a classificação dos procedimentos que podem chegar ao resultado pretendido, conforme exposto no primeiro tópico do estudo. A seguir, será feita uma abordagem sobre as condições psicológicas a que o paciente em estado terminal, ou seja irreversível está exposto, sendo esse uma das questões que impactam diretamente na possibilidade da aplicação de eutanásia. Por fim, será feita uma análise acerca do cabimento da prática de eutanásia no ordenamento jurídico, considerando os princípios constitucionais e as vedações do Código Penal.

A metodologia utilizada para que as questões postas em discussão possam ser respondidas se baseiam na coleta de dados e informações em diversos trabalhos científicos e acadêmicos que tratam da mesma temática, sendo feitas comparações e buscando substrato em escritos de doutrinadores de renome para a obtenção de resultados confiáveis e de cunho científico.

EUTANÁSIA, DEFINIÇÕES, EFEITOS E A CLASSIFICAÇÃO DE CADA PROCEDIMENTO

Esta seção estará destinada a expor a eutanásia como um procedimento que possa ser viável a um doente incurável que não possui nenhuma expectativa de vida, além da demonstração dos diversos meios de eutanásia.

A expressão “Eutanásia” é advinda do grego, formou-se pela junção de duas palavras gregas: eu (boa ou bom) e thánatos (morte). Desta forma, criou-se o significado de Eutanásia, ou seja, a “boa morte” ou “morte sem dor”.

Lepargneur (1999, p. 2), expõe sua compreensão sobre a eutanásia como “o emprego ou abstenção de procedimentos que permitem apressar ou provocar o óbito de um doente incurável, sendo que a morte deve constituir a finalidade primária dessa intervenção”. Ainda, Guimarães (2008, p. 99) define:

A provocação da morte piedosa, por ação ou inação de terceiro, de que se determine encurtamento da vida, em caso de doença incurável que acometa paciente terminal a padecer de sofrimento. Abarca ela, portanto, a provocação da morte por ação (eutanásia própria em sentido estrito, ou eutanásia ativa) ou por inação (eutanásia passiva).

Ao mencionar esses dois trechos, comparam-se dois conceitos de autores que estudam a eutanásia com visões que diferem entre si, o primeiro autor tem uma visão que tende a ser voltada para a bioética, já o segundo possui uma visão mais sensível, voltada para o doente que está passando por tal situação. Outro autor que disciplina sobre o assunto é Alves (1999, p. 15), que diz:

A lei determinava três requisitos essenciais para que o interessado pudesse utilizar-se da Eutanásia: o estado de saúde do paciente deveria ser crítico e atestado por três médicos; os períodos de tempo devem ser extremamente respeitados; após esse período, o paciente teria acesso a um equipamento, operado por computador, que consiste em um tubo que é ligado à veia do paciente e uma tecla “SIM”. Se o paciente pressionasse a tecla, recebia uma injeção letal.

Cabe ressaltar, que atualmente a eutanásia, é um procedimento questionável pela sociedade, devido a gama de informações que hoje estão expostas para que esse método seja empregado (apesar de haver uma grande parte que não concorda com o ato por questões religiosas ou culturais), ainda assim, o Brasil sendo um estado democrático de direito ainda não dispôs um espaço em sua legislação para respaldar o direito a eutanásia aos doentes incuráveis.

Guimarães (*apud* VILLA-BÔAS, 2011, p.139), possui um pensamento a ser observado, diante do livro de Marcello Guimarães, o qual se sente indignado sobre a eutanásia ser tratada como crime, uma pessoa ser submetida a conviver com angústia da sua doença incurável dia após dia:

Despreparados para a questão, passamos a praticar uma medicina que subestima o conforto do enfermo com doença incurável em fase terminal, impondo-lhe longa e sofrida agonia. Adiamos a morte às custas de insensato e prolongado sofrimento para o doente e sua família. A terminalidade da vida é condição diagnosticada pelo médico diante do enfermo com doença grave e incurável; portanto, entende-se que existe uma doença em fase terminal, e não um doente terminal. Nesse caso, a prioridade passa a ser a pessoa doente e não mais o tratamento da doença. As evidências parecem demonstrar que esquecemos o ensinamento clássico que reconhece como função do médico “curar às vezes, aliviar muito frequentemente e confortar sempre”. Deixamos de cuidar da pessoa doente nos empenhamos em tratar a doença da pessoa, desconhecendo que nossa missão primordial deve ser a busca do bem-estar físico e emocional do enfermo, já que todo ser humano sempre será uma complexa realidade biopsicossocial e espiritual. (GUIMARÃES *apud* VILLA-BÔAS, 2011, p.139),

Diante do exposto acima, vale mencionar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assegura a todos os cidadãos brasileiros o direito à vida, como direito fundamental, previsto no artigo 5º, caput (BRASIL, 1988). Embora, o direito à vida assegura aos indivíduos uma proteção maior sobre o bem jurídico, deve-se ter que a vida está diretamente ligada à saúde, onde não há saúde e se tenha sofrimento não há razão de prolongar o sofrimento do paciente.

Noutro giro, a expressão ortotanásia advém também do grego, formada pela junção de *orthos* (correto) e *thánatos* (morte), ou seja, seria a morte correta ou a morte em seu tempo certo. A ortotanásia, assim como a eutanásia é uma forma que o enfermo pode utilizar para fazer cessar sua vida, assim como todo procedimento utilizado para morrer, a ortotanásia é um método receoso por várias pessoas, mas diferente dos outros, este, é regulamentado no Brasil.

A Resolução número 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina, rege a ortotanásia. Está regulamentada nessa resolução a possibilidade do médico, limitar, suspender ou cessar tratamentos que estejam sendo inúteis para o paciente, afim, apenas de prolongar a vida do doente em fase terminal que possui doença incurável. Logo, a Resolução N° 1805/2006, dispõe:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal (CFM, 2006).

Dito isso, esse é um fator determinante para que a ortotanásia se diferencie dos outros métodos, pois é o único procedimento para pôr fim a vida de maneira indireta considerado lícito e regulamentado no Brasil, mesmo que não seja regulamentado pela Constituição Federal, é aceito e assegurado às pessoas.

Segundo a Sentença proferida pela 14° Vara Federal/DF (2010, p. 4), dispõe que:

No meio das duas espécies, figura a ortotanásia, que significa a morte “no tempo certo”, conceito derivado do grego “*orthos*” (regular, ordinário). Em termos práticos, considera-se ortotanásia a conduta omissiva do médico, frente a paciente com doença incurável, com prognóstico de morte iminente e inevitável ou em estado clínico irreversível. Neste caso, em vez de utilizar-se de meios extraordinários para prolongar o estado de morte já instalado no paciente (que seria a *distanásia*), o médico deixa de intervir no desenvolvimento natural e inevitável da morte. Tal conduta é considerada ética, sempre que a decisão do médico for precedida do consentimento informado do próprio paciente ou de sua família, quando impossível for a manifestação do doente. Tal decisão deve levar em conta não apenas a segurança no prognóstico de morte iminente e inevitável, mas também o custo-benefício da adoção de procedimentos extraordinários que redundem em intenso sofrimento, em face da impossibilidade de cura ou vida plena.

Ao potencializar o estudo sobre o tema da ortotanásia, como visto acima, observa-se que esse processo não abrevia e nem prolonga a morte do enfermo incurável, em outras palavras, a ortotanásia ocorre quando os médicos observam que a medicação que retarda a morte do paciente já não é mais eficaz, diante disso, cessam a medicação do paciente terminal, não prolongando sua vida à base de medicamentos, mas também, não usa qualquer método ou medicamento para induzir que a morte desse paciente seja mais rápida. Guimarães (2011, p. 132), diz sobre esse método:

Como já explicitado, se há estado terminal de doente, acometido de mal grave e profundo sofrimento, e as medidas médicas aplicadas são sabidamente inócuas, causando adiamento desnecessário da morte, que de pronto ocorreria, a omissão médica caracteriza ortotanásia. Se o caso é similar, havendo, no entanto, manobras médicas utilizáveis que não alongam de modo artificial a vida, mas ao mesmo tempo, se usadas, prolongam inutilmente o sofrimento do doente terminal irreversível, pois há mais algum tempo de vida até o seu natural fim, a omissão dessas manobras, antecipando o momento naturalmente da morte, consistiria em eutanásia passiva.

Villas-Bôas (2008, p.69), reflete sobre os cuidados ao fim da vida:

Os cuidados paliativos, por sua vez, são sempre devidos, pois correspondem à proteção inafastável à dignidade da pessoa, como atitude de respeito pelo ser humano. Por cuidados paliativos entendem-se os cuidados que visam ao conforto do paciente, sem interferir propriamente na evolução da doença e de que são exemplos a analgesia e outras medicações sintomáticas, a higienização, a atenção devida à pessoa e à família naquele momento de dificuldade.

Pessini (2004) expõe que “recentemente passou-se a utilizar este termo por traduzir uma maior sensibilidade ao processo de humanização da morte e alívio das dores, não incorrendo em prolongamentos abusivos com a aplicação de meios geradores de sofrimentos adicionais”.

Compreende-se pelo trecho acima, que o processo da ortotanásia é visto como um processo mais humanizado, de forma que o enfermo não tenha seu processo final prolongado.

A distanásia assim como os processos citados anteriormente, é uma palavra de origem grega, formada pela junção da palavra dys (ato defeituoso/errado) e a palavra thánatos (morte), ou seja, pensando no sentido literal da junção significaria a morte errada, e em síntese realmente quer dizer isso, a distanásia é o processo de prolongamento exagerado da agonia, sofrimento e morte de um paciente.

A fim da vida não é tão bem aceita no âmbito da medicina, por isso tamanha relutância dos profissionais em deixarem seus pacientes apenas terminar sua vida de forma plena, sem que eles retardem o processo. Sobre essa questão, Pessini (2009, p. 2) expõe que:

À primeira vista, poderíamos ingenuamente pensar que a morte nas mãos da moderna tecnologia médica seria um evento menos sofrido, mais benigno, enfim mais digno do que o foi na antiguidade. [...]este conhecimento não tornou a morte um evento digno. O conhecimento biológico e as destrezas tecnológicas serviram para tornar nosso morrer mais problemático; difícil de prever, mais difícil ainda de lidar, fonte de complicados dilemas éticos e escolhas difícilísimas, geradoras de angústia, ambivalência e incertezas(...) A medicina não pode afastar a morte indefinidamente. A morte finalmente acaba chegando e vencendo. Quando a terapia médica não consegue mais atingir os objetivos de preservar a saúde ou aliviar o sofrimento, novos tratamentos tornam-se uma futilidade ou peso. Surge então a obrigação moral de parar o que é medicamente inútil e intensificar os esforços no sentido de amenizar o desconforto do morrer.

Afim de comparar o processo de distanásia com os demais processos, percebe-se, logo de início a sua diferenciação dos dois tópicos anteriormente expostos, visto que a distanásia é um processo que visa salvar a vida do paciente terminal, ou seja, há um prolongamento da vida do enfermo incurável, o que pode gerar grande transtorno para o paciente e sua família, além de causar grande sofrimento. Sobre isso, Robatto (2008, p.41), conceitua:

Distanásia vem a ser o prolongamento exagerado do processo de morrer de um paciente. O termo ao mesmo tempo pode ser empregado como sinônimo de tratamento inútil, fútil. Trata-se de atividade médica que visando salvar a vida do paciente terminal submete-o a grande sofrimento. Nessa conduta não se prolonga a vida propriamente dita, mas o processo de morrer.

Robatto (2008, p.41), utiliza-se da expressão “Nessa conduta não se prolonga a

vida propriamente dita, mas o processo de morrer”, essa frase é um ponto a ser frisado, pois ao pela perspectiva do enfermo percebe-se o quanto é invasivo tomar a decisão de deixar alguém que não tem esperança à vida, ficar sofrendo, prolongando seu decesso, diante de uma situação impróspera. Maria Helena Diniz (*apud* HENRIQUE PRATA, 2017, p.152), ainda traz:

Em razão da possibilidade de o processo de morrer ser prolongado além do necessário e tornar-se mais nocivo que o mal a curar, Maria Helena Diniz critica o que chama de idolatria à vida, à luta a todo custo contra a morte, que submete o paciente a uma parafernália tecnológica e questiona: “Deve-se insistir num tratamento inútil, que leva à morte lenta com muito sofrimento na UTI, sacrificando a dignidade humana?”

Portanto, a distanásia talvez seja pouco conhecida, sendo possível até questionar que esteja numa realidade distante do que as pessoas vivem. O procedimento que utiliza da distanásia é o mais próximo e mais presente na vida das pessoas, também muito utilizado nos hospitais modernos.

Acerca da eutanásia voluntária, primeiramente, cita-se Luper (2010, p.171-201), que diz que há momentos que pôr fim a vida pode ser condenável e momentos que pode ser tolerável:

Para tornar a investigação administrável, precisarei refinar um pouco a questão. [...] A presença de algumas características pode sugerir fortes indícios de que a ação é condenável, porém, outras podem indicar o contrário. [...] Em outras palavras, uma ação pode ter características condenáveis, embora, considerando-se tudo que está em jogo, não seja errada. Quando tem uma característica condenável, é um erro *prima facie*. Em vez de perguntar por que matar é errado, perguntarei quais características tornam o ato de matar um erro *prima facie*. [...] A Explicação do Dano afirma que a ilicitude de matar é uma questão do mal ao indivíduo que morre; a Explicação do Consentimento afirma que é uma questão de incapacidade de o indivíduo consentir; e a melhor versão da Explicação do Valor do Sujeito, a Explicação do Valor Superior do Sujeito, explica por que matar é errado em termos do valor intrínseco do sujeito destruído. [...] Contudo, a melhor análise é uma quarta tese: a Explicação Combinada de Dano e Consentimento, segundo a qual matar pessoas competentes é diretamente errado apenas quando elas não fizeram uma opção consciente para ser mortas e matar pessoas incompetentes é diretamente errado apenas se as prejudica e na medida em que o faz.

Dito isso, percebe-se que Luper menciona que o ato de matar pessoas é condenável apenas quando não foi uma decisão consciente da pessoa.

Mill, em seu livro *Utilitarismo* (2000, p. 187), diz que “prazer é ausência de dor”, desta forma, concluindo que um indivíduo com dor é um indivíduo infeliz, em contrapartida, um ser humano sem dor ou que possa findar-se de sua dor/sofrimento é um ser humano feliz, partindo desse pressuposto, Mill defende a eutanásia voluntária/ativa, pois um indivíduo sem perspectiva de vida e vivendo seu sofrimento dia após dia, nada trará mais felicidade para sua vida do que a conclusão do seu desejo de antecipar sua morte e acabar com sua dor.

Mill (2000, p. 193), indaga o poder que a legislação brasileira tem de ditar o que é ou não prazer e felicidade para uma pessoa e até quando a pessoa tem que viver mesmo sem os magistrados possuir qualquer entendimento sobre a situação e sentimento que o enfermo está acometido:

Que meios existem para determinar qual de duas dores é a mais aguda, ou qual a mais intensa de duas sensações prazerosas, senão o sufrágio universal dos que conhecem as duas sensações? Nem as dores nem os prazeres são homogêneos entre si, e a dor e o prazer são sempre heterogêneos. O que pode decidir se um prazer específico merece ser comprado ao preço de uma dor específica, salvo os sentimentos e julgamentos dos que o experimentaram? Portanto, quando esses sentimentos e julgamentos declaram que os prazeres derivados das faculdades superiores são preferíveis em espécie – abstraindo a questão da intensidade – aos prazeres de que é suscetível a natureza animal, isolada das faculdades superiores, eles têm direito, nesse assunto, à mesma atenção.

Nesse trecho é exposto que não é possível uma pessoa que não passa pela situação de dores e sofrimentos absurdos, questionar o que é necessário ou não para a vida desse doente. Ademais, Donner & Fumerton (2011, p. 95-100), dizem:

A individualidade implica desenvolver uma identidade que seja autêntica para a pessoa e a autonomia é claramente essencial para esse projeto. Ser autônomo é ser autodeterminado e livre da vontade dominadora dos outros. [...] A autonomia e a individualidade unem-se para criar uma vida nossa, que seja autêntica em relação ao nosso carácter e sentimentos. Podemos muito bem ser considerados os autores da nossa própria vida desde que isso seja entendido como um processo [...] de compromisso prévio com outras pessoas, no qual existem elementos dialogais e reflexivos. [...]

O posicionamento desses dois acadêmicos que tem notoriedade no meio do estudo da eutanásia e procedimentos advindos desse, contribui para ser refletido superficialmente sobre as atitudes de familiares que interferem nesse processo do paciente, se realmente houver essa interferência na vontade do outro, pelo exposto acima, é competente pensar que a autonomia e a individualidade desse doente estaria sendo anulada.

A eutanásia voluntária ocorre quando a morte é realizada/provocada pela da vontade do enfermo, isto é, o doente possui total autonomia da sua vontade e procura meios para que consiga realizar esse desejo com eficácia.

Com relação a eutanásia não-voluntária, visto que é uma situação delicada a ser tratada, ainda no Brasil, os familiares dos doentes incuráveis ficam em situação vulnerável para decidir sobre a vida daquele que está inconsciente, pois o judiciário brasileiro não aprova em seu ordenamento jurídico métodos como esse, que vai em contramão à vida. Contudo, a partir da evolução das leis de ética médica, isso se tornou possível, visto que, aquele paciente vegetativo não possui mais perspectiva e não tem alguma possibilidade de dar seu consentimento para aprovar ou não esse processo.

Singer (2002), defende que a família tem o direito de tomar decisões quando os indivíduos são; crianças que acabaram de nascer com alguma doença irreversível que limita sua vida a um tempo determinado e ainda não dotados de consciência e adultos em estágio vegetativo terminal:

[...] Só uma pessoa pode desejar continuar a viver, ou ter planos para o futuro, porque só uma pessoa pode até mesmo entender a possibilidade de uma existência futura para si mesma. Isso significa que pôr um fim às vidas das pessoas, contra o desejo delas, é diferente de pôr um fim à vida de seres que não são pessoas. De fato, em sentido estrito, no caso dos que não são pessoas não podemos falar de eliminar suas vidas contra sua vontade, ou segundo suas vontades, porque tais seres não são capazes de ter uma vontade no tocante a essa questão. (SINGER, 2002, p. 271)

Nesses casos, como visto no trecho mencionado, o sofrimento é vivido apenas pela família, junto com a certeza que jamais terá aquela pessoa ao lado, com saúde e vida para partilhar momentos.

Engelhardt (1998, p.308) corrobora com o argumento utilizado por Peter Singer:

Não se pode afirmar que os fetos sejam pessoas, no sentido estrito de serem agentes morais. Na verdade, não existe sequer evidências para afirmar que os bebês sejam pessoas no sentido estrito. Seja qual for o tipo de vida mental que existe para os fetos e os bebês, não é a mesma dos agentes morais autoconscientes, de maneira que a condição moral dos mamíferos adultos, *ceterisparibus*, seria mais elevada que a dos fetos ou bebês humanos.

Observa-se em ambos os trechos apresentado acima, que os filósofos não consideram o humano que não possui consciência como pessoa, afirmando que uma pessoa sem consciência não possui vontades ou escolhas, a partir disso, cria sua tese que a família que participa de toda essa angústia e sofrimento possa determinar a vida desse doente que não consegue mais se expressar.

O suicídio assistido, não tem comparação ou semelhança com qualquer outro tipo de suicídio, ele é um método inteiramente cauteloso como será exposto e explicado neste tópico.

Há um trecho na Sagrada Congregação para Doutrina da Fé (1980, s/p) que expõe:

Ninguém pode atentar contra a vida de um homem inocente, sem com isso se opor ao amor de Deus para com ele, sem violar um direito fundamental que não se pode perder nem alienar, sem cometer um crime de extrema gravidade. Todos os homens têm o dever de conformar a sua vida com a vontade do Criador. A vida é lhes confiada como um bem que devem fazer frutificar já neste mundo, mas só encontrará perfeição plena na vida eterna. A morte voluntária ou suicídio, portanto, é tão inaceitável como o homicídio: porque tal ato da parte do homem constitui uma recusa da soberania de Deus e do seu desígnio de amor. Além disto, o suicídio é, muitas vezes, rejeição do amor para consigo mesmo, negação da aspiração natural à vida, abdicação frente às obrigações de justiça e caridade para com o próximo, para com as várias comunidades e para com todo o corpo social – se bem que por vezes, como se sabe, intervenham condições psicológicas que podem atenuar ou mesmo suprimir por completo a responsabilidade.

Esse trecho expõe uma rejeição a qualquer tipo de suicídio, comparando o suicídio com crime, entretanto diferentemente dos outros tipos de suicídios que há no ato uma pessoa saudável com problemas emocionais ou alguma outra dificuldade, o suicídio assistido é uma prática realizada por um enfermo sem expectativa de vida, que realiza esse procedimento de forma pensada e calculada. Pohier (1998, p.175), argumenta:

O suicídio inscreve-se numa relação continuada entre doente e médico, os quais tiveram ensejo de conversar demoradamente e repetidas vezes sobre o assunto, e de verificar juntos que se trata de um pedido refletido, lúcido e persistente. Ele é praticado muitas vezes no domicílio do que numa instituição, e quem nele participa são mais os clínicos gerais do que os especialistas. Estes médicos não estão “especializados” no suicídio assistido, do mesmo modo que o não estão na eutanásia voluntária.

Encontra-se no suicídio assistido uma semelhança e até uma confusão com o procedimento da eutanásia, ocorre que há um detalhe pequeno que diferencia esses dois processos.

Durkheim em seu livro *O Suicídio* (2013, p. 103) diz que suicídio é “todo o caso de morte que resulta, direta ou indiretamente, de um ato, positivo ou negativo, executado pela própria vítima, e que ela sabia que deveria produzir esse resultado”.

Portanto, como a própria expressão já evidencia, o suicídio assistido, é um ato praticado pelo próprio doente. É importante mencionar, que há terceiros no processo, os quais são os médicos, mas estes ficam apenas responsáveis por dar a dosagem correta do medicamento para o paciente se automedicar e realizar o seu óbito.

A expressão “suicídio assistido” foi criada por um médico chamado, Jack Kervokian, o qual é a favor desse procedimento e criou até uma máquina cuja intenção é dar mais liberdade para o doente nesse momento tão delicado. Kovács (2003, p. 150) aprofundando sobre a eutanásia e o suicídio observou em um desses estudos detalhes sobre a máquina “piedosa” do médico Kervokian (s.d):

Kervokian desenvolveu o *mercitron*, uma máquina que provoca suicídios “piedosos” (*merciful*), segundo suas palavras. A máquina tem três seringas e uma agulha com um dispositivo para ser acionado; na primeira seringa existe uma solução salina, cuja função é deixar uma veia aberta; na segunda, um poderoso relaxante muscular, que pode ser manipulado pelo paciente, quando este quiser iniciar o processo; e na terceira, cloridato de potássio, que provoca parada cardíaca imediata. Quando o paciente aciona a segunda seringa, imediatamente inicia o processo de sua morte. Este é o exemplo clássico de suicídio assistido porque, de alguma forma, implica na vontade e ação do paciente, configurando o que Kervokian chama de *medicídio*, a morte planejada.

O filme de romance “Como eu era antes de você” lançado em 2016, demonstra de forma bem esclarecedora e sutil como acontece essa decisão do doente em realizar o procedimento, suas perspectivas e também como a família lida com essa decisão. Por um lado, observa-se uma pessoa que se vê limitada para o resto da sua vida sem possibilidade de reverter sua enfermidade e que não se sente mais parte da sociedade, realizando a sua vontade de não sentir mais dor e angústia. Do outro lado, observa-se uma família e uma namorada, incrédulos da vontade do doente, que sofrem com essa decisão e por mais que aceitam não compreendem esse desejo.

Diante toda essa situação exposta acima, em face dessa circunstância, pode-se argumentar que o suicídio assistido é visto pela sociedade como um tabu. Se as pessoas sabem que a morte é o fim de toda vida humana e não estão preparados para lidar com a morte no tempo opcional do doente que já possui um prazo determinado para morrer, talvez não possa aceitar a própria morte ou uma morte inesperada.

É compreensível, que nesse tipo de procedimento, a decisão é tomada de maneira racional pelo enfermo, diante do fato, de não possuir mais esperança em sua vida e olhar a morte como o único alívio e descanso para todo esse caos interno.

PACIENTE TERMINAL, O SENTIMENTO DE IMPOTÊNCIA E O OLHAR DA PSICANÁLISE SOBRE ESTES CASOS

A presente seção tem como finalidade arguir sobre o doente que está acometido por doença terminal, seu sentimento, sua percepção diante tal situação e tudo que acarreta em sua vida.

Ademais, ainda será exposto o estudo da psicanálise sobre estes casos, o qual vem configurar uma ótica distinta de tudo que já foi mencionado anteriormente. Por fim, esta seção estará destinada a expor a perspectiva de um doente incurável e sua ótica sobre a eutanásia.

Os princípios constitucionais asseguram a proteção da figura do ser humano, sendo assim livre independente de incumbências. Posto isso, elucida Tavares (2020, p. 558) que:

[...] a dignidade do Homem não abarca tão somente a questão de o Homem não poder ser um instrumento, mas também, em decorrência desse fato, de o Homem ser capaz de escolher seu próprio caminho, efetuar suas próprias decisões, sem que haja interferência direta de terceiros em seu pensar e decidir.

Nesse sentido, a dignidade é a autodeterminação da própria vontade do indivíduo em relação às suas escolhas, sejam elas as melhores ou piores decisões. Assim sendo, trata-se da ideia que reconhece aos seres humanos um status diferenciado na natureza, um valor intrínseco e a titularidade de direitos independentemente de atribuição por qualquer ordem jurídica (BARCELLOS, 2019).

A individualidade das pessoas vai de encontro à autonomia do seu corpo e da sua liberdade, de modo que nunca será perdida. No mesmo sentido a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 aduz em seu corpo normativo que todos os seres humanos nascem livres e com igualdade de direitos e em dignidade, pois são dotados de razão e também de consciência, devendo agir em sociedade sempre em espírito de fraternidade. Nesse sentido, Sarmiento (2016, p. 104) esclarece:

Não se admitem restrições relativas a fatores de gênero, idade, cor, orientação sexual, nacionalidade, deficiência, capacidade intelectual ou qualquer outro. E ninguém se despe de dignidade humana, ainda que cometa crimes gravíssimos, que pratique os atos mais abomináveis. O homicida e o torturador têm o mesmo valor intrínseco que o herói e que o santo. A dignidade humana, que não é concedida por ninguém, não pode ser retirada pelo Estado ou pela sociedade, em nenhuma situação. Ela é inerente à personalidade humana e, portanto, embora possa ser violada e ofendida pela ação do Estado ou de particulares, jamais será perdida pelo seu titular.

Diante dos fatos explícitos, a prática da eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro é vista como um crime penal que viola os princípios previstos pela CRFB/88. À vista disso, averiguaremos os países onde este procedimento encontra respaldo na lei. Vale salientar que no Brasil, o profissional da saúde deve oferecer todos os meios de tratamentos que prolongue a vida e o bem-estar do paciente até a sua morte (BRASIL, 2006).

Entretanto, a prática da eutanásia nos países se diferencia sobre as leis e critérios aplicados em cada um. A Holanda, por exemplo, foi o primeiro país a legalizar a eutanásia, deixando de ser punível desde o ano de 2002, sob específicas condições definidas em lei. Segundo, Leite (2018, p. 268):

Devemos ressaltar, desde logo, que referida lei afasta a incidência dos dispositivos penais da legislação holandesa sobre o tema, que não foram revogados, desde que os fatos se enquadrem de forma estrita ao que ela dispõe, pois, do contrário, as condutas serão tipificadas em consonância à legislação penal. Portanto, o regime desta lei foi estabelecido em consonância aos artigos 293 (sobre o homicídio a pedido da vítima) e 294 (sobre o suicídio assistido) do Código Penal holandês.

Já a Suíça não possui uma legislação específica. Todavia, de acordo com o artigo 115 do Código Penal de 1918 a prática é possível quando é realizada por motivos não egoístas, por exemplo, receber uma herança (LEITE, 2018).

Ademais, não apenas a Bélgica legalizou a eutanásia conforme a lei de 28 de maio de 2002. Logo, foi alterada pela lei de 28 de fevereiro de 2014 onde foi permitida a eutanásia sem limite de idade. Segundo a lei imposta, a vítima tem que ser portadora de uma doença incurável e com discernimento do que irá fazer, pois será de responsabilidade do médico que o avalia. Sob essa perspectiva, elucida-se o seguinte:

Um dos aspetos mais polémicos do regime belga surge com a lei de 2014 que, modificando a de 2002, passou a permitir a prática da eutanásia também em relação a menores de qualquer idade, com capacidade de discernimento e vítimas de uma doença incurável, sendo necessária a autorização do doente e dos seus representantes legais. O que tem sido bastante debatido no país é a questão de como definir se a criança tem discernimento ou não, apesar de o texto legal impor a avaliação do médico responsável e também de um psiquiatra infantil para atestar a maturidade do paciente (MANUEL PINTO; CUNHA, 2016, p. 18).

Por certo, a legalização da eutanásia nos países vem causando grandes polémicas referentes à liberdade de opinião. Desfrutar de predileção da morte digna e ter sua opção respeitada é pauta de discussões, uma vez que envolve a vida do ser humano, e para alguns a vida possui um valor divino.

EUTANÁSIA PARA PACIENTES EM ESTADO TERMINAL

Faz-se necessário uma abordagem da eutanásia diante da sociedade brasileira embasada na Constituição Federal com auxílio do Código Penal. No Brasil a eutanásia é vista como algo tenebroso em que de nenhuma forma deve ser praticada em pacientes terminais. Vale salientar que na sociedade brasileira existem opiniões favoráveis e contrárias sobre a prática da mesma, ou seja, uns defendem o direito de escolher o próprio rumo diante de uma doença sem cura, ao passo que outras vão contra. Nesse sentido, Backx e Motta (2013, s/p):

Todos possuem direito a uma vida digna, sendo que ficar em estado vegetativo é justamente uma situação antagônica, reservando-se aos pacientes a faculdade de determinarem o futuro. O artigo 5º, III, da Constituição Federal, também aduz que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante. O artigo 15 do Código Civil, expressa que ninguém pode ser constrangido a submeter-se com risco de morte, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, o que autoriza o paciente a se recusar a participar de certos procedimentos.

Diante desse fato, com base na CRFB/88 e o Código Civil percebe-se que o paciente tem o direito de escolher o tipo de tratamento que ele deseja desde que não lhe cause mais sofrimento (BRASIL, 1988-2002). Assim, fica clara a necessidade da existência de uma lei que permita o paciente, ou ao responsável, escolher se quer continuar ou não convivendo com os sofrimentos causados pela doença. Em contrapartida, há os que defendem que a vida possui significado espiritual onde não se trata de um objeto que pode ser descartado a qualquer momento, assim indagam Backx e Motta (2013, s/p):

O sofrimento não é causa para a morte, pois se assim fosse, seriam exterminados também os miseráveis, mendigos e possuidores de graves problemas físico-mentais, tornando-se um nazismo social, político econômicos e afins. Nesse sentido, ficar doente será motivo de extermínio, assim como ser pobre e desprovido de assistência, ou, permitir a exclusão daqueles que causam problemas ao Estado, da mesma forma que se matavam os índios na época colonial.

Contudo, os avanços tecnológicos da medicina têm impactado em pontos positivos nos tratamentos de doenças graves. No entanto, ainda assim, esse avanço na busca da cura enfrenta vários desafios com a finalidade de flexibilizar o bem-estar do enfermo em fase terminal, ou seja, grande parte dos leitos dos hospitais são ocupados por pacientes terminais (MOTTA; BACKX, 2013).

Vale ressaltar, que há um projeto de Lei apresentado na câmara no ano de 2007, na qual se discute a mudança da pena para quem praticar ou induzir a prática de eutanásia. O autor da mudança da pena, “acrescenta parágrafo ao art. 122 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e inciso ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990”, porém não foi tramitado (BRASIL, 2007, p.1).

Ademais, não há nenhuma pauta abordando uma possível liberação da mesma para aqueles que desejam colocar fim ao sofrimento enfrentado devido às doenças degenerativas que não possuem cura. Por consequência, os mesmos vivem à mercê de remédios para aliviar as possíveis dores, aparelhos respiratórios e em alguns casos, aqueles que vivem presos em uma cama esperando por sua eventual morte (BRASIL, 2007).

Portanto, a aprovação da eutanásia no Brasil está longe de ser aceita e muito menos aprovada, pois na visão do Deputado Talmir, não tem condições de responder por si e por isso é “dever do Estado, garantir a todos, antes de qualquer coisa, o direito à vida, obrigação que se impõe mais ainda quando os sujeitos do direito são indefesos, sem condições próprias para reagirem” (BRASIL, 2007, p. 2).

Indubitavelmente, nessa mesma linha:

Os doentes e os idosos devem ser merecedores de proteção especial, dada a sua condição de fragilidade. No entanto há quem defenda a prática da eutanásia com relação a estas pessoas desprotegidas. Além de não possuírem condições de defesa, encontram-se psicologicamente fragilizadas pela debilidade física ou pela doença. Assim, é possível, a adoção da eutanásia nessas pessoas, levadas pelo sofrimento, perdem o instinto inato de preservação e sobrevivência, ficando vulneráveis fisicamente e psicologicamente, em face do seu estado de debilidade física e mental (BRASIL, 2007, p. 2).

Nesse sentido, é evidente a inexistência de projetos com a finalidade de anuência a autonomia da vontade segundo direito à vida. Ademais, a forma como a prática da eutanásia é adotada se diferencia em cada país. Por exemplo, na Suíça existe uma máquina criada em forma de cápsula com a função oferecer uma morte rápida sem dor. Entretanto, a Suíça, já pratica o suicídio assistido no qual mais de 1.300 pessoas decidiram pela eutanásia (NITSCHKE, 2021).

Todavia, fica evidente que a aprovação da prática de eutanásia na sociedade brasileira está longe de ser discutida e formalizada legalmente no país. Nos contextos doutrinários os princípios são entendidos como base norteadora das normas jurídicas, isto é, componentes do direito composto por experiência jurídica.

À vista disso, entende-se que esse princípio na sociedade brasileira é intocável no que diz respeito à extinção da vida através da prática da eutanásia ou não. Visto que a existência merece ser celebrada conforme um projeto de Lei em homenagem ao direito à vida:

A vida de uma nova pessoa é um bem de toda a humanidade. É a própria humanidade de se reinaugurando. É esperança. É promessa. É vida. Simplesmente. Não fosse o cuidado e proteção dos direitos do nascituro, nós não estaríamos aqui. Portanto, a vida não pode ser tratada indistintamente como um objeto, como algo que se possa para dela abusar (GARCIA *et al.*, 2020, p.1).

Nessa mesma análise ambos indagam que:

[...] temas como a liberalização da eutanásia e do suicídio assistido clama por atenção e urgência. Neste ano de 2020, o Parlamento português acatou cinco projetos de lei que propõem a descriminalização da eutanásia e o suicídio assistido no país. Por meio dessas práticas, pessoas gravemente doentes podem escolher colocar fim às suas vidas. Entidades médicas de Portugal, como a Ordem dos Médicos e a Ordem dos Enfermeiros, já se manifestaram sobre o tema e deram pareceres desfavoráveis à legalização da morte assistida com base em argumentos éticos. Para elas, o governo deveria, antes de discutir a eutanásia, investir numa rede de cuidados paliativos a pacientes terminais (GARCIA *et al.*, 2020, p.4).

Desta maneira, a eutanásia sempre será vista como um obstáculo entre a dignidade da pessoa humana e o direito de escolha. Conforme a Constituição Federal o cidadão é livre para fazer suas escolhas, contudo o mesmo não tem direito de determinar a permanência da vida ou pôr fim a sua existência. Sendo assim, ao tratar de eutanásia no Brasil entende-se que ela está infringindo os princípios jurídicos brasileiros (BRASIL, 1988).

Categoricamente, no que concerne ao câncer terminal no Brasil, o método plausível sempre será oferecer ao paciente todos os tratamentos eficazes com a finalidade de esperar a morte natural. Na CRFB/88 está expressa a vedação à tortura, todavia o paciente em estado de padecimento advindo do avanço do diagnóstico ou até mesmo pela forma de tratamento, não se configurará como tortura (BRASIL, 1988).

Por conseguinte, é evidente que a CRFB/88, de certo modo interfere no direito de escolha do cidadão, uma vez que, mesmo o paciente desacreditado clinicamente da vida ele não tem o direito de dispor da sua existência. Não obstante, vale salientar que não somente o CRFB/88, mas também as questões religiosas influenciam sobremaneira o posicionamento contra o procedimento da eutanásia, uma vez que o Brasil é um país de alta religiosidade em que a crença deve ser respeitada. Desse modo, percebe-se que na sociedade brasileira a vida é entendida como um presente divino e que ao tentar tirá-la o indivíduo estará praticando crime contra as normas constitucionais. No entanto, há uma interferência no direito e bem-estar da pessoa humana, pois o paciente oncológico é acometido por vários desconfortos, sejam físicos ou moral, diante daquela patologia vivida e que, inclusive, podendo se estender por anos. Dessa forma Santos (2019, p. 36) preleciona que:

O direito à vida, garantido na forma da lei pela Constituição Brasileira, não pode receber interpretação deturpada que permita desta forma a retirada da soberania do indivíduo de tomar decisões no que compete à própria vida. Negar esta possibilidade a pacientes acometidos por enfermidades incuráveis em estágios terminais de sua patologia lhes tira o direito à dignidade e bem-estar da pessoa humana. Por diversas vezes estes pacientes são vítimas de sofrimentos excruciantes que podem durar anos, nos quais lhe são negados uma vivência plena.

Assim, ao comparar o Brasil com os demais países citados, percebe-se que o mesmo não possui postura nem estrutura positiva em relação à eutanásia, mas sim punitiva. Nesse viés, a CRFB/88 e o Código Penal não coadunam com essa prática como forma de bem-estar do enfermo, cujo objetivo maior seria findar o sofrimento causado pela degeneração da doença (BRASIL, 1988).

Portanto, percebe-se que esta problemática engloba vários pontos de suma importância e que é preciso ter uma pauta de estudos e discussões relevantes diante do ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, entende-se que a autonomia da vontade envolve não somente o indivíduo, mas também a sua família, haja vista os casos em que um ente familiar esteja incumbido da responsabilidade de responder pelo paciente, salvo se o mesmo já tenha expressado sua vontade através do testamento vital.

Sendo assim, questiona-se se a eutanásia é a melhor alternativa do paciente, exercendo o seu direito de escolha de ser ouvido e concedido de forma legal, ao invés de suportar todo esse sofrimento até sua morte natural.

Igualmente, a autonomia da vontade tem papel importante, visto que a mesma constitui etimologicamente do conceito histórico, pois permite a liberdade de escolha desde que obedeça aos princípios básicos da vida civil. Desse modo, o do Código Civil esclarece no seu Artigo 1º “Que toda pessoa é dotada de direitos e deveres na prática da vida civil” (BRASIL, 2002). Contextualmente, o princípio da autonomia da vontade tem sua origem vinculada ao iluminismo no século VIII onde a Revolução Francesa pregava que o indivíduo é dotado de direito à liberdade, ou seja, o *liberté* e o *égalité* (SANTOS, 2019).

Por conseguinte, é necessário abordar a autonomia da vontade do paciente e o seu direito de escolha em relação à eutanásia. Assim, é preciso esclarecer que o mesmo terá que obedecer alguns critérios normativos presentes na legislação brasileira, em razão de que no Brasil a prática da eutanásia não é vista de forma positiva, ou seja, para a CRFB/88, a vida é um bem maior e a ninguém é dado o direito de tirá-la (BRASIL, 1988).

Entretanto, vale salientar que existem inúmeras formas de eutanásia, sendo o suicídio assistido, a distanásia e a ortotanásia, ambas com significados diferentes. Categoricamente, a ortotanásia é adotada no Brasil, e permite que o paciente com doença terminal tenha a liberdade de escolher se quer ou não se submeter a determinados tratamentos para prolongar a sua existência, ou se ele prefere esperar a morte natural (COUTINHO, 2015). Diante disso, Coutinho (2015, p.309), explica que:

A ortotanásia apresenta-se como uma sobreposição do naturalismo ao tecnicismo, isso porque através dela o médico dispensa o uso de meios artificiais de prolongamento da vida. Ele ministra apenas cuidados paliativos que amenizam o sofrimento e permitem passar por este processo de forma natural, adotando uma posição humanitária. Consiste basicamente na não adoção de meios terapêuticos extraordinários, que têm como objetivo prolongar a vida de pacientes acometidos de doenças graves e incuráveis, vislumbrando que lhes seja resguardado o direito de viver e morrer dignamente.

Apesar de a autonomia da vontade ter ênfase na liberdade, ela ainda possui pontos frágeis que interferem no poder de escolha do cidadão como, por exemplo, o emprego da eutanásia. Logo, a mesma é malvista em certos países, como no caso do Brasil, onde esta discussão tem dificuldades para ensejar discussões favoráveis, uma vez que se observa uma cultura conservadoramente religiosa. Além disso, para muitos, esse tipo de morte se resume em fracasso, assim como enfatiza Cardin e Nery (2020, p. 101):

A visão atual da sociedade, em relação à morte, não é caracterizada como um processo natural do ciclo da vida, mas, sim, é considerado um fracasso, impotência, sendo, por muitas vezes, evitada, ocultada, mantida em silêncio. A morte necessita, portanto, de uma proteção jurídica, pois o envelhecimento progressivo e gradual da

população, o aumento de registro de doenças característica das idades avançadas e o avanço de tratamentos para pacientes terminais, fazem com que emergjam questões em relação à forma e o momento de morrer.

Portanto, é preciso que no Brasil haja análises profundas e objetivas para que se consolide a prática da eutanásia de forma legal, em que o princípio da dignidade da pessoa humana seja visto de forma basilar aos demais princípios. Desse modo, será possível autorizar a eutanásia como um direito a morte digna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto no decorrer deste artigo, os procedimentos que possuem a finalidade de por fim a vida são diversos, porém somente a ortotanásia possui regulamentação para que possa ser aplicada, porém sem uma norma geral constitucional que assegure tal aplicação é necessária a intervenção da atividade jurisdicional para que a aplicação de tal medida possa ser declarada válida ou não.

As condições psicológicas a que os enfermos terminais com doenças incuráveis estão submetidos impactam em seu bem estar de maneira muito significativa, sendo ela um fator determinante na tomada de decisão quanto os aspectos que dizem respeito a sua vida em geral, podendo refletir em decisões quanto a necessidade ou possibilidade de se por fim a vida por algum meio que se mostre eficaz, mesmo que tal meio não seja legalizado.

Percebe-se que, embora se tenha proposto um projeto para regulamentação desse tipo de medida para por fim a vida tenha sido proposta, o legislador prefere ficar silente quanto a essa questão, seja pelo relevante valor moral, pela comoção que essa discussão poderia trazer e pela provável queda de popularidade caso haja manifestação a esse respeito.

Embora se esteja tratando acerca da possibilidade de o paciente escolher de que forma se dará o fim da vida, a adoção de tal medida pode ser considerada por muitos como uma forma de suicídio, sendo que referida prática será sempre combatida, seja pelo temor em transgredir a legalidade ou mesmo por questões morais, o que é fruto da falta de regulamentação.

Com isso, vê-se que a resolução dessa questão ainda está longe de ter um termo final, de forma que nos dias atuais a prática da eutanásia é vedada pelo ordenamento jurídico, mas que poderá ser regulamentada futuramente, mas que ainda não demonstra um caráter emergencial para referida discussão.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Fabiana, Eutanásia: inviolabilidade do direito à vida? Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí.

BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso: 31 out. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 31 out. 2022.

BACKX, Ana Paula Felipe; MOTTA, Bianca Alonso da. Eutanásia e Conflito de Princípios: Direito à Vida x Dignidade da Pessoa Humana. Revista Universo, v.3, n. 1, 2013.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; NERY, Laís Moraes Gil. A Eutanásia Como Forma de Garantia da Autonomia da Vontade. Revista Direitos Humanos e Democracia, v.8, n. 15, 2020.

COUTINHO, Débora Barbosa. Ortotanásia. Percurso Acadêmico, Belo Horizonte, v. 3, n. 6, p. 305-325, nov. 2013. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/percursoacademico/article/view/6114/8025>. Acesso em: 21 maio 2023.

DINIZ, Maria Helena, O estado atual do biodireito. 3a. ed., São Paulo, Saraiva, 2017.

DONNER, W.; FUMERTON, R. John Stuart Mill. Lisboa: Edições 70, 2011.

Durkheim, Émile. O Suicídio – Estudo de Sociologia. 1ª ed. São Paulo. Edipro, 2013.

ENGELHARDT JR., H. T. Fundamentos da bioética. São Paulo: Loyola, 1998.

GARCIA, Diego *et al.* Projeto De Lei nº 518, de 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01b0egt27dt13i1sghlgcipmlvj12462938.node0?codteor=1862547&filename=PL+518/2020. Acesso em: 02 fev. 2023.

GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. Eutanásia: Novas Considerações Penais. São Paulo Leme: J. H. Mizuno, 2011.

Kovács, M. J. Educação para a morte: Desafio na formação de profissionais de saúde e educação. São Paulo: Casa do Psicólogo.

Lepargneur H. Antropologia do sofrimento. Aparecida: Santuário, 1985.

LUPER, S. A Filosofia da Morte. São Paulo: Madras, 2010.

MANUEL PINTO, José; CUNHA, Teresa Montalvão da. Eutanásia e Suicídio assistido: Legislação Comparada. Coleção Temas, nº 60. Lisboa, 2016.

MILL, J. S. A Liberdade; Utilitarismo. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NITSCHKE, Philipe. Cápsula de Eutanásia é Aprovada em ‘Análise Legal’ na Suíça, Anuncia Fabricante; Previsão é que Uso Comece no Ano que Vem, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/12/06/capsula-de-eutanasia-e-aprovada-em-analiselegal-na-suica-anuncia-fabricante-previsao-e-que-uso-comece-no-ano-que-vem.ghtml>. Acesso em: 01 fev. 2023.

PESSINI L, Barchifontaine CP. Eutanásia: Por que abreviar a vida? In: Problemas atuais de bioética. 7ª ed. São Paulo: Loyola; 2004.

POHIER, Jacques. A morte oportuna: O direito de cada um decidir o fim da sua vida. Tradução: Gemeniano Cascais Franco. 1 ed. Lisboa: Notícias, 1999. p. 185. Título original: La mort opportune.

ROBATTO, Waldo. Eutanásia: sim ou não? Aspectos Bioéticos. Ed. Revista e ampliada. Curitiba: Instituto Memoria, 2008.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana conteúdo, trajetórias e método. Belo Horizonte. 2016.

SANTOS, Igor Souza. A eutanásia no direito penal brasileiro: A Possibilidade da Legalização e Descriminalização da Prática à Luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro. Vitória, 2019.

SILVA, José Afonso da. Direito constitucional positivo. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SINGER, P. Ética Prática. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 18^a ed. São Paulo. Saraiva, 2020.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro. Revista Bioética, Brasília, v. 16, n. 1, p. 61-83, abr. 2008. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3615/361533250006.pdf>.

Educação, direitos e diferenças

Vinícius Garcia Rodrigues de Souza

Mestrando em Educação – UEMS

Orcid: 0000-0002-1321-4660

RESUMO

O objetivo deste estudo é refletir sobre diferenças e vivências de diferentes realidades no aspecto educacional. Por meio de pesquisa bibliográfica em fontes que tratam deste tema, pretende-se demonstrar que o acesso à educação também é um dos aspectos do direito humano fundamental que vem sendo conquistado ao longo dos anos. Concluindo que este é um direito que possibilita ao cidadão meios de abertura para sua auto-construção, além de ampliar sua capacidade de participação nos destinos da sociedade onde vive, portanto, é também um direito social. O direito à educação tem sido considerado como um dos pilares da luta pelo desenvolvimento humano, responsável pela melhoria da qualidade de vida das pessoas. Desse modo, o direito à educação se apresenta também como um direito público social capaz de promover a democratização da sociedade, por isso mesmo, é um direito para todos, além do indivíduo, pois beneficia toda a coletividade, portanto, um dever do Estado. Também foi necessário buscar um breve histórico dos direitos fundamentais e sobre a legislação brasileira que assegura o direito à educação a ser garantido pelo Estado. O estudo trata-se da importância da cidadania para o desenvolvimento do indivíduo, aborda a inclusão escolar, formação da cidadania e as diferenças a serem reconhecidas em meio a uma sociedade excludente. Por fim, são feitas as considerações finais deste estudo.

Palavras-chave: inclusão. cidadania. direitos. diferenças.

INTRODUÇÃO

A educação é fundamental à formação do indivíduo, constituindo até mesmo parte de seu processo de humanização, ou seja, embora a sua condição de pessoa humana lhe seja inata e inalienável, é através do processo educativo que a pessoa se plenifica, pelo desenvolvimento de todas as suas potencialidades. Indiscutível direito de todos, a própria Constituição Federal, ao fixar os objetivos da educação nacional, estabelece o pleno desenvolvimento da pessoa, a preparação para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Como direito de todos, o direito à educação alcança aqueles que, em virtude de alguma readequação para o estudo, necessitam de uma atenção especial do Estado. Neste aspecto será analisado como a educação, exercida sob os princípios da inclusão, contribui para a formação plena da pessoa e, principalmente, de uma sociedade acolhedora. Em um contexto de elevados índices de desigualdades sociais, a afirmação dos direitos humanos ainda enfrenta barreiras estruturais, resquícios de



práticas, políticas e comportamentos perniciosos que projetam em sociedade, uma sensação de uma persistente desigualdade social, que precisa ser combatida para a afirmação dos direitos humanos.

Através desta pesquisa pretende-se demonstrar que o acesso à educação inclusiva é um dos aspectos do direito humano fundamental. Com a finalidade de discutir esse contexto de direitos humanos, realiza-se uma pesquisa bibliográfica, apresentando estudos de docentes e discentes de diversas instituições de ensino superior do país, abordando o saber em relação ao que se trata dos Direitos Humanos: educação como Direito fundamental e social do cidadão. Sendo abordados a evolução histórica dos direitos humanos fundamentais, direitos fundamentais e direitos sociais, direito à educação abordando a importância da cidadania para o desenvolvimento da criança e os conceitos e princípios adotados para crianças, sendo a cidadania como pressuposto essencial para uma vida digna.

Por fim, a importância em discutir a inclusão escolar, superação das desigualdades na construção da cidadania, trazendo apontamentos como o direito fundamental social à educação, inclusão escolar e a formação do indivíduo, sendo o fundamento da cidadania a construção de uma sociedade democrática inclusiva.

DESENVOLVIMENTO

A origem dos direitos individuais do homem pode ser apontado no antigo Egito, no terceiro milênio a.C, onde já existiam algumas proteção do indivíduo em relação ao Estado (MORAES, 2005). A influência religiosa já havia sido propagada com as ideias de Buda 500 a.C. Após isso, surgem, também na Grécia, “vários estudos sobre a necessidade da igualdade e liberdade do homem, destacando as previsões de participação política dos cidadãos e a crença na existência de um direito natural (...) a existência de normas não escritas e imutáveis, superior aos direitos escritos pelo homem” (MORAES, 2005, p. 7).

Entretanto, foi o Direito Romano que estabeleceu mecanismos de interditos, que são estatutos assecuratórios de direitos fundamentais, com vistas a tutelar os direitos individuais de cada um em face do Estado. Lembrando alguns antecedentes formais das declarações de direitos que foram sendo elaborados, destaca-se o “Interdictio de Homine Libero Exhibendo, remoto antecedente do habeas corpus moderno, que o Direito Romano instituiu como proteção jurídica da liberdade (...)”, mas foi no bojo da Idade Média que surgiram os antecedentes mais diretos das declarações de direitos (SILVA, 2003, p. 150-151).

A concepção religiosa do Cristianismo espalha a necessidade de igualdade entre os homens pregando esse direito independente de origem, raça, sexo ou credo, o que “influenciou diretamente a consagração dos direitos fundamentais, enquanto necessários à dignidade da pessoa humana” (MORAES, 2005, p. 7).

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, “em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e estão longe de esgotarem suas possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos” (SILVA, 2003, p. 149).

De acordo com Bobbio (2004), a evolução desses direitos não ocorreu de uma vez por todas, nem de uma só vez. A crescente 'onda de direitos' foi surgindo conforme a exigência dos movimentos sociais que se mobilizavam para garantir mais respeito e dignidade para os homens e foram sendo positivados aos poucos em constituições escritas. Os direitos fundamentais são tradicionalmente classificados pelas doutrinas que tratam do tema do surgimento desses direitos em gerações (ou dimensões), levando-se em conta o momento histórico de seu surgimento e reconhecimento pelos ordenamentos constitucionais (SILVA, 2003).

Silva (2003) afirma que os fundamentos dos direitos foram sendo superados pelo processo histórico das condições econômicas que foram dando forma a novas relações surgidas com o desenvolvimento industrial, fundamentando a origem de outros direitos fundamentais, como os direitos econômicos e sociais. Assim, sobrevieram doutrinas sociais a transformação da sociedade no sentido da realização ampla e concreta desses direitos. O direito à educação surge com o reconhecimento dos direitos de segunda dimensão, dentre os direitos sociais, culturais e econômicos.

O mundo passa por grandes transformações e para viver nesse meio o cidadão precisa ter conhecimento da realidade que o cerca. O conhecimento necessário para exercer a cidadania é dado pela escola formal, tanto para a vida comum quanto para a profissional. Daí surgiu a necessidade da universalização do ensino fundamental em todos os países.

A Constituição Federal de 1988 traz inovações para o tema, o direito à educação é apresentado como um direito social, como se pode verificar no art. 6º: "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

Moraes (2005) comenta que crianças e adolescentes tem o direito de se desenvolver em uma ordem social na qual seus direitos e liberdades possam ser plenamente exercidos. Nesse contexto, a cidadania é pressuposto imprescindível para a consolidação de uma vida que contemple os valores necessários a uma vida em sociedade. A adolescência é um período de vulnerabilidade do caráter e da moral do indivíduo e, para que esses aspectos possam ser concretizados de forma correta, se faz necessário que haja inter-relação entre o adolescente, a família e a sociedade.

Entre os problemas e as violações praticadas contra crianças e adolescentes em todo país, encontra-se: falta de oportunidades educacionais e profissionais, mortes violentas, relações sexuais desprotegidas, HIV/AIDS, trabalho infantil, violência sexual, gravidez precoce (adolescência), uso e abuso de álcool e drogas, conflitos com a lei, criminalidade, *bullying*, agressões nas escolas, mortalidade infantil, abandono etc.

Como resultado de significativos investimentos e da implantação de Políticas públicas mais eficazes, o Brasil registrou importantes avanços na educação nos últimos anos, entretanto programas de prevenção contra o uso de substâncias psicoativas não são representativos na escola, locais onde está concentrado o maior número de crianças e adolescentes. Evidenciou-se um aumento de uso nesta população. Para Bobbio (2004)

o resultado final é que as pessoas estão consumindo cada vez mais. A necessidade de programas de prevenção subsidiada por conhecimento científico e prático pode mostrar ao jovem a diferença que há entre o que dá prazer e o que é saudável.

Cury (2002) enfatiza que o atendimento aos direitos da criança e do adolescente deve ser encarado como prioridade absoluta, devido ao fato de (a) eles não conhecerem suficientemente seus direitos, (b) não terem condições de suprir por si mesmos suas necessidades básicas, (c) serem pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, e, finalmente, (d) possuírem um valor intrínseco (são seres humanos integrais em qualquer fase de seu desenvolvimento) e um valor projetivo (são portadores do futuro de suas famílias, de seus povos e da espécie humana).

Em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana e demais princípios inseridos nas normas constitucionais e ainda de acordo com os parâmetros internacionalmente estabelecidos, a Constituição garantiu as crianças e adolescentes o gozo de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, passando a considerá-los sujeitos de direito.

O tratamento prioritário aplicado à educação reverte também na prevenção de inúmeros problemas sociais. Pessoas mais preparadas contribuem na tomada de decisões mais acertadas visando-o bem comum, demandam menor atenção estatal para problemas como convivência e cuidados para com a saúde. São mais produtivas, possuindo maior poder de empregabilidade e de reinserção no mercado de trabalho em situações de instabilidade econômica.

Conforme a opinião de Almeida (2012) a inclusão escolar parte do princípio de que não se pode deixar ninguém de fora de qualquer etapa do ensino regular. Assim, urge que as escolas desenvolvam um sistema educacional que atenda as necessidades de todos os alunos, cujo foco de trabalho seja o atendimento das necessidades destes. Certamente, não só os alunos portadores de necessidades especiais são atingidos, pois a preocupação é de que todos tenham acesso ao meio escolar, sem exclusão, independente das diferenças de cada ser.

Portanto, se tratando de preparação para a cidadania e inclusão, Nunes e Araújo (2005) acreditam que a escola é o começo de tudo. Se a escola não adequa seus princípios dentro de uma visão inclusiva, princípios estes que nada mais são do que aqueles inerentes a própria democracia, a sociedade inclusiva não se concretiza.

Para Silva (2008) a educação inclusiva é percebida na heterogeneidade que enriquece o grupo, pois possibilita a construção de uma sociedade nova a partir do respeito às diferenças. Não consiste em simples aceitação, mas também na valorização das diferenças que se efetua em um resgate de valores culturais que fortalecerão a identidade individual e coletiva.

Uma educação que tenha por objetivo o preparo para a cidadania não coaduna com a prática de classificar a educação escolar em regular e especial, separando pessoas em agrupamentos de “deficientes” e “não-deficientes”, algo que sabidamente tem contribuído para a distorção e desqualificação de diversas alternativas educacionais. Uma vez que a escola é o ambiente formativo por excelência, esta tem que refletir com fidelidade a vida social fora dela. Assim, se na vivência escolar se ensina a separação dos diferentes, a sociedade logicamente executa lição em seu contexto (ALMEIDA, 2012, p. 126-127).

Em uma educação que prima pelo convívio entre as diferenças, o benefício é de todos os envolvidos. Todos nós aprendemos pela convivência. Tanto a pessoa portadora de necessidade especial perceberá as habilidades da pessoa “normal”, como também esta aprenderá o valor e a capacidade que está presente em todo ser humano, não permitindo que uma deficiência presente em alguém torne sua visão obtusa para as qualidades dessa pessoa. Bobbio (2004) destaca que a soma global dos benefícios ao grupo é maior que a soma dos benefícios individuais: a sociedade cresce, valores se agregam gerando algo maior que a somatória das parcelas.

Oliveira (2001) entende que a educação deve ser ministrada sempre visando o progresso individual de cada um, atendendo às suas particularidades, mas nunca deixando de considerar o contexto social, ou seja, a inclusão de todos em um contexto de cidadania. Em relação à pessoa portadora de necessidades especiais, o processo educativo deve pautar-se nas suas necessidades, não de forma segregadora, mas na mesma classe das pessoas sem deficiência, onde o trabalho inclusivo reflita a tarefa de agregar democraticamente todos os setores fora do processo.

Há também o argumento de que em uma sala heterogênea não se tem o mesmo “rendimento” que em uma sala homogênea, ou seja, em relação aos conteúdos a serem estudados, os alunos mais habilidosos ficariam “prejudicados” por terem que esperar os colegas.

Em uma época em que se valoriza mais a operacionalização do conhecimento que a retenção de conteúdos enciclopédicos, que pouco a pouco delegamos às máquinas, perguntamos: será que há algum prejuízo quando se prioriza a valorização da convivência humana e do respeito mútuo em detrimento da retenção de informações que na prática se mostram obsoletas? Tal indagação nos faz lembrar a lição do ilustre educador Chalita (2001, p. 105) que afirma que “O pleno desenvolvimento da pessoa humana significa o desenvolvimento em todas as suas dimensões, não apenas no aspecto cognitivo ou da mera instrução, mas do ser humano de forma integral”.

A intrínseca relação entre a educação inclusiva e a superação das desigualdades na construção da cidadania evidencia-se na convivência que propicia a integração de todas as pessoas da comunidade, independente das diferenças ou limitações que carregam consigo. Conseqüentemente, os benefícios atingem não só o indivíduo que é valorizado, mas também toda a coletividade, na promoção conjunta de interesses públicos e particulares.

Diante da importância que a educação representa para o ser humano, Comparato (2007) afirma que o acesso a todo e qualquer direito passa pelo direito à educação. E na efetividade deste direito que encontramos o instrumento que possibilita o pleno desenvolvimento da pessoa, abre as portas para o exercício da cidadania, aumenta sua empregabilidade e, conseqüentemente, proporciona ao indivíduo maiores ganhos e possibilidade de uma melhor qualidade de vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A educação é fundamental a todo ser humano, pois disponibiliza os meios para o

pleno desenvolvimento da pessoa, capacitando-a para o convívio social. Nesse contexto, a escola como ambiente formativo privilegiado, deve reproduzir a sociedade que desejamos, ou seja, na superação das desigualdades sociais e consolidação da cidadania.

Quanto mais inclusivo for o ensino, mais inclusiva e igualitária será a sociedade e, conseqüentemente, mais consolidada a democracia. Mais próximos estaremos dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a saber, uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza, marginalização e desigualdades, em busca do bem de todos sem preconceitos ou quaisquer formas de discriminação.

Com intuito de proteger as crianças e adolescentes a exposição a qualquer forma de degradação ou violação de direitos foram criados instrumentos legais voltados à criança e ao adolescente. Atualmente está em vigor a Convenção sobre os Direitos da Criança, da qual o Brasil é signatário. Em razão do comprometimento em cumprir as diretrizes estabelecidas pela Convenção, o país tem se dedicado para efetivação desses direitos. Nessa esteira, tanto a Constituição Federal de 1988 como o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 estabelecem normas de proteção à criança e ao adolescente.

Para que a criança e o adolescente deixem de ser “cidadãos de papel”, com direitos unicamente tutelados nas normas, é preciso possibilitar-lhes maior consciência de seus direitos para a formação de cidadãos críticos, que saibam unir-se a fim de garanti-los.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Roberto de. Direitos humanos em um contexto de desigualdade. Birigui, SP: Boreal, 2012.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 9a Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n. 1/92 a 62/2009. Brasília: Senado Federal. 2010.
- CHALITA, Gabriel Benedito Issaac. Educação: a solução está no afeto. São Paulo: Gente, 2001.
- COMPARATO, Fábio Konder. Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. Cadernos de Pesquisa. São Paulo. Fundação Carlos Chagas, 2002, p. 245 - 262. Disponível em: [HTTP://www.scielo.br/pdf7cp/nl16/14405.pdf](http://www.scielo.br/pdf7cp/nl16/14405.pdf). Acessado em 20/12/2021.
- MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6a ed. São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Romualdo Portela. O direito à educação. In: OLIVEIRA, Romualdo Portela; ADRIÃO, Theresa (orgs.). Gestão, financiamento e direito à educação: análise da LDB e da Constituição Federal. São Paulo: Xamã, 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30 ed. Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 22a Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

Direito educativo e justiça curricular: o programa mais educação para além do direito à educação

Alex Frisselli de Oliveira Motta

Tania Regina Mendonça da Sena Marques

INTRODUÇÃO

O direito educativo e a justiça curricular são importantes para garantir que todos os alunos tenham acesso a uma educação de qualidade. O direito educativo é um conjunto de direitos fundamentais que garantem a todos os alunos e alunas o direito à educação, à liberdade de expressão e à igualdade de oportunidades. Estes direitos incluem o direito ao acesso, à permanência e à educação de qualidade. A justiça curricular é um princípio que visa garantir que todos os alunos e alunas tenham acesso a um currículo equitativo. Para além do direito à Educação, o Programa Mais Educação, foi uma política pública, mobilizadora de ações e reflexões no campo da educação integral e possibilitou a garantia de direitos fundamentais a milhões de alunos e alunas.

DIREITO EDUCATIVO E JUSTIÇA CURRICULAR

Ramírez (2017, p. 54) explica que Direito Educativo é um ramo do Direito Público, não podendo ser confundido com o direito à educação, ou seja, o direito que o indivíduo tem de participar de um processo educativo ou educacional o qual é consagrado como direito humano fundamental.

O Direito à Educação se sustenta dentro dos direitos humanos e está previsto na Declaração Universal dos direitos humanos, subscrito pela Organização das Nações Unidas, corresponde à segunda geração dos Direitos Humanos e é fruto das obrigações substantivas do Estado por meio de seus diferentes poderes.

A segunda geração dos direitos humanos, implicam uma participação mais ativa do Estado e de seus poderes públicos no desenvolvimento dos direitos humanos, são benefícios que o poder público deve garantir, por exemplo: direito ao trabalho; direito a um salário justo e equitativo; direito à greve; direito à segurança social; direito à saúde; direito à moradia; direito à educação, entre outros.

Já a Constituição Brasileira de 1988, no artigo 205 traz que: “A



educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. No Artigo 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Nesse sentido, o currículo escolar deve ser repensado para que sejam oferecidas oportunidades iguais a todos os estudantes, independentemente de suas condições. Para isso, é necessário que sejam consideradas as diferenças individuais, culturais e sociais, bem como as necessidades específicas de cada um e cada uma. Além disso, é importante que o currículo seja flexível o suficiente para se adaptar às mudanças e às necessidades dos estudantes, e que seja construído a partir de uma perspectiva interdisciplinar, que considere as diversas áreas do conhecimento e as suas inter-relações. Por fim, é importante que o currículo escolar seja construído de forma a promover o desenvolvimento integral dos estudantes, considerando não apenas o seu desenvolvimento intelectual, mas também o seu desenvolvimento social, emocional e moral. Dessa forma, o currículo escolar pode contribuir para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, onde todos e todas tenham as mesmas oportunidades de desenvolvimento.

Uma maneira, é buscar na justiça curricular, a possibilidade de mudança no currículo.

A justiça curricular é um dos processos de busca de justiça social, aquela que se faz por meio do currículo escolar valorizando o caráter da construção coletiva deste. Busca seus fundamentos em experiências históricas democráticas significativas de educação escolar. (PONCE E ARAÚJO, 2019, p. 10).

A justiça curricular deve incluir a diversidade de culturas, gêneros, etnias, religiões e outras características que compõem a sociedade. O currículo deve ser desenvolvido de forma a promover o desenvolvimento de habilidades e conhecimentos que sejam relevantes para a vida dos alunos e alunas. Além disso, deve ser desenvolvido de forma a promover a igualdade de oportunidades e a inclusão de todos e todas. No processo de construção da justiça curricular: *“estabelecem-se 3 dimensões a serem definidas e estudadas, a do conhecimento, a da convivência e a do cuidado.”* (PONCE; ARAÚJO, 2019, p. 06).

A dimensão do conhecimento compreende a educação como um meio de buscar a existência digna, e isso significa que os conteúdos curriculares devem ser selecionados considerando essa finalidade. Além disso, a escola precisa promover a convivência democrática e solidária, aceitando e respeitando as diferenças entre os indivíduos e cultivando valores humanitários. Outra dimensão importante é o cuidado com todos os sujeitos do currículo, para que todos e todas tenham acesso pleno a uma educação de qualidade social. Para isso, é preciso investir em políticas públicas que dignifiquem os profissionais da educação, investir em espaços adequados e utilizar os tempos escolares de forma eficiente. E, finalmente, a escola deve promover uma cultura de participação e de formação, para que todos os alunos e alunas possam desenvolver seu potencial e alcançar a existência digna.

O PROGRAMA MAIS EDUCAÇÃO: PARA ALÉM DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Para além do direito à educação, mais que o acesso, devem ser garantidos: a permanência, a equidade e a qualidade da educação.

Uma das primeiras iniciativas de conquista para além do acesso, o Programa Mais Educação, foi criado em 2007, pelo Governo Federal brasileiro e teve como objetivo promover a melhoria da qualidade da educação básica no país. Teve também, como principais metas, a ampliação do tempo de permanência dos alunos e alunas na escola, a melhoria da qualidade do ensino, a redução das desigualdades sociais e a formação de cidadãos conscientes. O Programa Mais Educação ofereceu atividades extracurriculares em diversas áreas, como artes, esportes, informática, línguas estrangeiras, ciências, entre outras. Além das atividades extracurriculares, o programa também ofereceu ações de formação continuada para os professores, a fim de melhorar a qualidade do ensino. O programa também ofereceu bolsas de estudo para alunos de baixa renda, com o objetivo de incentivar a permanência na escola. O Programa Mais Educação foi um dos principais mecanismos para melhorar a qualidade da educação básica no Brasil. Através dele, milhares de alunos e alunas tiveram acesso à essa gama de atividades.

Segundo Barcelos e Moll (2021):

O Programa Mais Educação – PME foi uma política pública do governo federal, implementada no período 2007-2016, mobilizadora de ações e reflexões no campo da educação integral e indutora de perspectivas de reformulações nos currículos escolares, uma vez que atingiu mais de sete milhões de estudantes e 60 mil escolas da rede pública do nosso país.

Ainda segundo Moll, o Programa Mais Educação se empenhou na:

mobilização de 'forças vivas' da educação brasileira e de recursos orçamentários, para construção de práticas pedagógicas [...] na perspectiva da educação integral, tendo como referência as Escola-Parque de Anísio Teixeira e os Centros Integrados de Educação Pública de Darcy Ribeiro (MOLL, 2012, p. 28).

O currículo do Programa buscava promover a construção de uma cultura de aprendizagem, que valorizasse a diversidade, a interdisciplinaridade, a autonomia, a inovação, a criatividade e a responsabilidade social. Para isso, foram desenvolvidas atividades que estimulassem o desenvolvimento de habilidades, competências e conhecimentos interdisciplinares, como a leitura, a escrita, a matemática, a língua estrangeira, a ciência, a tecnologia, a arte, a história, a geografia, a filosofia, a educação física, a educação ambiental, entre outras. Além disso, incluía também atividades que estimulassem o desenvolvimento de habilidades socioemocionais, como a empatia, o autoconhecimento, a autoconfiança, a resiliência, a criatividade, a liderança, entre outras. Essas atividades foram desenvolvidas por meio de oficinas, jogos, dinâmicas, projetos, palestras, debates, entre outras. Ou seja:

A concepção de currículo do Programa sustentava a perspectiva de uma formação humana integral, que considerava as múltiplas dimensões do desenvolvimento humano, bem como respeitava singularidades dos sujeitos, especificidades dos projetos político pedagógicos das escolas, em diálogo com os seus territórios, e buscava desenvolver as áreas do conhecimento, possibilitando assim, a potencialização das mais variadas experiências, habilidades e saberes. (BARCELOS E MOLL, 2021, p. 1).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acesso, permanência e qualidade na educação, encontram no direito educativo e na justiça curricular, possibilidades de uma implementação sustentada na participação coletiva para que todos os alunos e alunas possam desenvolver seu potencial.

Para além do direito à educação, que é assegurado em vários documentos e legislações, o programa “Mais Educação” mostrou a capacidade de uma educação integral em milhares de escolas pelo país com um currículo que promovia a construção de uma cultura de aprendizagem.

Considerando os estudos realizados para esse texto, entendo também que, conforme Barcelos e Moll (2021, p. 23):

A educação integral aparece, mais uma vez e sempre, como uma necessidade para consolidação de um projeto de país soberano e livre, cuja base principal são os cidadãos e cidadãs, que só se constroem em processos educacionais densos, qualificados, integrais e de longa duração.

Em 2016, o Programa Mais Educação foi descontinuado e substituído pelo Programa “Novo Mais Educação” que tinha como foco, o reforço de Língua Portuguesa e Matemática. Em 2019 o Programa foi encerrado pelo Ministério da Educação, sem apresentar nenhum outro programa ou ação para substituí-lo.

Sendo assim, é urgente o retorno de políticas públicas para a educação integral em nosso país, não de maneira tímida, mas que consiga alcançar uma grande parcela da população.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Fernando Gonzales; CALLE, Raimundo Castaño. Análisis Conceptual y Metodológico del Derecho Educativo. Ed. Isolma, São José – Costa Rica, 2020.

BARCELOS, Renata Gerhardt; MOLL, Jaqueline, in: Revista Retratos da Escola, Brasília, v. 15, n. 33, p. 887-911, set./dez. 2021. Disponível em: <http://retratosdaescola.emnuvens.com.br/rde>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.

BRASIL. Lei nº 9.394/1996 de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as leis de diretrizes e bases da educação nacional. Brasília: Senado Federal, 1996.

BRASIL. Portaria Normativa Interministerial n. 17, de 24 de abril de 2007. Institui o Programa Mais Educação, que visa fomentar a educação integral de crianças, adolescentes e jovens, por meio do apoio a atividades sócio-educativas no contraturno escolar. Brasília, 2007^a.

BRASIL. Rede de Saberes Mais Educação: pressupostos para projetos pedagógicos da educação integral. MEC: Brasília, 2009b. Série Mais Educação.

MOLL, Jaqueline; (org). Caminhos da Educação Integral no Brasil, direito a outros tempos e espaços educativos. Porto Alegre: Penso, 2012.

PACHECO, Luci Mary Duso; VEJA, Andrés Villafuerte. Derecho Educativo: Reflexiones sobre la cultura de paz en un contexto globalizado. Ed. Isolma, São José – Costa Rica, 2019.

PONCE; Branca Jurema e ARAÚJO, Wesley: A Justiça Curricular em tempo de implementação da BNCC e de desprezo pelo PNE (2014-2024) in. Revista e-curriculum, São Paulo, v.17, n.3, p. 1045-1074 jul./set. 2019, disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/curriculum>>.

RAMÍREZ, Álvaro José Cifuentes. El derecho educativo como disciplina jurídica. Derecho educativo colombiano. Propuestas para la mejora de la calidad de la educación y la libertad de enseñanza en Colombia. Tese (Doctorado en Gobierno y Cultura de las Organizaciones) – Universidad de Navarra, Instituto Empresa y Humanismo. Pamplona, 2017.

Ação declaratória de constitucionalidade: politizadora do judiciário ou garantidora de direitos fundamentais?

Larissa Perdigão

<http://lattes.cnpq.br/7519407254286495>

RESUMO

Cada corte constitucional tem seus mecanismos, seus procedimentos, seus remédios para exercer o controle de constitucionalidade concentrado. No Brasil, um desses mecanismos é a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a ADC. Ela foi criada como alternativa à Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADI, para que o Supremo Tribunal Federal contasse com uma ferramenta cujos efeitos fossem vinculantes e impedissem o controle difuso de constitucionalidade sobre o mesmo tema. Esta pequena pesquisa bibliográfica buscou cotejar argumentos que concordam e que discordam do entendimento de que a ADC é um instrumento de politização do Judiciário. Conclui-se que a ADC tanto pode ser forma adicional de tutela de direitos fundamentais quanto instrumento de impedimento ao exercício desses mesmos direitos. Assim, parece importante que a sociedade rediscuta a pertinência de manter a ADC como possível ferramenta de controle concentrado de constitucionalidade.

Palavras-chave: direito constitucional. controle concentrado de constitucionalidade. ação declaratória de constitucionalidade.

INTRODUÇÃO

São relativamente recentes as controvérsias sobre o controle judicial da constitucionalidade no que se refere a uma possível ingerência na atuação política do Legislativo e, também, do Executivo. Para Magalhães (2017), a vertente estadunidense desse controle voltar-se-ia à revisão da aplicação da lei a um caso concreto, enquanto a vertente europeia voltar-se-ia à proteção das competências constitucionais. Em ambos os casos, são funções tipicamente associadas ao Poder Judiciário, sem que se fosse observada, nesses casos, extrapolação ou sobreposição ante as funções típicas legislativas ou executivas.

À medida que avançamos em um novo paradigma constitucional, que, como aponta Carvalho Netto (2002), mostra uma mudança paradigmática a redefinir os conceitos de liberdade e igualdade, com a liberdade exigindo a lei e a igualdade exigindo a proteção ao mais fraco,



também apontamos para uma mudança desse quadro. Se esse paradigma surge na década de 1910, é apenas após a Segunda Guerra Mundial que ele ganha força no Ocidente, com o pacto coletivo a sustentar uma busca por um Estado de Bem-Estar Social.

Entende Magalhães (2017) ser esse o marco que consolida a “judicialização da política”, ou seja, a influência do Judiciário na implementação das políticas públicas governamentais por meio do controle das leis e dos atos do Executivo. A legitimidade do Judiciário para se imiscuir nestas questões é, desde há muito, alvo de desconfianças e oposições. Uma dessas oposições é apontar que o posicionamento do Judiciário como arena alternativa à democracia representativa, decidindo sobre temas que haveriam de ser decididos em espaços mais democraticamente representativos, como políticas públicas e direitos fundamentais que suscitam divergências morais, só pode resultar em ilegitimidade.

Há, porém, o outro lado: a possibilidade de que, ao exercer papel na implementação de políticas públicas, o Judiciário reforce a sua validade, a sua legitimidade. Magalhães (2017) vislumbra esta possibilidade especialmente nos casos em que as políticas foram decididas pelo Executivo ou pelo Legislativo de forma frágil, sem significativo apoio popular ou com base em uma estreita maioria legislativa. O Judiciário, então, seria um fiador adicional daquela política.

Quando falamos de controle das leis e dos atos executivos pelo Judiciário, certamente falamos de controle de constitucionalidade. Enquanto, em tese, qualquer juiz pode exercer controle de constitucionalidade difuso, apenas a corte constitucional exerce controle de constitucionalidade concentrado. E, neste último caso, cada corte constitucional tem seus mecanismos, seus procedimentos, seus remédios para exercer o controle de constitucionalidade concentrado.

No Brasil, um desses mecanismos é a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a ADC. Ela não foi criada com a Constituição de 1988, mas por meio da Emenda Constitucional número 3, de 1993. Esta emenda alterou a redação do artigo 102, inciso I, letra a, para acrescentar, ao lado da Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade. A primeira observação a se fazer é que a ADI pode ter como objeto lei ou ato normativo federal ou estadual, enquanto a ADC só pode ter como objeto lei ou ato normativo federal. Além disso, inicialmente, a ADC só podia ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República. Em 2004, a Emenda Constitucional número 45 estendeu a possibilidade de proposição da ADC aos mesmos possíveis proponentes de ADI. Antes disso, em 1999, mas bem depois da sua criação em 1993, a Lei 9.868 finalmente regulamentou a ADC, juntamente com a ADI.

Claro que poderíamos tratar, aqui, dos aspectos técnicos da ADC. Mas este não é o nosso objetivo. O que queremos é cotejar argumentos que concordam e que discordam do entendimento de que a ADC é um instrumento de politização do Judiciário, ou de judicialização da política. Para isso, fizemos uma pequena pesquisa bibliográfica com autores que discutem a ADC de forma central ou colateral, porém, sempre buscando incluir posições sobre a possível judicialização da política por meio da ADC.

HISTÓRICO DA ADC

De Laurentiis (2018) e Magalhães (2017) situam o surgimento da ADC como uma tentativa de o governo federal reduzir o poder de juízes concederem liminares em ações individuais com potencial de causar prejuízos às finanças públicas, como aconteceu entre 1989 e meados de 1992. O governo, porém, não se satisfaz com a Lei 8.437, de 30 de junho de 1992, que, ao dispor sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, reduziu a enxurrada de processos contra a administração federal.

De Laurentiis (2018) mostra que, nessa busca por uma solução, o governo chegou a aventar a recriação da advocatária, que havia sido positivada pela Emenda Constitucional 7, de 1977, e enterrada em outubro de 1988, junto com toda a Constituição de 1967. A advocatária era dispositivo a permitir ao Supremo Tribunal Federal julgar originariamente, e não apenas em grau recursal, “as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido”.

Naturalmente, a oposição a essa pretensão de recriação da advocatária foi muito intensa. A resposta do governo de então foi rápida. De Laurentiis (2018) aponta que a ADC foi o instrumento criado com o objetivo de cumprir esse papel da advocatária. Ives Gandra Martins, considerado o criador da ADC, teria dito que o controle real da constitucionalidade não poderia limitar-se à ADI. Quase não houve debate: a proposta da criação da ADC foi apensada à Proposta de Emenda à Constituição (PEC) que permitiu a criação do Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira (IPMF), tendo sido, ao fim, aprovada pelo Congresso Nacional. Foi, portanto, uma ação de conveniência, à época.

De Laurentiis (2018) e Magalhães (2017) concordam, assim, que a ADC respondeu ao desejo do governo federal de criar óbices ao controle difuso de constitucionalidade de leis federais tributárias, revertendo a proliferação de liminares contra o governo federal em relação a planos econômicos e a políticas fiscais, especialmente por seu efeito, desde sempre, vinculante. Note-se que a ADI só passou a ter efeito vinculante, tal como a ADC, após a promulgação da EC 45, de 2004, ou seja, entre ADC e ADI, é a primeira o dispositivo que visou dificultar o controle de constitucionalidade difuso desde o instante em que foi criado.

Magalhães (2017) lista diversos autores e argumentos contrários à ADC. Um desses argumentos é a extensão e a profundidade do bloqueio ao controle difuso de constitucionalidade, posto que a ADC barra a discussão, nos tribunais inferiores, de casos concretos. Outro é que a ADC faz com que o STF acabe se tornando espécie de parceiro dos interesses do governo, distanciando-se do entendimento dos tribunais infraconstitucionais e criando espécie de cisma entre a suprema corte e as demais cortes, com potencial de enfraquecer o Poder Judiciário de múltiplas formas. Consequência profunda que um dos autores mencionados por Magalhães (2017) aponta é uma governabilidade que sacrifica a democracia.

Magalhães (2017) percebe que, potencialmente, o Presidente da República é um grande interessado em propor ADCs em face de leis e outras normas federais. Sua intenção seria a de constitucionalizar suas políticas governamentais e revesti-las de efeito vinculante pela corte constitucional, barrando qualquer análise de caso concreto. Sendo a produção legislativa do Congresso decorrente, na sua maioria, da autoria ou iniciativa do Poder Executivo, faz sentido constatar que todas as ADCs apresentadas pelo Presidente da República até 2022, isoladamente ou em litisconsórcio, tinham como objeto leis propostas pelo Poder Executivo.

Os fatos, porém, opunham-se a tal percepção: até 2022, a última ADC que tinha como requerente o Presidente da República era a de número 20, protocolada no longínquo 2 de janeiro de 2008, de forma que este instrumento de controle concentrado de constitucionalidade não vinha sendo utilizado pelo Poder Executivo na forma como se desenhava. É possível que a razão pela qual o Executivo vinha abstendo-se de apresentar ADCs mereça uma discussão mais aprofundada.

Note-se que, até este agosto de 2023, com Luiz Inácio Lula da Silva voltando a ocupar a Presidência da República, já são duas as ADCs requeridas pelo Planalto: a de número 84, que buscou impedir perdas de receitas derivadas da edição do Decreto 11.322/2022, que, no apagar das luzes do mandato presidencial anterior, visava reduzir pela metade as alíquotas do PIS/Pasep e da Cofins; e a de número 85, que buscou garantir os efeitos do Decreto 11.366/2023, o qual, por sua vez, suspendeu diversas permissividades em relação ao acesso a armas e munições por civis. Observe-se que ambas as ADCs buscavam garantir segurança jurídica a decretos federais – não a leis, como ocorreu até 2008 – que visavam retornos a estados de coisas anteriores aos decretos publicados durante o mandato presidencial 2019-2022. O que se depreende é que, provavelmente, o que aconteceu em fevereiro de 2023, com o protocolo de duas ADCs pela Presidência da República, é fato isolado, e que as ADCs não voltarão a ser empregadas com frequência pela Presidência da República, como ocorreu na década de 1990.

USOS DA ADC

Como mencionamos no início, a ADC é um dispositivo constitucional que abre ao Judiciário a possibilidade de reforçar a legitimidade de uma lei ou outra norma federal de relevante impacto social. Dentre as ADCs propostas pelo Presidente da República, porém, apenas a ADC 19 prestou-se a esse papel. Trata-se de ADC que reafirmou a constitucionalidade da Lei 11.340/2006, a Lei Maria da Penha. Outra ação que seguiu a mesma linha foi a ADC 5, proposta pelo Procurador-Geral da República a pedido do Ministério da Justiça e da Secretaria Nacional de Direitos Humanos, que visou reassegurar a constitucionalidade da Lei 9.534/1997, lei que prevê gratuidade ao registro e à primeira certidão de nascimento e de óbito.

É importante, contudo, explorarmos melhor esta questão. É preciso observar que a ADC encerra em si, em tese, uma tautologia: trata-se de declaração de constitucionalidade de uma lei ou norma que já haveria de ser constitucional. Visando impedir que a ADC viesse, assim, a se tornar instrumento disfarçado de consulta jurídica a servir para criar

jurisprudência vinculante sobre uma miríade de assuntos e, com isso, reduzir a autoridade de magistrados de instâncias inferiores, já na ADC 1, o ministro Moreira Alves declarou que, “(...) visando a ADC à preservação da presunção de constitucionalidade do ato normativo, é insito a essa ação, para caracterizar-se o interesse objetivo de agir por parte dos legitimados para propô-la, que preexista controvérsia que ponha em risco essa presunção, e, portanto, controvérsia judicial no exercício do controle difuso de constitucionalidade, por ser esta que caracteriza inequivocamente esse risco”. Portanto, o Executivo e o Legislativo não são capazes de reforçar legitimidade de qualquer lei ou norma federal, mas apenas daquilo cujo controle difuso de constitucionalidade venha a apresentar controvérsias.

De fato, este entendimento do ministro Moreira Alves veio a ser positivado na Lei 9.868/1999, que, como já mencionamos, regulamenta a ADC. De fato, há casos de ADCs cujo seguimento foi negado em função do entendimento da Corte de que o requerente não demonstrou a existência de controvérsia judicial acerca da interpretação do objeto questionado. Como exemplo, temos a ADC 15, que versava sobre progressão funcional de policiais federais: a ação não foi conhecida pela relatora, ministra Cármen Lúcia, que escreveu sobre a “necessidade de que esse dissídio se exteriorize em proporções relevantes, pela ocorrência de decisões antagônicas que, em ambos os sentidos e em volume expressivo, consagrem teses conflitantes”.

A propósito disto, a constatação de Magalhães (2017) é a de que a classe temática mais contemplada pelas ADCs é, precisamente, a da administração pública, com muitas entidades de classe constando como proponentes. Até a ADC 38, mais da metade pertenceria a tal classe. Diferentemente das situações em que o Executivo ou o Legislativo constam como requerentes, as ações em que outras entidades assim figuram são muito mais frequentemente não conhecidas, sendo a principal razão o entendimento de ilegitimidade do proponente da ADC para fazê-lo. A conclusão a que chega Magalhães (2017) é a de que, com isso, diferentemente do que muitos esperavam, a ADC não vem servindo como instrumento de judicialização da política.

Porém, é preciso olhar novamente para o contexto da criação da ADC para entendermos para que ela serviu e por que não vinha mais sendo usada pelo Executivo e pelo Legislativo. A ADC fora criada no contexto da EC número 3, que liberava a criação da IPMF. À época, ou seja, no ano de 1993, havia apenas a ADI, que não era dotada de efeito vinculante. Assim, questões que já haviam sido decididas por ADIs eram, novamente, abordadas pelos outros poderes, especialmente o Executivo, em ADCs, em busca do efeito vinculante. É o que mostra De Laurentiis (2018), acrescentando que as ADCs perderam tal vantagem ante as ADIs em 2004, depois que estas últimas também ganharam efeito vinculante por meio da EC 45.

De fato, a ADC é um mecanismo sem par em qualquer outro país que tenha dispositivos de controle concentrado de constitucionalidade. De Laurentiis (2018) rebate a ideia de que a Alemanha também tem um par de mecanismos para realizar tal controle, tal como o Brasil tem a ADI e a ADC. O que ele mostra é que o par alemão é constituído por vias de controle bastante diferentes da brasileira, sendo ambas vias de declaração de inconstitucionalidade de normas, e não de ratificação de sua constitucionalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A esta altura, podemos retomar a discussão da percepção de que a ADC visa garantir uma governabilidade que sacrifica a democracia. De Laurentiis (2018) reforça essa ideia ao mostrar que uma lei ou norma federal que carrega consigo uma decisão favorável quanto à sua constitucionalidade torna-se imune a impugnações e questionamentos, ganhando força normativa superior à das demais leis, ou seja, ganhando força normativa similar àquela da própria Constituição.

Um argumento interessante de De Laurentiis (2018) acerca de sua posição é o de que, ao deixar de apenas verificar a inconstitucionalidade para passar a carimbar constitucionalidades, a corte suprema deixe de ser órgão de guarda da Constituição para ser órgão de defesa da lei infraconstitucional e, em consequência, do legislador e do governo. É positivo que o instrumento não tenha sido mais utilizado pelo Executivo nem pelo Legislativo federais desde maio de 2014, mas é fato que o instrumento segue com seu potencial de desvirtuar a razão de existir do Supremo Tribunal Federal.

Outro argumento de De Laurentiis (2018), também sobre a ideia de que a ADC pode contribuir para proteger direitos fundamentais, é o de que, sendo a ADC uma ação sem partes, os grupos interessados nos direitos fundamentais discutidos pela ADC podem, potencialmente, ser excluídos do debate, bastando, para isto, que não seja aceita sua participação como *amicus curiae*. Em outras palavras, a ADC abre uma possibilidade de que uma questão fulcral de direitos fundamentais seja decidida em gabinete, de forma paternalista, sem diálogo com os interessados no caso.

O que De Laurentiis (2018) conclui acerca da ADC é que, ao abrir um leque enorme de possibilidades aos seus proponentes, ela pode tanto ser uma forma adicional de tutela de direitos fundamentais quanto um instrumento de impedimento ao exercício desses mesmos direitos. De Laurentiis (2018, p.149) atribui aos idealizadores da ADC seu perfil de ação obscura, ímpar, “amálgama de conceitos sem sentido, que tanto pode ser utilizada para tutelar os fins e os direitos mais belos, quanto para perseguir os objetivos mais atroz”. Diante dessas observações, parece importante que a sociedade rediscuta a pertinência de manter a ADC como possível ferramenta de controle concentrado de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

CARVALHO Netto, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. Revista do TST, v.68, n.2, abr./jun.2002.

DE LAURENTIIS, Lucas Catib. Tenho medo, do medo, do medo da ADC: uma resposta a Breno Magalhães. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v.18, n.73, p.141-162, jul./set. 2018. DOI: 10.21056/aec. V18i73.958

MAGALHÃES, Breno Baía. Quem tem medo da ADC? Os 20 anos da Ação Declaratória de Constitucionalidade e a judicialização da política no STF. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v.17, n.67, p.217-261, jan./mar. 2017. DOI: 10.21056/aec. V17i67.479.

Ativismo judicial na Suprema Corte do Brasil: uma violação ao princípio da separação dos poderes?

Judicial activism in the Supreme Court of Brazil: a violation of the principle of separation of powers?

Andrea Cardinale Urani Oliveira de Morais

Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins – UFT. Advogada e professora universitária

Roniclay Alves de Morais

Doutorando em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins – UFT. Juiz de direito

RESUMO

Este trabalho tem o propósito de demonstrar inicialmente as contradições existentes quanto à definição da expressão ativismo judicial, bem como analisar o princípio constitucional da separação dos poderes e o comportamento ativista da Suprema Corte do Brasil. Para isso fez-se uma análise de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, quando restou evidenciada a prática do ativismo judicial, concluindo ser uma ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. ativismo judicial. separação dos poderes.

ABSTRACT

This work aims to initially demonstrate the existing contradictions regarding the definition of the expression judicial activism, as well as to analyze the constitutional principle of separation of powers and the activist behavior of the Supreme Court of Brazil. For this, an analysis of some judgments of the Federal Supreme Court was made, when the practice of judicial activism remained evident, concluding that it was an offense to the principle of separation of powers.

Keywords: Supreme Federal Court. judicial activism. separation of powers.

Reflexões sobre Direito e Sociedade: fundamentos e práticas - Vol. 8

DOI: 10.47573/aya.5379.2.223.8



INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF) tem em seu texto uma gama gigantesca de direitos, estando recheada de diretrizes e objetivos que necessitam ser concretizados pelo Estado. Isso acabou por promover a constitucionalização do direito, de modo que o Poder Judiciário é chamado a se pronunciar caso referidos direitos não sejam observados. Assim, questões de cunho social e político de grande relevo têm sido decididas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em uma verdadeira transferência de poder à referida instância judicial, em contraposição ao poder inerente às demais instâncias políticas.

Compreender o que se entende por ativismo judicial e o atual papel do STF em julgamentos de ações de grandes repercussões é um dos propósitos deste artigo. Porém, não se pretende esgotar a discussão acerca das teorias que avaliam uma decisão como ativista. Esse tema ainda gera grande indefinição conceitual, para não dizer uma má compreensão dessa temática, a qual por vezes é intitulada como judicialização da política.

No entanto, para delimitar o estudo, abordou-se a ideia do que vem a ser ativismo judicial, bem como as críticas daqueles que afirmam que o STF tem extrapolado suas prerrogativas previstas no texto constitucional, e daqueles que afirmam que a Suprema Corte tem agido de forma proativa em decorrência da omissão legislativa em concretizar os direitos e garantias previstos na CF.

O que se pretende demonstrar com este trabalho é o papel do Supremo Tribunal Federal que, sob o manto da justificativa de garantir direitos fundamentais, tem avançado na área de atuação de outros poderes, o que pode configurar o chamado ativismo judicial. Analisa-se, ainda, se essa possível descaracterização da função judicial pode colocar em risco o Estado Democrático de Direito, diante da possível afronta ao princípio da separação dos poderes.

O trabalho encontra-se dividido em três seções. Num primeiro momento, fez-se considerações doutrinárias sobre o que se entende por ativismo judicial. Depois, abordou-se as consequências da prática do ativismo judicial na separação dos poderes. Por fim, foram apresentados alguns julgados do STF que apontam para possível prática do ativismo judicial, sendo que, ao final, foi apresentada uma crítica quanto à atuação da Suprema Corte do Brasil.

DELIMITAÇÃO DA EXPRESSÃO “ATIVISMO JUDICIAL”

O ativismo judicial tem sua origem histórica no direito estadunidense¹, cujo termo é atribuído ao historiador Arthur Schlesinger Jr., segundo o qual os juízes ativistas “substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos”, mesmo que para isso as decisões judiciais cheguem “próximo à correção judicial dos erros do legislador” (CAMPOS, 2016, p. 63). Ao analisar as diferentes personalidades judiciais

¹ No mesmo sentido, afirma BARROSO: “Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais”. (2012, p. 369-370).

da Corte estadunidense, Schlesinger, ao concluir pela existência de juízes ativistas e os defensores da autorrestrrição judicial, afirma que o conflito oriundo dessa divergência colocaria em risco a “própria função do judiciário em uma democracia” (CAMPOS, 2016, p. 64).

A expressão ativismo judicial ainda continua gerando grandes discussões, a qual tem sido utilizada para explicar decisões judiciais que são antagônicas. A falta de clareza, a poluição semântica em torno do entendimento sobre ativismo judicial, faz com que tanto a direita como esquerda utilizem essa expressão com o objetivo de questionar determinada decisão, fato este que há muito tempo ocorre no embate ideológico nos EUA entre Democratas e Republicanas (ABBOUD; MENDES, 2019). Por vezes essa expressão tem sido usada de forma bastante negativa, de modo que muitos consideram que juízes ativistas “são sempre uma ameaça aos valores democráticos e à separação de poderes” (CAMPOS, 2012, p. 136). Esse debate gira em torno da tensão entre o *judicial review* e *judicial self restraint*, ou seja, o entendimento estrutura-se “entre a possibilidade de se anularem leis inconstitucionais e a necessidade de respeitar os limites da separação dos poderes” (ABBOUD; MENDES, 2019, p. 44). Abboud (2019) traz outro interessante conceito, quando diz que ativismo é atuação dos juízes “a partir de um desapego da legalidade vigente”, com o propósito de usar a decisão para lançar sua própria subjetividade, quando afirma que qualitativamente, toda decisão ativista é “ilegal e inconstitucional”, sendo que no aspecto funcional, a decisão ativista pode ser considerada uma “atuação insidiosa do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes, especialmente ao Legislativo, uma vez que a decisão ativista suplanta a lei a própria Constituição” (2019, p. 1323).

Há, ainda, quem afirme que o ativismo é um ato “da vontade do órgão jurisdicional em substituir o ordenamento tal como desenhado, por um ordenamento tal como idealizado” (VIARO, 2017, p. 248). Ainda existem aqueles que mesmo enaltecendo ou criticando uma postura ativa do magistrado comungam do entendimento de que esse ativismo caracteriza uma postura que afasta o juiz daquilo que seria esperado de suas funções normais (BRANCO, 2013), sendo um desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional (RAMOS, 2010)².

Para Barroso³, ativismo judicial está associado a uma participação mais ativa do judiciário “na concretização dos valores e fins constitucionais” (2012a, p. 371), podendo ser entendido como uma postura proativa do julgador quando da interpretação da norma e da Constituição, com o propósito de expandir “o seu sentido e alcance” (2012a, p. 372). Afirma, ainda, que o ativismo tem o propósito de retirar o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem que isso caracterize invasão da criação livre do direito; ao passo que a autocontenção reduz o “espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas” (BARROSO, 2012b, p. 26). Deixa evidente, portanto, que

² Ronald Dworkin é outro autor que também considera o ativismo judicial como algo nocivo, quando sustenta: “O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima”. (1999, p. 451/452). Em sentido semelhante, Teixeira afirma que decisão ativista pode ser considerada como uma “deslegitimação da Política em relação à sua tarefa essencial de buscar a realização dos valores determinados pela sociedade no cotidiano dessa mesma sociedade.” (TEIXEIRA, 2012, p. 38).

³ Barroso também sustenta a ideia de que o “ativismo judicial está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (2009, p. 75).

o ativismo é algo a ser fomentado, pois permite que o STF consiga extrair do texto originário aquilo que o legislador não conseguiu dizer ou que não tenha originariamente legislado. Em sentido similar, há quem defenda que o ativismo judicial deve ser compreendido como a “expansão de poder decisório que juízes e cortes promovem sobre os demais atores relevantes de uma dada organização sociopolítica e constitucionalmente estabelecida” (CAMPOS, 2012, p. 139), que é exercida dentro dos limites da atividade judicial. O que se tem muitas vezes, sustenta Campos, é uma confusão da postura legítima conferida ao Poder Judiciário no enfrentamento de demandas, cuja atividade encontra amparo dentro do texto constitucional⁴, sendo, portanto, atos praticados com respeito à ordem democrática.

Para melhor compreensão da questão, necessário se faz situar o ativismo judicial dentro dos sistemas do *common law* e *civil law*. Sendo os precedentes uma característica do sistema do *common law*, cujas decisões são vinculantes e servem de balizamento para julgamentos futuros; diferentemente do *civil law*, adotado pelo Brasil, que tem como fonte primária o direito as leis positivadas. Assim, quando se está diante de um sistema *common law* não parece absurdo falar-se em ativismo judicial, tendo em vista ser desse sistema a possibilidade de se permitir uma interpretação criativa do direito; ao passo que no *civil law*, em regra, o que deve ser observado é o direito instrumentalizado, a norma positivada. (GARANHANI; BARBOSA, 2014).

Como afirma Abboud (2019), muito embora tenha a Constituição Federal atribuído ao Poder Judiciário funções atípicas, seu exercício é permitido desde que dentro dos parâmetros estabelecidos na moldura constitucional. Por isso, juízes não podem ser considerados agentes de transformação da realidade. Pelo contrário, são protetores do direito, atuando para a estabilidade da democracia, razão pela qual o ativismo “é um atalho pernicioso para fazer valer um determinado ponto de vista político, sem que se percorra o imprevisível e necessário caminho do dissenso” (ABBOUD, 2019b, p. 6).

Portanto, o problema reside em definir o que vem a ser ativismo judicial, e não simplesmente rotular determinada decisão como ativista pelo simples fato de se discordar do resultado final. Ao se considerar ativista a decisão judicial fundada em convicções pessoais ou no colorido ideológico do intérprete, qualquer tentativa de rotular se há o bom ou mau ativismo está fadada ao fracasso, por desprezar totalmente o verdadeiro sentido do ativismo judicial. Assim, para este trabalho, ativismo judicial deve ser entendido como uma decisão lesiva, que cria direitos e obrigações, em verdadeira usurpação da competência de outro poder, com arrimo em entendimentos de caráter pessoal do magistrado, com interpretação extensiva do texto constitucional, que pode colocar em risco a própria democracia.

Na próxima seção será abordado o entendimento dos que defendem que o ativismo judicial pode ferir o princípio da separação dos poderes. Isso porque, para os que se posicionam favoráveis, partilham do entendimento segundo o qual o ativismo deve ser visto como algo positivo e uma forma de garantir a democracia (BARROSO, 2012B; CITTADINO, 2002), de modo que uma decisão ativista não colocaria em risco a violação do referido princípio.

⁴ “De nossa parte, consideramos a atuação contramajoritária, a afirmação de direitos fundamentais contra maiorias democráticas, exercidas por meio da judicial review, serem essenciais em uma democracia tão frágil como a brasileira. Adiante-se, desde já, que exercer ou não controle de constitucionalidade não é, por si só, um ato caracterizador do ativismo judicial, já que nossa própria Constituição o prevê de maneira expressa e a legislação infraconstitucional regulamenta suas minúcias”. (ABBOUD; MENDES, 2019b, p. 3).

SEPARAÇÃO DOS PODERES

A Constituição Federal estabelece os limites de atuação de todos os poderes constituídos, de modo que a separação dos poderes é a garantia de um Estado Democrático de Direito, com um sistema de freios e contrapesos diante da divisão das funções estatais, onde nenhum dos poderes exerce de forma exclusiva e ilimitada a função que lhe é atribuída no texto constitucional, cujo sistema não objetiva apenas um equilíbrio jurídico, mas também sociológico⁵.

Para Tavares (2019, p. 959), a teoria da separação dos poderes é um arranjo devidamente delineado dentro da Constituição, local onde está descrito “o grau de interdependência e colaboração entre os diferentes órgãos existentes e as suas respectivas atribuições”, estabelecendo o correto balizamento de independência de cada órgão do poder, com a descrição dos instrumentos que possibilitam o exercício harmônico dos poderes, objetivando com isso evitar que um poder sobreponha a outro poder. No mesmo sentido, Sarlet (2019) afirma que o respeito quanto à competência dos demais órgãos estatais não se traduz apenas em um dever elementar, mas de um imperativo constitucional, de modo que a atuação do Poder Judiciário, tendo como elemento norteador o princípio da separação dos poderes, deve ser entendida como uma relação de deferência em relação aos Poderes Executivo e Legislativo, cuja postura deve ser “uma espécie de autorrestrição” (Sarlet, 2019, p. 233).

Assim, em que pese a independência constitucionalmente garantida ao Poder Judiciário, cuja tarefa é de “controlar os demais poderes do Estado” (Tavares, 2019, p. 965) dentro dos parâmetros fixados pela Constituição, isso não significa dizer que o magistrado possui o poder absoluto de ditar as regras políticas, econômicas e sociais. Quando há colisão de princípios e direitos constitucionalmente garantidos, a ponderação que deve ser realizada não pode ser feita casuisticamente, sob pena de extrapolar o poder que lhe é conferido, razão pela qual suas decisões devem ser vinculadas, não podendo criar direitos, mas apenas garantir aqueles previstos na CF e nas leis esparsas.

Assim, a análise da discussão sobre ativismo judicial passa necessariamente pelo debate quanto à sua relação com o princípio da separação dos poderes. Isso porque o ativismo do Poder Judiciário é na verdade uma verdadeira intromissão na atividade desempenhada pelas demais instâncias dos poderes constituídos, muito embora não se desconheça que os poderes estatais exerçam funções típicas e atípicas constitucionalmente previstas, de modo que o ativismo judicial “configura gravíssima agressão ao princípio da separação dos poderes”, a partir do momento em que o Poder Judiciário exerce uma função que não encontra guarida na Constituição Federal, o que pode colocar em xeque a própria democracia (RAMOS, 2010, p. 120). Assim, nessa busca por dar uma resposta na suprida pelo ente estatal, o “Judiciário não apenas fragiliza a autoridade de governos e parlamentos como atrai para si a crise não resolvida pelo sistema representativo, ampliando ainda mais a desconfiança no sistema como um todo” (VIEIRA, 2018, p. 164).

⁵ Nicola Matteucci sustenta que a separação dos poderes não tem o condão de apenas operar o controle recíproco dos órgãos entre si, quando afirma: “[...] mais que a teoria da clara distinção das funções do Estado, Montesquieu apresenta a teoria de um Governo equilibrado, em que os diversos órgãos, num sistema de pesos e contrapeso, realizam um equilíbrio constitucional capaz de obstar à consolidação de um poder absoluto. Mas, se examinarmos bem este equilíbrio, notaremos que se trata mais de um equilíbrio social que de um equilíbrio constitucional: confundindo o poder de sentido jurídico com o poder de sentido sociológico, Montesquieu identifica um órgão do Estado com uma classe ou camada social.” (1998, p. 249).

A teoria crítica hermenêutica do direito (CHD) entende que a decisão jurídica não pode ser impregnada com discricionariedade, sendo que por exigência democrática, as decisões não podem espelhar vontades individuais, não podendo a jurisdição ser entendida como uma escolha personalista, mas “deve ser entendida como um processo que requer responsabilidade política” (STRECK, 2016, p. 242).

Mesmo que possa existir no texto constitucional dispositivo que estimule o ativismo judicial, quando afirma que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CF, art. 5º, inciso XXXV), seja também pela possibilidade de realizar o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, tem-se que, apesar do princípio da inafastabilidade da jurisdição, extraído do dispositivo anteriormente citado, bem como diante da independência do Poder Judiciário, que se pronuncia apenas quando é provocado, o STF não possui passe livre para criar direitos e obrigações, sob pena de afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes. Assim, por exemplo, quando há conflito de princípios constitucionais deve o magistrado realizar o juízo da ponderação, o que significa dizer que, com arrimo nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, deve ser aplicado o princípio mais adequado à situação. Mas o que se tem visto é um STF cada vez mais fazendo uso do ativismo judicial para criar direitos e implementar políticas públicas tidas como normas programáticas, oportunidade em que avança na competência de outros poderes (TAVARES, 2019).

Sabe-se que o mundo não é estático, está sempre em constante evolução. Da mesma forma é o direito e as normas que estabelecem as garantias à sociedade que sofrem mudanças com o passar do tempo. Muito embora o direito não consiga prever todas as situações que objetivem a proteção integral do indivíduo, ele não se encontra estagnado, pelo contrário, encontra-se em constante evolução. A cada um dos poderes constituídos é conferido uma competência, a qual deve ser respeitada como forma de manter o equilíbrio. Assim, por exemplo, mesmo não conseguindo o legislador prever todas as situações de proteção e garantia de direitos, não pode outro poder, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes, criar novas leis e obrigações, principalmente no sistema brasileiro onde o ativismo judicial está vinculado a um ato de vontade do julgador.

Atuação do Supremo Tribunal Federal

Inicialmente, cumpre consignar, que nesta sessão não se fez um estudo aprofundado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mas uma análise de alguns julgados que apontam para uma possível prática do ativismo judicial na Suprema Corte.

A Constituição Federal de 1988 deixa evidente que o modelo de jurisdição no Brasil é uno e de controle misto (difuso e concentrado) de constitucionalidade, de modo que qualquer juiz pode analisar a legalidade dos atos produzidos pelo legislativo e pelo executivo. Diante da profusão de direitos contidos na CF, que consagram ideias de liberdade individual e igualdade material, liberdade de imprensa, direito de expressão e de pensamento, propriedade e redistribuição de renda, que muitas vezes se contrapõem, ao Poder Judiciário foi incumbida a tarefa de implementar esse plano difuso de ação, instrumentalizando-o para o enfrentamento dessas questões. Nesse cenário, o STF, tido como o guardião da Constituição, foi chamado a desempenhar função de destaque na

solução de conflitos e disputas políticas travadas entre governo e oposição, não se omitindo em assumir esse papel político com bastante desenvoltura (VERÍSSIMO, 2008).

Algumas causas são apontadas para justificar o ativismo no Supremo Tribunal Federal, sendo elas: a ampla renovação da composição de ministros; o efeito discursivo da súmula vinculante; o ambiente teórico favorável, que acaba por privilegiar o protagonismo da jurisdição constitucional (Machado, 2008). Dentre as possibilidades de identificação de ativismo judicial, qualquer escolha sempre corresponderá a uma tomada subjetiva de posição, de modo que o ativismo judicial não pode ser “naturalizado como a única via sensível a demandas contramajoritárias” (MACHADO, 2019, p. 159), tendo em vista a inexistência de dados que apontem o judiciário como o local mais adequado à defesa de interesses de grupos sociais mais vulneráveis.

O Supremo Tribunal Federal (STF), em virtude da judicialização da política, tem cada vez mais atuado em importantes questões sociais, deixando evidente sua função de definir a vontade da Constituição. Uma simples análise das decisões do STF confirma essa atuação em diversas áreas e temas de grande relevância política e social, que vai “desde a criação de município até a demarcação de terras indígenas; desde a Reforma da Previdência até a guerra fiscal entre os estados” (Campos, p. 59-60). Sua atuação tem ganhado proporções de destaque nas últimas duas décadas, sendo uma das causas apontadas para isso a atual composição da Corte, cujas decisões não raras vezes têm ganhado contornos de verdadeira atuação legislativa.

Quando do julgamento da ADPF 45/DF, promovida contra veto do Presidente da República, que incidiu sobre o § 2º do art. 55 da Lei 10.707/2003 (posteriormente renomeado para o art. 59), que se destinava a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004, o relator ministro Celso de Mello, muito embora tenha deixado claro que naquela oportunidade não competia ao Poder Judiciário, dentro de suas funções institucionais, implementar políticas públicas, afirmou que excepcionalmente essa atuação se justificaria em virtude de os órgãos estatais descumprirem os encargos político-jurídicos que comprometem “a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional” (BRASIL, 2004), sendo essa decisão considerada um *leading case* na questão envolvendo o controle judicial das políticas públicas. Em seu voto, o ministro Celso de Mello, reconhecendo o exacerbamento da competência do STF, em verdadeiro ativismo judicial, assim consignou:

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. (BRASIL, 2004, n.p. grifo nosso)

Importante lembrar, o que já mencionado, que a Constituição Federal conferiu competência ao STF para julgar diversos temas sensíveis, tornando-o, segundo Vieira (2018, p. 162), em uma supremocracia, diante do seu poder para “dar a última palavra

sobre decisões tomadas pelos demais poderes em relação a um extenso elenco de temas políticos, econômico, morais e sociais”. Sua atuação ganha destaque principalmente quando se está diante de decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade. Isso porque o papel primordial do STF, desde o julgamento de ações originárias, seja por meio de sua competência recursal ordinária, é a estabilização da interpretação constitucional, o qual é exercido por meio do controle de constitucionalidade, seja no controle concentrado ou difuso.

No julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277, quando o STF reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, tem-se nítida postura proativa que expandiu o sentido e alcance quanto ao que poderia ser considerada entidade familiar. O ministro Luiz Fux chegou a dizer que “o art. 226, § 3º, constituiria obstáculo à equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais” (BRASIL, 2011, p. 74). Durante os debates, o ministro Gilmar Mendes chamou a atenção dos demais membros da Corte quanto às consequências da decisão do STF que conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, quando asseverou:

É preciso, talvez, que nós deixemos essa questão de forma muito clara porque isso terá implicações neste e em outros casos quanto à utilização e, eventualmente, à manipulação da interpretação conforme, que se trata inclusive de uma interpretação conforme com muita peculiaridade, porque o texto é quase um decalque da norma constitucional e, portanto, não há nenhuma dúvida quanto àquilo que o legislador quis dizer, na linha daquilo que tinha positivado o constituinte. (Brasil, 2011, p. 98).

Extraí-se com facilidade que a decisão proferida é nítido exemplo de ativismo judicial, a partir do momento em que o STF criou direito diante de uma interpretação criativa e expansiva do texto constitucional. Vale ressaltar que às vezes uma omissão não pode ser considerada inconstitucional, tendo em vista que o silêncio normativo por vezes pode ser simplesmente uma opção da política do legislador. Aqui vale destacar o voto do ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 132, que afirmou que essa discussão de gênero na união estável foi amplamente debatida pelo legislador constituinte, o qual conclui, “de modo insofismável, que a união estável abrange, única e exclusivamente, pessoas de sexo distinto” (BRASIL, 2011, p. 104). Disso se conclui que, apesar da clareza do texto constitucional, que refutou a ideia de união estável entre pessoas do mesmo sexo, o STF jamais poderia dar entendimento diverso neste caso, sendo um verdadeiro ativismo judicial a conclusão que a Suprema Corte adotou quanto à possibilidade de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Ao comentar essa decisão, Streck (2014) afirmou que a Constituição Federal não permite que o Poder Judiciário altere o próprio texto constitucional, de modo que “não caberia ao Supremo Tribunal Federal decidir a favor do casamento homoafetivo, uma vez que a Constituição reconhece a união estável apenas entre um homem e uma mulher”, quando concluiu que a discussão sobre o que seria justo ou injusto⁶ sobre o tema em debate seria insignificante, porque “todos os grandes países europeus fizeram isso via Parlamento” (STRECK, 2014, n.p.).

Outro exemplo do ativismo praticado no STF diz respeito à decisão liminar proferida pelo ministro Edson Fachin na ADPF 772, ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) contra a Resolução n. 126/2020 do Comitê Executivo de Gestão da Câmara do Comércio

⁶ No mesmo sentido é o posicionamento de Sandres Sponholz, quando afirma: “Ressalte-se que não se trata aqui de adentrar o mérito da questão da união homoafetiva, mas sim a via oblíqua pela qual foi instituída, ao arrepio da atividade legislativa, e por consequência desprezando o postulado da democracia representativa.” (2021, p. 64).

Exterior (GECEX) que zerou a alíquota do imposto de importação de pistolas e revólveres a partir de 1º-1-2021. O PSB argumentou, em resumo, que a norma editada viola o direito social à segurança pública e o direito fundamental à vida e à dignidade da pessoa humana. Porém, apesar de ser a alteração de alíquota uma faculdade do Poder Executivo, conforme se observa do art. 153, ° 1º, da CF, o relator do processo concedeu a liminar, suspendendo os efeitos da Resolução GECEX n. 126/2020, argumentando que a redução da alíquota coloca em risco a indústria nacional e, ainda, viola o ordenamento constitucional brasileiro, a partir do momento em que a redução estimularia a aquisição de armas de fogo, ao mesmo tempo em que reduz a capacidade estatal de controle⁷, o que contradiz o direito à vida e o direito à segurança. Monteiro (2021, p. 303), ao comentar essa medida cautelar, afirmou que, mais do que inusitado do que a violação da cláusula constitucional da separação dos poderes “é a substituição da função de meramente aplicar a lei pela imposição da visão ideológica de mundo do ilustre relator”. Talvez um dos mais emblemáticos exemplos de ativismo judicial tenha ocorrido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e do Mandado de Injunção 4.733, quando o STF, por maioria, “tipificou” a homofobia e a transfobia como crimes de racismo. Os ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes votaram para “até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989” (BRASIL, 2019). Sem qualquer esforço, muito embora se reconheça que grupos LGBTQIA+ necessitam de uma maior proteção, diante da violência e o preconceito que os vitimam, tem-se que a decisão da Suprema Corte violou os princípios constitucionais da legalidade e da reserva legal, os quais afirmam que não há crime sem lei anterior que o defina e que somente por meio de lei poderá haver algum tipo de punição. Assim, referida decisão jamais poderia ter sido tomada, tendo em vista que compete apenas ao Poder Legislativo⁸ criar um novo tipo penal, não restando qualquer dúvida de que o STF, de forma clara, afrontou o princípio da separação dos poderes ao realizar interpretação extensiva e equiparar a homofobia e a transfobia ao crime de racismo.

Apenas a título de exemplificação, muitas outras decisões do STF são consideradas impregnadas do chamado ativismo judicial, destacando: a) ADI 3.510 – Lei de Biossegurança; b) ADI 1.351⁹ e 1.354 – reforma partidária; c) ADI 3.685 – verticalização das candidaturas

7 O ministro Edson Fachin consignou em sua decisão: “A partir dessas premissas, é possível concluir que não há, por si só, um direito irrestrito ao acesso às armas, ainda que sob o manto de um direito à legítima defesa. O direito de comprar uma arma, caso eventualmente o Estado opte por concedê-lo, somente alcança hipóteses excepcionais, naturalmente limitadas pelas obrigações que o Estado tem de proteger a vida”. (BRASIL, 2020, p. 15-16).

8 O ministro Ricardo Lewandowski, vencido nesta discussão, assim se posicionou: “Não obstante a repugnância que provocam as condutas preconceituosas de qualquer tipo, é certo que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal nessa linha. Efetivamente, o princípio da reserva legal, inculcado no art. 5º, XXXIX, da Constituição, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta”. (BRASIL, 2019, 511-512).

9 Na ADI 1.351/DF, onde se discutiu a constitucionalidade da lei orgânica dos partidos políticos, em especial o artigo 13, que versava sobre a denominada cláusula de barreira, o ministro Gilmar Mendes, relator do processo, sustentou que ao se declarar a inconstitucionalidade dos artigos 56 e 57, da Lei 9.096/97, que traziam normas de transição, a declaração de nulidade total dessas normas, com eficácia ex tunc, resultaria num vácuo legislativo, razão pela qual o STF deveria “encontrar uma solução que, ao declarar a inconstitucionalidade da regra do art. 13 e do sistema normativo dele decorrente, preserve as normas de transição do artigo 57 que regem a questão atualmente, pelo menos até que o

para a eleição de 2006; d) julgamento da ADPF 54, onde descriminalizou o abortamento de feto anencéfalo; e) o julgamento do HC 124.306/RJ, onde foi concedida a ordem para descriminalizar o aborto até o terceiro mês de gestação. Talvez o retrato mais recente e gritante do ativismo judicial praticado no STF refere-se à abertura do Inquérito n. 4.781, mais conhecido como o “inquérito das *fake news*”, cuja questão foi discutida na ADPF 572, onde, apesar da nítida usurpação da competência do Ministério Público para instaurar e conduzir investigação criminal¹⁰, o STF declarou a legalidade e a constitucionalidade do referido inquérito.

A fim de contribuir com uma melhor compreensão do tema em debate, Joana Machado (2019) traz uma interessante abordagem quando fala a respeito do ativismo judicial no Brasil e o quanto a TV Justiça, criada em 2012, impactou nas decisões do STF. A autora afirma que após a criação da TV Justiça, no âmbito do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, os votos tornaram-se mais longos e a produção coletiva foi reduzida, quando a produção individual sofreu importante aumento, sendo que os votos estão mais referenciados ao grande público, fato este que poderia favorecer uma maior legitimação do tribunal, onde a “legitimidade do Supremo Tribunal Federal passa por uma sintonia entre a opinião pública e a decisão” (MACHADO, 2019, p. 154), sendo que seria um grande perigo exercer o poder diante das câmeras, tendo em vista a possibilidade de ser ter decisões com viés populista, quando finaliza criticando toda a exposição que se tem dos julgamentos realizados na Suprema Corte:

Impõe-se uma lógica de espetáculo aos juízes e demais atores, que, sabidamente observados, podem desencadear ações performáticas, administrando suas imagens e interesses diversos, sem necessariamente fazer prevalecer razão pública sobre razões privadas. Juízes são promovidos a celebridades, a salvadores da pátria, quase onipresentes pela via tecnológica. A aproximação prometida por meia da presença de câmeras nos tribunais pode ser em última análise falaciosa, na medida em que o objeto tende a se alterar diante do observado. (MACHADO, 2019, p. 155).

Por fim, o ativismo judicial praticado pelo STF, entendido aqui como decisões criativas que criam direitos e obrigações, e que devem ser combatidas, tem sido uma constante nas ações originárias, bem como nos casos em que se debate omissão inconstitucional, que é discutida por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão envolvendo o ativismo judicial no Brasil de fato ainda tem suscitado muitas dúvidas, sendo algo que ainda divide a opinião dos doutrinadores, principalmente para definir sua conceituação, sendo que existe manifestação favorável e contrária ao ativismo.

Há quem defenda que o ativismo é uma faculdade conferida ao Poder Judiciário em concretizar direitos fundamentais por meio de uma interpretação expansiva das normas constitucionais abertas, mesmo que isso signifique interferir na esfera de atuação dos

legislador elabore novas regras para disciplinar a matéria.” (p. 46-47).

10 Sem falar em possível violação ao princípio do juiz natural, quando o ministro Dias Toffoli designou o ministro Alexandre de Moraes como relator do inquérito; ou a transformação do STF em tribunal de exceção, o que é vedado no art. 5º, inciso XXXVII, da CF.

demais poderes. Outros entendem que o ativismo judicial como o excesso do exercício da função jurisdicional para além dos limites estabelecidos na Constituição Federal.

Assim, o ativismo judicial deve ser interpretado como atuação do Poder Judiciário que ultrapassa sua competência constitucionalmente delineada, pois a partir do momento que atua como legislador positivo extrapola sua função e usurpa função de outro poder.

Sabe-se que o Poder Judiciário vem passando por grandes transformações nos últimos anos, em especial após a Constituição Federal de 1988. Dentro desse campo de mudanças, bem como diante da constatação de que os direitos fundamentais previstos na CF precisam ser efetivados, o STF tem sido cada vez mais acionado para dirimir questões em que o Poder Executivo e o Poder Legislativo, sejam por vontade ou por incompetência, não se pronunciaram sobre determinado tema. Por que razão, este trabalho buscou analisar se as decisões emanadas pelo STF encontram-se dentro do quadro constitucional desenhado ou se têm sido feitas ao arrepio de sua competência.

A CF, em seu art. 2º, deixa evidente que o ordenamento jurídico brasileiro é firmado em um sistema fincado em três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), que devem ser harmônicos e independentes entre si, de modo que cada um desses poderes possui sua função própria e específica. Tudo isso para manter equilibrado o poder conferido a cada um, a fim de se evitar a prática de condutas abusivas, objetivando com isso a preservação da harmonia entre os poderes. Assim, uma decisão judicial que usurpe função de outro poder é uma afronta ao princípio da separação dos poderes.

Dentre as decisões analisadas, cumpre destacar a decisão proferida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e do Mandado de Injunção 4.733, quando o STF, por maioria, “tipificou” a homofobia e a transfobia como crimes de racismo. Esta decisão é um exemplo do ativismo judicial praticado pelo STF, quando exerceu competência típica de legislador positivo.

Assim, muito embora a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXXV, afirme que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, isso não significa dizer que o magistrado, ao apreciar um pedido, pode criar e ampliar, a partir de uma interpretação engenhosa, o sentido da norma constitucional aberta, ao argumento de garantir direitos fundamentais. Esse ativismo, como defendido por diversos doutrinadores, fere o princípio da separação dos poderes, que, por sua vez, coloca em risco a própria democracia, a partir do momento que um poder começa a imiscuir na competência de outro.

Não se pode olvidar que muitas decisões judiciais são fundadas nas experiências pessoais de cada julgador, onde sua visão política e social é levada em consideração no momento do julgamento. Mas o problema surge quando o julgador, atuando de forma ativista, busca impor o seu entendimento e sua vontade, quando então cria direito sem qualquer compatibilidade constitucional, lança por terra a aplicabilidade de leis que não têm nenhum vício normativo com o texto da Constituição, criando novas obrigações e direitos.

Apesar de o recorte da pesquisa ter sido apenas o Supremo Tribunal Federal, tem-se que o seu resultado se aplica a toda magistratura nacional, tendo em vista que o ativismo judicial tem ocorrido em todas as instâncias. Nunca é demais lembrar, que apesar da independência funcional dos juízes em proferirem suas decisões, eles não possuem

poder absoluto para fazer o que bem entendem. Pelo contrário. Suas decisões devem ser pautadas dentro do que estabelece a Constituição Federal, sob pena de desnaturar sua função primordial e gerar clima de insegurança jurídica.

Assim, ativismo judicial é ativismo judicial e ponto final. Não há que se falar em ativismo bom ou mau. Isso porque ativismo judicial deve ser compreendido como uma atuação jurisdicional que extrapola os limites do dever de julgar, desconfigurando a função típica do Poder Judiciário, que invade as atribuições de outros poderes que são constitucionalmente garantidas, fazendo com que o Estado Democrático de Direito seja colocado em xeque.

Para finalizar, colaciono trecho de um poema feito na década de 1960, pelo poeta brasileiro Eduardo Alves da Costa, intitulado “No caminho com Maiakóvski”, cujo fragmento que abaixo se transcreve, bem ilustra o dilema que ora se analisa, diante do silêncio quanto à prática insidiosa do ativismo judicial no STF:

[...]
 Lendo teus versos,
 Aprendi ter coragem.
 Tu sabes,
 Conheces melhor do que eu
 A velha história.
 Na primeira noite eles se aproximam
 E roubam uma flor
 Do nosso jardim.
 E não dizemos nada.
 Na segunda noite, já não se escondem:
 Pisam as flores,
 Matam nosso cão,
 E não dizemos nada.
 Até que um dia,
 O mais frágil deles
 Entra sozinho em nossa casa,
 Rouba-nos a luz e,
 Conhecendo nosso medo,
 Arranca-nos a voz da garganta.
 E já não podemos dizer nada.
 [...]

Portanto, entendendo-se o ativismo judicial como uma ação praticada pelo Poder Judiciário que extrapola sua competência, tal prática deve ser combatida de forma enérgica, sob pena de se arrancar a voz da nossa garganta, quando então nada mais poderá ser feito.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 1008, p. 43-54, out. 2019.

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*.

[Syn]´Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, p. 23-32, 2012b.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. Constitucionalismo e democracia. Salvador: Juspodivm, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 772 MC/RJ. Relator: ministro Edson Fachin. Decisão em: 14-12-2020. DJ: 14-12-2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345264652&ext=.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF. Relator: ministro Celso de Mello. Julgamento em: 13-06-2019. DJ: 28-06-2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 9 agostos 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ. Relator: ministro Ayres Britto. Julgamento em: 05-05-2011. DJ: 13-10-2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 8 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautela em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF. Relator: ministro Celso de Mello. Julgamento em: 29-04-2004. DJ: 04-05-2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 24 jul. 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 60, p. 59-117, abr./jun. 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. 2012. 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <https://www.bdt.uerj.br:8443/bitstream/1/9555/1/Carlos%20Alexandre%20texto%20completo.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2021.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano II, n. 2 e ano III, n. 3, p. 135-144, 2001-2002.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GARANHANI, Luciane Hey; BARBOSA, Claudia Maria. O respeito aos precedentes e o ativismo judicial: dilemas da política judiciária no sistema de civil law. Acesso à justiça II: XXXIII Congresso Nacional CONPEDI, p. 397-417 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=173>. Acesso em: 8 ago. 2021.

MACHADO, Joana de Souza. Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. 2008. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: http://www.dbd.puc-rio.br/pergamum/biblioteca/php/mostrateses.php?open=1&arqtese=0610345_2008_Indice.html. Acesso em: 26 jul. 2021

MACHADO, Joana de Souza. Política togada no Brasil: ativismo judicial, entre promessas, armadilhas e estratégias. 2019. 176 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: http://www.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/1621777_2019_completo.pdf. Acesso em: 5 ago. 2021.

MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política, vol. 1. Tradução Carmen C, Varriale *et al.*; coord. Trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luiz Guerreiro Pinto Cacaís – Brasília: UNB, 11e. ed. 1998.

MONTEIRO, Marcelo Rocha. Scalia, o juiz que sabia que não era rei. In PIOVEZAN, Cláudia R. de Moraes. Sereis como Deuses: o STF e a subversão da justiça. Londrina: Editora E.D.A, 2021, p. 299-320.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SPONHOLZ, Sandres. A balada dos onze ressentidos. In PIOVEZAN, Cláudia R. de Moraes. Sereis como Deuses: o STF e a subversão da justiça. Londrina: Editora E.D.A, 2021, p. 53-74.

STRECK, Lenio Luiz. Abandonar as próprias vontades para julgar é o custo da democracia. Entrevista concedida a Alessandro Cristo, Márcio Chaer, Marcos de Vasconcellos e Maurício Cardoso. Consultor Jurídico, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-10/entrevista-lenio-streck-jurista-advogado-procurador-aposentado>. Acesso em: 8 ago. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. Revista Direito e Liberdade - ESMARN, Rio Grande do Norte, vol. 18, n. 1, p. 221-245, jan. /abr. 2016.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Revista de Direito GV, São Paulo, vol. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jul. 2012.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. Revista de Direito GV, São Paulo, vol. 4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008.

VIARO, Felipe Albertini Nani. Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional. In: PRETTO, Renato Siqueira de; KIM, Richard Pae; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. Interpretação Constitucional no Brasil. Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, p. 231-253. 2017. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ic9.pdf?d=636676094064686945>. Acesso em: 24 jul. 2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

A lei de introdução às normas do direito brasileiro sob o prisma da doutrina e da jurisprudência atual

Alessandra Frei Silva

Doutoranda em Direito (UNIJUÍ). Advogada

RESUMO

O presente estudo científico pretende fazer uma análise sobre a chamada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Faz uma abordagem tanto doutrinária quanto jurisprudencial para se estudar os institutos da referida legislação. Explica que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é essencial para a compreensão do ordenamento jurídico como um todo, sendo mecanismo de segurança jurídica e de igualdade. Apresenta o entendimento da moderna doutrina sobre a aplicação dos institutos constantes dessa lei e também se objetiva analisar a sua relevância inclusive num prisma internacional, dada a sua aplicabilidade também em situações que envolvem outros países. Ressalta a importância da analogia, costumes, jurisprudência e da equidade para a aplicação do direito posto.

Palavras-chave: LINDB. doutrina. jurisprudência. segurança.

ABSTRACT

This scientific study intends to analyze the so-called Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law. It takes both a doctrinal and jurisprudential approach to studying the institutes of said legislation. It explains that the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law is essential for understanding the legal system as a whole, being a mechanism of legal security and equality. It presents the understanding of the modern doctrine on the application of the institutes contained in this law and also aims to analyze its relevance even from an international perspective, given its applicability also in situations involving other countries. It highlights the importance of analogy, customs, jurisprudence and equity for the application of the law.

Keywords: LINDB. doctrine. jurisprudence. security.

INTRODUÇÃO

O Decreto-lei nº 4.657/1942 revogou a Lei de Introdução ao Código Civil nº 3.071/1916, que continua vigente, porém, pela Lei nº 12.376/2010 recebeu a nova nomenclatura: “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” (LINDB). Ela não está incluída no Código Civil, cuja matéria se



circunscreve às relações de ordem privada e sua função não é reger relações sociais, mas sim as normas.

Neste sentido, a fixação de normas desse teor, em uma lei especial, tem a vantagem de permitir ulteriores modificações, independentemente das transformações que se operarem nos institutos civis.

A APLICAÇÃO DA LINDB NA ORDENAÇÃO JURÍDICA

Conforme Diniz (2023, p. 59), a LINDB possui as funções de: 1) Regular a vigência e eficácia da norma jurídica, apresentando soluções ao conflito de normas no tempo e no espaço; 2) Fornecer critérios de hermenêutica; 3) Estabelecer mecanismo de integração de normas quando houver lacunas; 4) Garantir a eficácia global, a certeza, segurança e estabilidade da ordem jurídica.

Frise-se que a Lei de Introdução se dirige a todos os ramos jurídicos, salvo naquilo que for regulado de forma diferente pela legislação específica. Ao contrário das outras normas, que têm como objeto o comportamento humano, a Lei de Introdução tem como objeto a própria norma. Por tal razão é que se aponta tratar-se de uma norma de *sobredireito*. (TARTUCE, 2019, p. 22).

Gagliano e Pamplona Filho (2022, p. 113-114), com o mesmo entendimento de Flávio Tartuce, explicam que:

Trata-se de uma norma máxima de compreensão do sistema jurídico, que além da evidente importância para a soberania nacional, regula a vigência e a eficácia de todas as outras, trazendo critérios para os seus conflitos no tempo e espaço, bem como estabelecendo parâmetros para a interpretação normativa (art. 4º) e garantindo a eficácia global do ordenamento positivo, ao não admitir o erro de direito (art. 3º) e ao reconhecer a necessidade de preservação das situações consolidadas em que o interesse individual prevalece (art. 6º).

Para Gonçalves (2022) ela se trata de legislação anexa ao Código Civil, mas autônoma, dele não fazendo parte e ainda que se destine a facilitar a sua aplicação, tem caráter universal, aplicando-se a todos os ramos do direito, segue o Código Civil simplesmente porque se trata do diploma considerado de maior importância, de fato, ela forma um repositório de normas preliminar à totalidade do ordenamento jurídico nacional.

VALIDADE, VIGÊNCIA EFICÁCIA E VIGOR DAS NORMAS

Para compreensão da LINDB, importa distinguir as terminologias a fim de se evitar imprecisões técnicas. Conforme Stolze e Pamplona Filho (2022, p. 115): “A noção de validade da norma é um aspecto dogmático fundamental, pois significa a sua identificação como compatível ao sistema jurídico que integra, sendo um critério puramente lógico-formal”.

Logo, o descumprimento das regras de validade importará no reconhecimento da inconstitucionalidade ou ilegalidade. Além disso, observar a validade formal (conformidade com o devido processo legislativo previsto) e validade material (observância da matéria e compatibilidade do conteúdo).

Exemplo de validade formal sobre o momento da edição normativa seria o art. 60, § 1º, CF/1988: “A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal,

de estado de defesa ou de estado de sítio”, e o exemplo de validade material: legislação de competência privativa da União do art. 22, CF/1988, sendo inconstitucional qualquer norma estabelecida por outra entidade federativa em relação a essa matéria.

Vigência: é critério puramente temporal. Refere-se ao período de validade da norma, ou seja, o lapso temporal que vai do momento em que ela passa a ter força vinculante até a data em que é revogada ou em que se esgota o prazo prescrito para sua duração (no caso de normas temporárias). Eficácia é a qualidade da norma que se refere à aptidão para a produção concreta de efeitos e pode ser social e técnica.

INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS

O ato de interpretar consiste em se tentar descobrir o sentido e o alcance das normas.

As funções da interpretação, conforme Diniz (2023, p. 64) consistem em: Conferir a aplicabilidade da norma jurídica às relações sociais que lhe deram origem; estender o sentido da norma a relações novas, inéditas ao tempo de sua criação; temperar o alcance do preceito normativo, para fazê-lo corresponder às necessidades reais e atuais de caráter social, ou seja, aos seus fins sociais e aos valores que pretende garantir.

INTEGRAÇÃO NORMATIVA

Para Tartuce (2019), consiste em ferramenta para correção do sistema, sendo as formas de integração da norma jurídica utilizadas quando não houver norma prevista para o caso concreto.

Art. 4º, LINDB: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. Quando determinado fato individual se enquadrar perfeitamente no conceito abstrato da norma, estará o aplicador realizando o que se convencionou chamar de subsunção do fato à norma, e diante da impossibilidade de subsumir o fato a norma haverá o que se denomina por lacuna jurídica.

A evolução da vida social traz em si novos fatos e conflitos, de modo que os legisladores, diariamente, passam a elaborar novas leis; juízes e tribunais de forma constante estabelecem novos precedentes e os próprios valores sofrem mutações, devido ao grande e peculiar dinamismo da vida”. (DINIZ, 2023, p. 68).

Depreende-se deste entendimento que as normas correspondem a apenas uma parte do direito, logo, o sistema jurídico é composto de vários subsistemas. Na Tridimensionalidade Jurídica de Miguel Reale: três subsistemas isomórficos: o de normas, o de fato e o de valores, sendo interdependentes, e havendo incongruência haverá uma lacuna jurídica lacuna, o que acontece em face da impossibilidade de haver prescrição normativa para todos os casos; “As lacunas jurídicas podem ser colmatadas, sendo, portanto, sempre provisórias”. (DINIZ, 2023, p. 69).

Diante disso, Diniz (2023, p. 162-163) explica que o sistema jurídico vive num constante paradoxo, na medida em que:

Ele é lacunoso porque a vida social apresenta nuances infinitas nas condutas humanas, problemas surgem, mudam-se as necessidades com o progresso, o que torna impossível a regulamentação de todo comportamento por normas jurídicas. Mas é sem lacunas, porque o seu próprio dinamismo apresenta solução para qualquer caso *sub judice*, data pelo Poder Judiciário ou Legislativo. O próprio direito supre seus espaços vazios, mediante a aplicação e criação de normas.” (DINIZ, 2023, p. 162-163).

Com esse paradoxo, Venosa (2023, p. 109) explica que se deve lançar mão do uso da analogia costumes e princípios do direito, como estabelece o art. 4º, LINDB, mas também de doutrina, equidade e jurisprudência.

Um exemplo da aplicação da analogia é o art. 499, CC/ 2002, o qual estabelece que: “É lícita a compra e venda de bens entre cônjuges, com relação a bens excluídos da comunhão.”

Neste caso, como a norma não é, pelo menos diretamente, restritiva da liberdade contratual, não há qualquer óbice de se afirmar que é lícita a compra e venda entre companheiros quanto aos bens excluídos da comunhão.

Destaque-se que, em regra, o regime de bens do casamento é o mesmo da união estável, qual seja, o da comunhão parcial de bens (arts. 1.640 e 1.725 do CC/2002).

De acordo com Diniz (2023, p. 74), requer a aplicação analógica que: 1) O caso *sub judice* não esteja previsto em norma jurídica; 2) o caso não contemplado tenha com o previsto, pelo menos, uma relação de semelhança; 3) o elemento de identidade entre eles não seja qualquer um, mas sim essencial, ou seja, deve haver verdadeira semelhança e a mesma razão entre ambos.

COSTUMES, PRINCÍPIOS E EQUIDADE

Para Diniz (2023, p. 75), o costume é formado por dois elementos: o uso e a convicção jurídica, sendo, portanto, a norma jurídica que deriva da longa prática uniforme, constante, pública e geral de determinado ato com a convicção de sua necessidade jurídica.

Pode derivar da prática judiciária e a doutrina também gera costume. Por exemplo: os civilistas exerceram influência sobre o Legislativo e o Judiciário, ao traçarem novos rumos na responsabilidade civil, no tratamento dos conviventes, na revisão dos contratos por onerosidade excessiva, etc. São condições para que um determinado aspecto seja considerado costume: continuidade, uniformidade, diuturnidade, moralidade e obrigatoriedade.

Costumes constituem as práticas e usos reiterados, com conteúdo lícito e reconhecimento pela lei. Podem ser *secundum legem* (segundo a lei), *praeter legem* (na falta da lei) e *contra legem* (contra a lei). Somente a segunda forma seria de aplicação da integração.

Princípios gerais do direito pois são regramentos básicos aplicáveis a um determinado instituto jurídico. Os princípios são abstraídos das normas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais.

A própria Lei de Introdução traz em seu art. 5.º o princípio da socialidade, pelo qual, na aplicação da norma, o juiz deve procurar o seu fim social e o bem comum. Os princípios assumem papel relevante com a promulgação do Código Civil de 2002, devendo ser reconhecida a aplicação imediata dos princípios constitucionais que protegem a pessoa. A afirmação também vale para o Novo Código de Processo Civil”. (TARTUCE, 2019, p. 108).

Com o art. 5º em análise, o legislador brasileiro adotou o coletivismo mitigado, estabelecendo um contraste com a índole conservadora de nosso Códex. Ao dispor que “na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum” afastou-se do individualismo e pretendeu comprometer a ordem jurídica com os valores de proteção à família, aos grupos e à sociedade (NADER, 2016).

Sobre a equidade, ante casos omissos, pode ainda o magistrado socorrer-se da equidade, a qual confere ao juiz poder discricionário, mas não arbitrariedade; Diniz (2023, p. 82), citando Silveira (s.d), explica que a equidade se liga a três acepções, intimamente unidas: 1) Na latíssima: seria o princípio universal da ordem normativa, a razão prática extensível a toda conduta humana – religiosa, moral, social, jurídica -, configurando-a como uma suprema regra de justiça a que os homens devem obedecer; 2) Na lata: a equidade se confundiria com a ideia de justiça absoluta ou ideal, com os princípios gerais do direito, com a ideia do direito, com o direito natural e com todas as suas significações; 3) Na estrita: seria ela esse mesmo ideal de justiça enquanto aplicado, ou seja, na interpretação, integração, individualização judiciária etc, sendo, nessa acepção, a justiça no caso concreto.

APLICAÇÃO TEMPORAL DAS NORMAS

A obrigatoriedade da lei somente surge a partir de sua publicação oficial, mas esse não implica, necessariamente, vigência e vigor imediatos. A norma para ser aplicável, deve estar em vigência.

Dispõe o art. 1º, LINDB que:

Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o País 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada.

§1º Nos Estados estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia 3 (três) meses depois de oficialmente publicada.

Deste modo, *vacatio legis* diz respeito ao período em que a lei, embora publicada, aguarda a data de início de sua vigência. Havendo a republicação da lei, a *vacatio legis* começaria a correr da data da nova publicação. (art. 3º, LINDB).

São dois os critérios que podem ser adotados pelo aplicador do direito: critério progressivo: a lei entra em vigor em diferentes lapsos de tempo; e o critério do prazo único: sua obrigatoriedade é simultânea, porque a norma entra em vigor a um só tempo em todo o país, ou seja, 45 dias após a sua publicação.

Ultratividade da lei é um conceito que explica que uma norma não mais vigente, continua a vincular os fatos anteriores à sua saída do sistema, e ocorre em virtude de que relações jurídicas se constituíram e consolidaram sob a égide de determinada norma, não havendo como, tecnicamente, afastá-la (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2023, p. 129).

O antigo Código Civil/1916, por exemplo, continuará sendo aplicado ao menos em processos judiciais por um bom tempo, tendo em vista as relações jurídicas consolidadas durante a sua vigência.

A regra geral é de que as normas jurídicas possuem duração indeterminada, sendo as normas temporárias, exceções. A norma jurídica pode ter vigência temporária, por ter o seu elaborador fixado tempo para sua duração, podendo ser citadas como exemplo as leis orçamentárias, que fixam a despesa e a receita nacional pelo período de um ano. A norma do direito também pode ter vigência para o futuro sem prazo determinado, durando até que seja modificada ou revogada por outra.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode ser verificado pelo estudo apresentado que a doutrina elenca uma série de regramentos que vão nortear o aplicador do direito no que diz respeito à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Foi também possível extrair a compreensão de que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, embora esteja localizada na parte do Código Civil, é uma legislação que deve ser aplicada a todos os outros ramos do direito, trazendo normas inclusive sobre direito internacional, daí a importância de se estudar essa lei específica, bem como o entendimento doutrinário sobre o assunto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 12 abr. 2023.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. 40ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva jur, 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. Novo curso de direito civil: parte geral. 24ª ed. São Paulo: Saraiva jur, 2022.

TARTUCE, Flávio. Direito civil: lei de introdução e parte geral. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: parte geral. 23ª ed. Barueri: Atlas, 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: parte geral. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

NADER, Paulo. Curso de direito civil: parte geral. 10ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 10ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

Os contratos administrativos condominiais e as abusividades das cláusulas

Condominium administrative contracts and the abusivities of the clauses

Thamires Pereira Cerejeira Guedes

Bacharela em Direito pela UNIFESO.

Pós-graduanda em Direito Negocial e Imobiliário pela EBRADI.

<http://lattes.cnpq.br/2166909542578222>

Jucinéa de Cássia Granito da Rosa

Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis.

Pós-graduanda em Direito Empresarial pela Universidade Cândido Mendes

RESUMO

O presente estudo aborda a vigência e validade dos contratos administrativos condominiais, com foco nas consequências da chamada rescisão contratual, baseado na atual legislação civil, bem como costumes e ética. Para tanto, é necessário verificar a história dos contratos, bem como a tríplice da boa-fé contratual, em especial, no que tange aos condomínios edilícios. Assim, será examinada a natureza dos contratos administrativos e ainda verifica a legalidade das cláusulas rescisórias, cujos valores podem ser considerados abusivos diante do estipulado pelas empresas. Este estudo fornece reflexões acerca dos aspectos jurídicos e sociais relacionados aos contratos firmados pela sociedade civil e, por fim, demonstra até que ponto as multas rescisórias atuam como ressarcimento ou mera punição. O método utilizado para confecção desta pesquisa é o dedutivo e descritivo, serão utilizados para o seu desenvolvimento, a doutrina, matérias jornalísticas, artigos científicos, legislação pertinente, jurisprudência e enunciados do direito civil, tratando-se de pesquisa bibliográfica-documental.

Palavras-chave: contratos. condomínio. edilício. rescisão. multas.

ABSTRACT

This study addresses the duration and validity of condominium administrative contracts, focusing on the consequences of the so-called contractual termination, based on current civil legislation, as well as customs and ethics. Therefore, it is necessary to verify the history of the contracts, as well



as the triple contractual good faith, in particular, with regard to building condominiums. After this, the nature of administrative contracts will be examined and it will also verify the legality of termination clauses, whose values can be considered abusive in view of what is stipulated by the companies. This study provides reflections on the legal and social aspects related to contracts signed by civil society and, finally, demonstrates the extent to which termination fines act as compensation or mere punishment. The method used to carry out this research is deductive and descriptive, doctrine, journalistic articles, scientific articles, relevant legislation, jurisprudence and civil law statements will be used for its development, in the case of bibliographical and documentary research.

Keywords: contracts. condominium. building. termination. fines.

INTRODUÇÃO

Não é uma discussão recente a vigência de contratos. De certo, estes instrumentos são quase tão antigos quanto a própria sociedade que os realiza, já que dependem inerentemente da vontade dos seres humanos. Contudo, com o passar das eras e um panorama totalmente distinto a cada fase, não somente os contratos são modificados com o tempo, mas também seus objetos.

Atualmente, devido ao crescimento populacional e expansão das cidades, há de se destacar que não somente das capitais, mas também as cidades de interior, a falta de terrenos e custos elevados para manter uma casa, fizeram com que as pessoas optassem por viver em condomínios.

Em decorrência disto, a quantidade de condomínios acompanhou a evolução, e hoje ocupa grande parte do cenário de construções e moradias do Brasil. Com isso, a contratação de uma administradora de condomínios se torna cardeal para a manutenção da ordem nestes, realizando desde suas funções principais, intrínsecas à rotina do condomínio, até funções secundárias.

Contudo, como em qualquer relação comercial entre duas partes, existe a necessidade da elaboração de um contrato, a fim de reger os termos que servirão como norteadores entre o condomínio e a administradora. É a partir deste momento em que as divergências começam a ser apontadas e perguntas simples tornam-se motivos de ações judiciais morosas, uma vez que a doutrina se mostra ainda muito tímida ao tratar sobre o tema, bem como a própria jurisprudência que segue na mesma esteira.

O quão mais simples seria a resolução dos problemas caso houvesse maior aprofundamento no segmento contratual de administração de condomínios, suas regulamentações e, por conseguinte, das cláusulas contratuais? Este é o objetivo que se pretende explorar.

Simultânea as discussões acerca da natureza do contrato administrativo condominial e todas as suas implicações originárias, que geram direitos e deveres entre as partes signatárias, há o outro polo da temática, que seria a extinção contratual, sendo este o cerne da presente pesquisa.

É certo e previsível de que todo contrato chega ao fim, apesar de ser possível estender a vigência deste, caso essa seja a vontade das partes, mas na hipótese em que isto não ocorre, quais são as providências a serem tomadas? E se apenas uma das partes quiser extinguir o vínculo antes do tempo estipulado? Considerando que no Brasil há o princípio da força obrigatória dos contratos, ou seja, “*pacta sunt servanda*”, a extinção unilateral do contrato por mera manifestação de vontade não é apreciada, necessitando ter autorização legal expressa ou implícita (pela natureza da avença) e, sempre, com a prévia comunicação à outra parte.

Ocorre que, nesta hipótese, as multas aplicadas contra a parte que deseja o fim do contrato, são, muitas das vezes, tão expressivas que ou o contratante desiste da extinção contratual, ou ingressa na justiça para que os valores sejam avaliados.

Neste sentido, considerando a natureza contratual dos serviços administrativos condominiais se impõe questionamentos como: quais os limites éticos e jurídicos das cláusulas rescisórias impostas pela contratada? Qual a linha tênue entre a multa ter finalidade de cumprimento da prestação ou ser meramente punitiva? E a partir de qual momento a multa se torna um meio para enriquecimento sem causa, invés de ser direito do contratado em função do seu investimento? Em adjunto, na ocasião em que o contrato foi finalizado, ambas as partes estavam em paridade de tratamentos? Ou na realidade trata-se de um contrato de adesão, camuflado por uma falsa sensação de poder negocial?

Este trabalho propõe-se a analisar então, no âmbito do Direito brasileiro, os contratos administrativos condominiais e suas respectivas cláusulas que sujeitam milhares de brasileiros, a fim de que seja esclarecida a divisa entre o que é juridicamente aceito ou repreensível, objetivando, por fim, prover uma base doutrinária àqueles que possuem interesse na área.

A HISTÓRIA DOS CONTRATOS

A vida em sociedade sempre foi permeada de regras, sejam aquelas de convívio básico, a fim de manter uma estável e propícia relação social, como as cujos objetivos são de gerar normas a serem seguidas, que evitem lides e conturbações desnecessárias na justiça.

Não é possível o estudo de um instituto jurídico, sem fazer um breve, porém informativo, apanhado sobre sua história, de modo que todas as alterações possuem papel importante na construção da atualidade. Saber resumir, sem suprimir demasiadamente, é assimilar ideias e adaptar a modernidade conceitos tão antigos quanto a própria civilização.

No caso dos contratos, essa construção advém de uma longa linhagem de preceitos, princípios e mudanças históricas. Sabe-se que os contratos surgiram a partir do momento em que as pessoas passaram a realizar negócios entre si, sendo a principal fonte de obrigação no mundo, devido às suas distintas formas e repercussões no âmbito jurídico.

Os hebreus conheceram o instituto do contrato antes da fundação de Roma. [...] que os homens guardam as convenções que fazem entre si – o que queria dizer que, já a esse tempo, os homens haviam verificado a conveniência de não deixar de cumprir a palavra empenhada, mesmo antes de a lei escrita impor sanções para os transgressores das convenções. (DAIBERT, 1980. p. 3 *apud* RIZZARDO, 2020, p. 7, grifo nosso).

Todavia, foi em Roma em que o direito teve sua primeira revelação. Importantes leis e princípios foram criados, e foi na Tábua VI que se revelou a origem da obrigação e do contrato, dando um significado ligado intrinsecamente à um “elo”, ou seja, forte ligação (RIZZARDO, 2020a, p. 07). Nesta época, os contratos ficaram definidos como um comprometimento entre duas ou mais pessoas, com o intuito de criar, resolver ou solucionar qualquer obrigação.

Inspirados pelo direito romano, o direito canônico enunciou o princípio da “*pacta sunt servanda*”, ou seja, na tradução literal, “os acordos devem ser mantidos”, ocorre que caso houvesse descumprimento dos acordos, isto significava uma quebra de confiança e compromisso, o que se equiparava à ocultação da verdade.

É imperioso destacar que o primeiro instrumento codificador moderno foi o Código Napoleônico, neste, enunciou-se que os contratos serviam como espécie da convenção, que por sua vez, era o gênero. Neste sentido, os contratos tinham como única finalidade serem instrumentos para a compra e venda de propriedades.

No Brasil, devido as mudanças legislativas que ocorreram nos últimos vinte anos com o advento do Código Civil de 2002, foi necessário criar elementos mínimos para a efetivação dos contratos, que englobam desde a fase pré-contratual, até mesmo a pós-contratual, quando já se findou o acordo de vontades.

Entende-se, portanto, que a elaboração de um contrato tem como função principal a pacificação social, harmonização de interesses e circulação de riquezas, estando ligado ao progresso moral da sociedade e seus sujeitos.

A tríplice da boa-fé contratual

Um dos princípios inerentes, não só aos contratos, mas também ao Código Civil, é o da boa-fé. Sabe-se que uma sociedade moralmente correta é pautada na ideia de que o indivíduo não tomará nenhuma atitude proposital que prejudique outrem, zelando assim pelos bons costumes e princípios éticos.

Sem escusas, o direito civil apropriou-se de tal conceito tão abrangente e aplicou na área dos contratos, sendo que atualmente a boa-fé se mostra imprescindível para a construção deste ramo.

O princípio da boa-fé contratual encontra-se resguardado nos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil, e trata a respeito da boa-fé objetiva, ou seja, a ideia de agir com lealdade e honestidade durante todas as etapas do contrato, sendo elas: pré-negocial, execução e conclusão.

A boa-fé objetiva supera o ideal do plano intencional, usualmente utilizada em ações possessórias, e passa a exigir um comportamento de lealdade das partes em qualquer negócio jurídico de modo concreto.

Por se tratar de um conceito tão vasto, foi necessário construir ramificações a fim de maior aplicabilidade prática, mas principalmente doutrinária e de ensino. Consequentemente, a boa-fé contratual adquiriu três funções principais, que constroem o modelo de comportamento.

a) Função interpretativa: Trata-se de um direcionamento hermenêutico para que o direito não fique desamparado mediante tantas alterações sociais, podendo garantir a adequação das normas perante a evolução histórica (KNEBEL, 2016, on-line).

É necessário destacar que a Lei de Liberdade Econômica nº 13.874/2019 trouxe algumas inovações, estendendo os parâmetros de interpretação, sendo eles: violação de comportamento contraditório, interpretação contra àquele que escreveu norma abusiva, em um claro viés protecionista, e também deve-se considerar a razoabilidade e racionalidade econômica. Por fim, o §2º do artigo 113 também autoriza que as partes convençionem a interpretação com seus interesses, desde que não contrariem norma de ordem pública.

b) Função de integração: A função de integração se mostra necessária pois completa os pontos controversos de compreensão e aqueles que não foram enunciados, terão a boa-fé como referencial de complementação negocial (KNEBEL, 2016, on-line). Uma vez que a boa-fé deveria estar presente desde antes da celebração contratual, a sua utilização serve apenas para arrematar os tópicos que carecem de maiores informações.

c) Função de controle: O controle baseado na boa-fé serve para garantir de que não haverá por nenhuma das partes, em nenhum momento, o abuso do direito, que poderia levar a um dever de indenizar por conta do atentado ao princípio da boa-fé e aos bons costumes. Tomando em conta, ainda, que o abuso de direito é um ilícito equiparado, o que gera nulidade absoluta conforme o artigo 166, II do Código Civil, além de todas as consequências resultantes da responsabilidade civil.

Em suma, a boa-fé é o princípio basilar desse negócio jurídico, e em razão disso é citada incontáveis vezes, em diversos processos cujos temas são distintos, mas tem esse princípio como ponto comum. Como exemplo de jurisprudência, está o recurso ordinário analisado pela Ministra Ângela Fiorêncio Soares da Cunha: “ PRINCÍPIO DA BOA-FÉ CONTRATUAL, os princípios da boa-fé e da probidade devem ser observados pelos contratantes não só durante a execução do contrato, como ainda antes de sua conclusão (artigo 422 do Código Civil.) ” (TRT 1ª Região, Recurso Ordinário nº 01294008220095010007. Quarta Turma, Relatora: Ângela Fiorêncio Soares da Cunha. Rio de Janeiro. Julgamento: 23 nov. 2010. Publicação: 03 dez. 2010, *on-line*).

Entende-se, inclusive, que a boa-fé é um dever anexo, também chamado de lateral, inerente ao negócio jurídico. Neste sentido, não há necessidade de quer prevê-los de modo positivo no instrumento, sendo que desrespeitá-la significa cometer uma violação positiva contratual, conforme enunciado nº 24 CJF/STJ, in verbis: “ em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa. ”

Em assim sendo, após debruçar-se acerca dos princípios que regem as cláusulas gerais dos contratos, imperioso se faz ao adentrar-se ao tema, traçar uma panorâmica sobre os condomínios edilícios frente ao crescimento populacional ao longo dos anos, bem assim as necessárias modificações no direito habitacional.

CONDOMÍNIOS EDILÍCIOS

Com as mudanças da sociedade, não somente os contratos foram alterados, mas toda a perspectiva e campo de atuação destes. Uma área que mais sofreu com o desenvolvimento humano, foram as residências, uma vez que a maioria da população almeja morar perto das capitais ou cidades mais movimentadas devido a chances de emprego e melhores condições de vida.

Consequentemente, grandes terrenos com uma única construção foram perdendo espaço para os condomínios edilícios, que apesar de existirem desde a época da Grécia e Egito antigo, tornaram-se mais recorrentes e populares nas últimas décadas.

É extremamente importante destacar que ainda que a palavra “edilício” remeta a ideia de um prédio edifício, este não é seu significado. Sua alçada diz respeito à ideia relativa a construções. É considerado um condomínio edilício aqueles horizontais ou verticais, ou seja, desde casas construídas uma ao lado da outra, até apartamentos e salas que estão construídas uma sobre as outras (RIZZARDO, 2020b, p. 24).

Em suma, existem características comuns entre os condomínios verticais e horizontais, que é o melhor aproveitamento econômico do solo e o fato de serem voluntários entre as partes que o compõe. Ademais, deve haver uma pluralidade de donos, não bastando uma única pessoa construir e dividir os locais em diversas matrículas, sem que haja outros donos.

Destaca-se que os condomínios possuem três requisitos essenciais e indispensáveis, conforme artigo 1.322 do Código Civil cumulado com a Lei nº 4.591/64, sendo eles: a) descrição individualizada das áreas comuns e unidades autônomas; b) indicação da fração ideal de cada unidade e c) finalidade condominial. Todas essas informações só poderão ser alteradas futuramente mediante unanimidade dos condôminos.

O papel da administradora de condomínios

Em que pese qualquer aspecto social, a união de diferentes pessoas e costumes tende a causar conflitos, ainda que breves, sobre qual a melhor maneira de gerir responsabilidades e normas. Em razão disso, com a criação de condomínios, foi necessário inserir um terceiro imparcial na relação: a administradora de condomínios.

A administradora de condomínios tem a função principal de auxiliar o síndico em atividades rotineiras do edifício, inclusive para tomadas de decisões. Ou seja, funções relacionadas a área administrativa e de recursos humanos como: contabilizar despesas e receitas, pagamento de boletos de gastos, gerar os boletos com cotas condominiais, assessorar em assembleias (ainda que com custo extra), além da administração de áreas comuns, gestão dos equipamentos de segurança, entre outros. Isso porque uma administradora eficiente é o pilar de funcionamento do condomínio:

A figura dos condomínios autogeridos tem se tornado obsoleta. Aqueles que não possuem uma administradora especializada passaram a ter custos muito elevados em face da necessidade de contratação de empresas de contabilidade, escritório de advocacia, recursos humanos, de medicina do trabalho, entre outros [...] no final, esses custos individuais superam o valor da contratação de uma boa administradora (KARPAT, 2020, p. 41).

Em síntese, é o elo entre o síndico, os condôminos e as pendências administrativas, considerando que a administradora não toma nenhuma decisão, e sim auxilia o representante legal do condomínio a atender os melhores interesses dos condôminos. Neste sentido, sua função é, inicialmente, apenas consultiva ao síndico, porém, conforme o artigo 1.348, §2º do Código Civil, caso o síndico deseje, poderá delegar funções administrativas mediante a aprovação em assembleia.

Ademais, a escolha da administradora poderá ser compartilhada com o conselho, além de ser referendada em assembleia em ocasião posterior e oportuna, dependendo de convocação dos condôminos, a qual segue as regras da convenção condominial.

Há de se destacar, portanto, que o síndico e o administrador de condomínio são figuras distintas. Enquanto o síndico é o representante legal do condomínio, recebendo ou não vantagem pecuniária para exercer sua função, o administrador de condomínio é o funcionário da administradora, prestando a assessoria a qual o síndico necessita para cumprir com êxito o seu papel.

Após análise acerca das atribuições da administradora de condomínio, como também após distinguir-se as figuras do administrador de condomínio e síndico, mister se faz avançar para abordagem do específico contrato de administração condominial e suas cláusulas.

O CONTRATO DE ADMINISTRAÇÃO CONDOMINIAL

Como qualquer negócio jurídico, a relação entre o condomínio e a administradora deve ser pautada em regras claras e coesas entre si, uma vez que como já foi analisado, todas as relações no âmbito contratual devem ser regidas pela boa-fé.

Em razão disso, há a necessidade de se criar um contrato que assegure o efetivo cumprimento das funções da administradora de condomínios, atendendo assim os fins objetivados na contratação, que é a segurança e estabilidade nas relações do condomínio e seus envolvidos.

Na cultura popular entre administradoras e síndicos, tem-se o ideal de que os contratos administrativos sejam indeterminados, ou seja, sem prazo mínimo de vigência, de modo que nenhuma das partes estaria vinculada por mais tempo do que deseja. Não obstante, pautado na boa-fé, espera-se que caso haja uma rescisão por quaisquer das partes, independente da causa, seja dado um aviso prévio formal cujo prazo varia de 30 (trinta) a 90 (noventa) dias, para que assim sejam feitas todas as mudanças necessárias para a contratação de outra administradora.

A jurisprudência do Estado do Rio de Janeiro vem aperfeiçoando a ideia de que o contrato de prestação de serviços condominiais é baseado na confiança e também na qualidade do serviço ofertado, sendo este último um determinador cardeal no momento em que há uma rescisão e ajuíza-se uma ação.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE MULTA CONTRATUAL POR RESILIÇÃO ANTECIPADA DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AUXILIARES À ADMINISTRAÇÃO DE CONDOMÍNIO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

IRRESIGNAÇÃO DA PARTE AUTORA. [...] Resilição do contrato pelo Condomínio réu em 10/12/2015, conforme notificação enviada à autora (e-doc. 107), motivada por alegado descumprimento das obrigações estipuladas no contrato pela Administradora. Na hipótese, as provas dos autos, especialmente os e-mails e documentos acostados pelo Condomínio réu (e-docs. 109/169), demonstram que a parte autora deu causa à extinção do vínculo contratual, em razão de falha na prestação dos serviços, comprovadas através das constantes reclamações da parte ré no sentido de inexatidões e erros de cobranças, erros e demora da Administradora na solução dos problemas, que, inclusive, foram reconhecidas pela própria parte autora em sua réplica. Configurada hipótese de extinção do contrato de prestação de serviços prevista no art. 607 do Código Civil. Incabível, portanto, a cobrança da multa rescisória pleiteada. Improcedência do pedido autoral que se mantém. RECURSO CO-NHECIDO E DESPROVIDO. (TJ/RJ. Décima Nona Câmara Cível. Apelação cível nº 0013751-26.2016.8.19.0087. Relator: Des. Fabio Uchoa Pinto de Miranda Montenegro. Rio de Janeiro. Julgamento: 12 mar. 2022. Publicação: 17 mai. 2022, on-line)

Contudo, a falta de legislação específica, doutrina e afins, fez com que a natureza dos contratos administrativos ficasse à mercê das vontades das administradoras, gerando insegurança na hora da composição das cláusulas que irão reger não somente a contratação, mas também a rescisão desses termos.

Prestação de serviço e contrato de adesão

Perpassados os aspectos gerais dos contratos e condomínios até então, faz-se a pergunta mais importante: Qual a natureza jurídica de um contrato de administração de condomínios? Isto porque esse ponto é crucial para a elaboração e futura extinção contratual, considerando que cada espécie contém suas características próprias e inerentes, que tem a função de garantir um processo mais igualitário possível.

Inicialmente, há de se pensar que os contratos administrativos condominiais advêm da espécie de prestação de serviços, eis que o artigo 594 do Código Civil enuncia seu conceito como toda espécie de trabalho lícito, material ou imaterial. Além de ter a necessidade de ser contratado mediante retribuição.

Um dos pontos cardeais a respeito dessa espécie, é a necessidade obrigatória de onerosidade, isto pois a remuneração pecuniária é intrínseca ao trabalho, uma vez que não se oferece serviço gratuitamente. Inclusive, o artigo 596 do Código Civil diz que caso não haja consenso a respeito do pagamento, esse será estabelecido por arbitramento, ou seja, não há a possibilidade da gratuidade.

É necessário destacar que neste caso, o artigo 597 do Código Civil estabelece que o pagamento deve ser feito após o a prestação de serviços estar completa, ou ser paga em prestações. Considerando que a administração de condomínios é uma atividade mensal, cujo costume é ser pago mensalmente, se aplicaria então o pagamento de prestações acordadas entre as partes no momento da celebração do contrato.

Ademais, é um contrato sinalagmático. Aquele que presta o serviço tem o dever de fazê-lo da maneira contratada, e quem contrata o serviço deve remunerá-lo como acordado previamente entre as partes (TARTUCE, 2019, p. 686). Ademais, é uma obrigação de meio, pois a administração de condomínio visa auxiliar a rotina do síndico e do condomínio em si, mas não há obrigação de entregar um resultado no final.

Por fim, consoante o artigo 598 do Código Civil, a duração máxima dos contratos de prestação de serviço é de 04 (quatro) anos, isto porque é uma tentativa do legislador

brasileiro de vetar uma ligação indefinida entre as partes, como acontecia na época da escravidão brasileira, em que as relações não possuíam fim.

Não obstante, claro, um novo contrato pode ser firmado no final do período de 04 (quatro) anos, pois deste modo poderá ser revisto e adequado às novas circunstâncias societárias. Caso o contrato seja definido com prazo indeterminado, em caso de rescisão, deverá haver aviso prévio, pois caso contrário, a parte lesada com a denúncia poderá requerer indenização, salvo hipótese de justa causa.

Então qual seria a problemática a respeito da natureza dos contratos de administração de condomínios? Ocorre que, com a crescente demanda de serviços em todos os setores, os contratos deixaram de ter a característica negocial até então apontada, isso porque as empresas estão utilizando de modelos pré-fabricados, também chamados de contratos de adesão.

Nesta espécie de contrato, apenas uma das partes decide, anteriormente e sem discussão com o outro polo quais serão as cláusulas expostas no contrato, de modo que o polo mais enfraquecido da relação só possui duas opções: anuir com todas as cláusulas, mesmo aquelas não benéficas, ou se recusar a assinar o contrato.

As pouquíssimas mudanças que a pessoa poderá fazer, não se mostrarão substancialmente efetivas, uma vez que o objetivo do contrato de adesão é assegurar os melhores interesses daquele que tem a maior força e influência. Sua distinção quanto aos contratos tradicionais é tão estridente, que os contratos de adesão também são conhecidos como parasitários, e não negociais (GAGGIOLI, 2014, on-line).

É mais do que claro então que os condomínios, ao realizarem um contrato de administração com uma administradora que utiliza de modelos pré-fabricados, estarão inseridos em uma relação totalmente arbitrária e desigual de forças.

Nessa situação, os princípios da boa-fé objetiva e o da função social do contrato deveriam ser aplicados de modo intenso, fazendo cumprir tudo aquilo que foi estudado até agora. Ocorre, porém, que infelizmente o contrário vem ocorrendo, existem tribunais no Brasil têm decidido de modo desfavorável aos condomínios, como visto a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE ADMINISTRAÇÃO DE CONDOMÍNIO. RESCISÃO ANTECIPADA. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE MULTA CONTRATUAL.

Caso em que o condomínio contratante rescindiu antecipadamente o contrato de prestação de serviços entretido com a empresa autora. Cláusulas penal equivalente à soma de todas as prestações que venceriam até o final do contrato. Ausência de abusividade na hipótese dos autos. APELAÇÃO DESPROVIDA. UNÂNIME. (TJ-RS. Décima Sétima Câmara Cível. Apelação cível nº 70082484361. Relator: Paulo Sérgio Scarparo. Rio Grande do Sul. Julgamento: 22 nov. 2019. Publicação: 03 de dez. 2019, on-line)

A EXTINÇÃO CONTRATUAL

Percorrida toda a extensão da criação do contrato, seus efeitos e funções, chegue-se a hora do instrumento se exaurir, ou seja, cumprir sua função e ser extinto pelas mais

diversas maneiras. O modo mais comum de um contrato ser extinto é o cumprimento da obrigação, seja a entrega do serviço ou do bem, desde que todos os requisitos estejam cumpridos, torna-se totalmente efetivo.

Termina a relação criada porque desempenhada a conduta que vinha imposta. Uma vez satisfeito o objeto, não mais perdura, e esvaiu-se a sua existência. Deu-se o que os romanos chamavam de *solutio*, que leva ao fim natural, com o que se libera o devedor e dá-se a satisfação do direito do credor (RIZZARDO, 2020a, p. 195).

Porém, existem outros modos de extinção dos contratos, que cabem muito melhor no caso da administração condominial, diversas situações podem ter ocorrido, desde a falta de satisfação pela entrega de um serviço de má qualidade, bem como a simples vontade de mudar de administradora, decorrente de problemas de comunicação, nova oferta pecuniária mais benéfica ou melhor identificação com a proposta de outra administradora. Essas situações serão abordadas a seguir, porém, na visão do Direito e não só rotineiro.

A resolução está prevista no artigo 474 do Código Civil, e tem como causa a inexecução do contrato celebrado, sendo que esta causa não era possível de se prever durante a formação do acordo, ou seja, é superveniente. Esta, além disso, se divide em dois tipos de resolução, sendo a primeira a chamada voluntária, em que há deliberada vontade de não cumprir com as obrigações pré-estabelecidas e a involuntária, em que há mudança abrupta das circunstâncias.

Esse tipo de extinção é o que mais se encontra nos Tribunais, uma vez que a parte lesada tende a requerer a resolução contratual, ou até mesmo o cumprimento integral do contrato. Ademais, aquele que se sente de fato prejudicado, pode inclusive requerer indenização por perdas e danos, consoante artigo 475 do Código Civil.

Em outro polo, há a chamada resilição (PEREIRA, s.d., on-line), que diz respeito ao desfazimento do contrato por ajuste das partes, ou seja, suas vontades. Ocorre que, neste caso, esse instituto também se subdivide, não pelas circunstâncias, e sim pelas partes.

A resilição poderá ser unilateral, também conhecida como denúncia e prevista no artigo 473 do Código Civil. Em suma, ocorre quando apenas uma das partes não possui mais interesse em permanecer na relação contratual, desde que não haja cláusulas que proíbam tal ação. Neste caso, bastará a simples notificação à outra parte, pleiteando assim pelo término do contrato.

Já o distrato, também conhecido como bilateral, ocorrerá quando ambas as partes decidirem não seguir com a relação contratual, bastando que um novo termo seja lavrado, dando fim ao contrato previamente discutido.

Ocorre que nos casos em que não se há o distrato ou o exaurimento do contrato, as partes tendem a estipular multas rescisórias, e a partir desse momento, inicia-se a lide que origina todo o estudo deste trabalho, uma vez que apesar de haver previsão legal para a aplicação das referidas penalidades, existem aquelas abusivas que extrapolam sua função real e inerente.

Multas rescisórias

As multas contratuais, também conhecidas como cláusulas penais ou pena convencional, são permitidas no ordenamento jurídico brasileiro, cuja natureza é de

penalidade civil, isto porque nem sempre o contrato chega ao fim por conta do cumprimento integral do que foi acordado entre as partes, existem aquelas hipóteses em que o contratante decide por encerrar o instrumento, independente da razão.

A priori, este tipo de multa objetiva manter a segurança jurídica ao negócio celebrado entre as partes, já que qualquer tipo de contrato demanda investimento para ser cumprido pelo contratado, que também não pode se encontrar no prejuízo. Em suma, a multa se resume a: ocorrendo o descumprimento da obrigação, será acrescido, uma única vez, o valor referente ao total do contrato ou do valor devido.

De fato, as multas possuem caráter intrinsecamente pecuniário, contudo, qual o limite para esse instituto? O Código Civil traz em seu artigo 412 a melhor resposta, pois estabelece que o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal, sob pena de tornar excessivamente onerosa a sanção.

Ou seja, considerando que houve um inadimplemento parcial por ambas as partes, já que a administradora não cumpriu com suas atividades anteriormente contratadas, quanto ao condomínio que resolve finalizar o contrato, não se trata de uma multa compensatória, e sim de multa moratória.

Contudo, ainda que exista essa previsão na legislação, ocorre no Brasil um fenômeno denominado "cláusulas leoninas" nas negociações, isto, multas abusivas, que são expressamente rechaçadas no ordenamento jurídico brasileiro vigente, cuja visibilidade é aumentada em contratos de adesão, já que a parte contratante não possui a força negocial para mudar tais cláusulas e permanece à mercê do interesse do contratado.

Multas abusivas

A justiça brasileira se encontra em um conflito em relação aos direitos e deveres estipulados em contratos, mais precisamente no que tange a sua extinção. Enquanto, de fato, há a liberdade das partes de contratarem serviços, sendo que isto engloba a aceitação de cláusulas abusivas previamente acordadas, de outro lado, no momento da extinção, essas mesmas cláusulas aceitas antes, se tornam motivo de intermináveis lides judiciais.

No caso dos contratos administrativos, imagine a seguinte situação: O Condomínio X, contratou a Administradora Y pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, sendo a mensalidade R\$1.000,00 (mil reais). Contudo, perpassados 12 (doze) meses de serviço, o condomínio X percebe que a Administradora Y não tem prestado um bom serviço, uma vez que está cometendo erros recorrentes e que causam, inclusive, prejuízo pecuniário ao condomínio.

Em razão disso, o Condomínio X, entendendo que a Administradora Y não vêm cumprido com seus deveres acordados, decide encerrar o contrato, dando 30 (trinta) dias de aviso prévio. Ocorre, porém, que ao notificar a rescisão, a Administradora Y informa que o Condomínio terá que arcar, à vista, com todas aquelas parcelas restantes do contrato, ou seja, R\$12.000,00 (doze mil reais). Ainda mais, considerando que muitas das vezes o dinheiro do Condomínio fica em uma conta bancária da administradora, descobrem que o dinheiro já foi retirado sem prévia autorização do síndico, que se vê completamente rendido.

Trazendo a situação hipotética acima para cidades de interior, como Teresópolis, em que os condomínios são pequenos e com pouco fluxo de caixa, a retirada de R\$12.000,00 (doze mil reais) à vista seria o suficiente para desestabilizar todas as finanças, deixando o condomínio com saldo negativo.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE MULTA. CONTRATO DE ADMINISTRAÇÃO DE CONDOMÍNIO. RESCISÃO UNILATERAL. ALEGAÇÃO DE INADIMPLENTO CONTRATUAL, SOB A TESE DE MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RETENÇÃO INDEVIDA DA MULTA RESCISÓRIA. Sentença de procedência. Determinada a devolução do valor da multa na forma simples. Apelação da administradora ré. Parte ré que não logrou êxito em comprovar a regular prestação do serviço. Fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito alegado não demonstrados. Legítima aplicação da cláusula contratual de denúncia do contrato. Procedência do pedido de condenação do réu ao ressarcimento do valor da multa contratual de forma simples. Precedentes deste tribunal. Honorários majorados. Recurso conhecido e desprovido. (TJ-RJ. 24ª Câmara Cível Apelação nº 0137830-68.2021.8.19.0001. Relator: Des. Eduardo Antônio Klausner. Rio de Janeiro. Julgamento: 05 out. 2022. Publicação: 10 out. 2022, on-line)

É indubitável que este tipo de conjuntura obriga a pessoa envolvida no outro polo da relação a questionar suas atitudes e se, verdadeiramente, deseja finalizar o contrato estipulado. Em que pese isso ser completamente legal e, inclusive, um dos objetivos da multa, já que ao celebrar um contrato espera-se que este seja cumprido em sua integralidade, no caso em tela se observa uma perversão da finalidade desse instituto.

Ora, afinal, a partir do momento que as multas se tornam o único motivo de se prolongar a execução do contrato até o final do prazo estabelecido, considerando que a parte que deseja encerrá-lo não possui as condições financeiras de fazê-lo, a multa deixou de possuir o caráter compensatório e de segurança, para uma penalidade àquele se não cumpre fielmente o pactuado, tornando-se um meio para dificultar a manifestação de vontade do síndico, o qual representa o condomínio.

Por meio da boa-fé objetiva, visa-se a evitar o exercício abusivo dos direitos subjetivos. Aliás, no atual sistema constitucional, em que se busca o desenvolvimento socioeconômico sem desvalorização da pessoa humana, não existe mais lugar para a “tirania dos direitos”.

Por isso, de uma vez por todas, não se pode mais reconhecer legitimidade ou se dar espaço às denominadas “cláusulas leoninas ou abusivas” (algumas são tão terríveis que as denominamos jocosamente, em nossas aulas, “zoológicas” ...), quer se trate de um contrato de consumo, quer se trate de um contrato civil em geral (GAGLIANO; FILHO, 2017, p. 509).

Por mais que possa parecer algo ilógico, esse tipo de situação acontece recorrentemente, principalmente pois, como visto anteriormente, o contrato de administração de condomínio ainda é um campo pouco explorado, que fica à mercê de quaisquer administradoras. Porém, considerando que a natureza desta espécie de contrato é de prestação de serviço, tratando-se, portanto, de uma relação de consumo e os Tribunais vêm decidindo em favor dos que se sentem lesados:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - MULTA CONTRATUAL ABUSIVA - NULIDADE RECONHECIMENTO. Embora tenham as partes a liberdade de contratar, porém, tratando-se de relação de consumo, existindo cláusulas abusivas ou onerosas, devem ser reputadas inválidas. (TJ-SP, 35ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível: 92778078120088260000. Relator Des.: Mendes Gomes. São Paulo. Julgamento: 31 mai. 2010, on-line) (grifos nossos)

No caso hipotético apresentado em epígrafe, essa multa poderia muito bem ser considerada abusiva, uma vez que está ferindo a função social do contrato ao obrigar que o contratante permaneça numa relação em que está sendo claramente prejudicado. Ademais, nota-se que a multa perdeu o seu papel de recompensação, passando a ser uma punição exagerada.

A verdade é que na administração de condomínios não há a necessidade de tamanha punição, considerando que o serviço é realizado a cada mês subsequente, e não depende de investimento futuro. É, em tese, um serviço mensal, que não possui um objetivo final a ser alcançado em determinada data, como uma empreitada, por exemplo. Pensando nisso, não há descumprimento da obrigação por parte do condomínio que deseja encerrar o contrato, e sim da administradora que não vêm cumprindo com as suas obrigações de prover um serviço de qualidade.

Em adjunto, como dito antes, os contratos têm perdido a natureza negocial que antes eram intrínsecos a sua celebração. Muitas administradoras estão se aproveitando disso, para realizar negócios em que a parte contratante sai prejudicada pela falta de poder negocial, inclusive em relação as multas. Diante de todo o exposto, essas cláusulas abusivamente onerosas devem ser alvo de discussão judicial, principalmente quanto a sua invalidade.

Existe mais um ponto a se pensar, que é quanto a finalidade do contratado ao estipular uma cláusula tão onerosa. Mais do que isso, qual sua real intenção ao sequestrar o dinheiro da multa, sem sequer ter autorização do síndico ou de qualquer outro responsável pelo condomínio. Sabe-se que no ordenamento brasileiro o enriquecimento ilícito é proibido, sendo este o próximo e último tópico a ser analisado.

ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

O instituto do enriquecimento ilícito, também chamado de sem causa para boa parte da doutrina, pois há outra que entende que enriquecimento ilícito é uma coisa e sem causa outra, encontra-se pautado no princípio do *“suum cuique tribuere”*, ou seja, dar a cada um o que é seu. Isto porque no ordenamento jurídico vigente, onde o direito contratual encontra-se em seu ápice de demanda, deve-se estabelecer que ninguém pode enriquecer a custas dos outros, principalmente pela hipótese de se apropriar de algo que não é de seu direito. Em suma, não se tira a outrem, o que é seu (LOPES, 2017, on-line). Quando se há um acréscimo injustificado do patrimônio devido ao empobrecimento alheio, deve-se restituir aquele que foi lesado.

No sistema brasileiro, o enriquecimento ilícito traduz a situação em que uma das partes de determinada relação jurídica experimenta injustificado benefício, em detrimento da outra, que se empobrece, inexistindo causa jurídica para tanto. (...) em qualquer hipótese, segundo a jurisprudência pátria, a restituição deve ser integral, inclusive com a correção monetária do valor injustificadamente percebido (GAGLIANO; FILHO, 2017, p. 1060).

Diferente do Código Civil de 1916, o Código de 2002 positiva e veda expressamente o enriquecimento sem causa, em um capítulo próprio disto, tamanha a sua importância, nos seguintes artigos:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

Contudo, é imperioso destacar uma distinção importantíssima e que é de extrema relevância para esse estudo: todo enriquecimento ilícito é sem causa, mas nem todo o enriquecimento sem causa é ilícito. Isso porque um contrato desproporcional, com multas demasiadamente onerosas e excessivas, pode configurar um enriquecimento sem causa, porém que não é ilícito, uma vez que, a princípio, não está ofendendo a lei.

Neste sentido, entende-se que a administradora ao impor as respectivas multas abusivas e sequestrar o dinheiro do condomínio sem prévia autorização, está incurso no instituto do enriquecimento sem causa. Isto porque a administradora enriquece em prejuízo dos condomínios que, como visto anteriormente, não possuem força na hora da celebração contratual e tem perda pecuniária gritante.

Está previsto em jurisprudência brasileira, mais precisamente do Estado do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DAS MENSALIDADES POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA.

1. A demanda deduzida em Juízo invoca a responsabilidade civil da ré por cobranças abusivas, fundamentada em enriquecimento sem causa.

2. Reconhecimento da aplicação de percentual excessivo de reajuste, que gerou a compensação de valores.

3. Danos morais caracterizados, fixando-se o valor de R\$ 5.000,00, observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

4. Provimento do recurso. (TJ-RJ. 27ª Câmara Cível. Apelação: 0311758-70.2015.8.19.0001. Relatora: Des. Jacqueline Lima Montenegro. Rio de Janeiro. Julgamento: 10 mar. 2022) (grifos nossos)

Ou seja, apesar de existirem controvérsias a respeito da natureza do instituto do enriquecimento sem causa, está consolidado na doutrina e na jurisprudência brasileira atual de que a cobrança abusiva, entrelaçada ao enriquecimento sem causa, gera dever de indenização aquele que foi lesado, inclusive com correção monetária do valor indevidamente recebido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo científico pretendeu destacar um ponto pouco explorado não somente no ramo do direito, mas também na rotina dos brasileiros, que são os contratos de administração de condomínios. Através de uma série de análises, tanto doutrinárias, quanto

jurisprudenciais e de exemplos reais, tornou-se evidente a necessidade de um maior aprofundamento no referido tema, que muitas das vezes utilizam de analogia e princípios, uma vez que carece de legislação moderna e específica para a solução das lides.

Realizando uma breve, porém impreterível síntese do estudado até agora, tem-se que os pontos principais desse trabalho se focaram em três pilares: a natureza contratual dos contratos administrativos condominiais, os condomínios edifícios e a extinção do contrato. Indubitavelmente que os outros tópicos estudados foram cardeais para o entendimento, contudo, são ramificações dos principais, e em razão disso, servem como alicerces para a construção do pensamento final.

Neste sentido, foi criada uma linha temporal que engloba desde a criação dos contratos na história da humanidade, elencando alguns dos princípios norteadores desse tipo de relação jurídica e que perpassaram os anos, estando vigentes até a atualidade, bem como a análise de jurisprudência extremamente atualizada, a fim de que houvesse a comparação entre o passado e o presente, o que é inerente ao direito, sendo os precedentes históricos importantíssimos para a construção de tese, seja de defesa ou acusação.

Ocorre que, além do viés meramente legislativo e doutrinário presente neste estudo, tornou-se imprescindível estudar os condomínios e suas administradoras, uma vez que a pesquisa gira ao redor dos contratos estipulados entre esses dois polos. Ademais, os questionamentos centrais dependiam da total compreensão desses aspectos gerais de condomínio edifício e afins, para que fossem respondidas perguntas como: os contratos têm natureza de adesão ou verdadeiramente negocial? Além disso, a multa estipulada nos referidos contratos tem previsão legal?

Para se atingir uma compreensão da legalidade ou não das cláusulas rescisórias previstas nos contrativos administrativos condominiais, o princípio da boa-fé norteou toda a pesquisa. Isto posto, foi feita uma análise criteriosa das relações negociais e humanas, tornando-se mais do que claro que a boa-fé é requisito indispensável na elaboração do contrato, uma vez que sua ausência é passível de criar lides judiciais.

Em decorrência disso, uma das indagações principais do trabalho veio à tona: os contratos administrativos condominiais têm natureza de adesão ou negocial? Isto posto, a análise permitiu concluir que essa definição depende de que maneira o serviço que está sendo oferecido. Ora pois, é público e notório que o direito é uma ciência mutável e em constante evolução, tal como a realidade das relações interpessoais e da própria sociedade.

De certo, inicialmente os contratos de administração são definidos como prestação de serviço, uma vez que há uma contraprestação entre as partes, seja o contratante ou o contratado. Neste sentido, as cláusulas seriam negociadas de maneira igualitária, sem que uma parte obtivesse vantagem sob a outra, considerando, ainda, que em uma realidade perfeita, os contratos seriam moldados de acordo com a necessidade de cada cliente ou contratante.

Ocorre, porém, que devido à uma sociedade que demanda cada vez mais a velocidade e agilidade, as pessoas não dispõem de tempo ou vontade de negociar cláusulas, com isso, os contratos administrativos adquiriram uma natureza de adesão, ou seja, não há igualdade entre as partes, uma vez que as reuniões negociais cessaram, dando espaço para

contratos prontos e pré-moldados, nas quais as cláusulas não são estipuladas pensando no caso específico, e sim em termos gerais, que podem ou não se aplicar àquela realidade fática em necessidade.

Essa relação desigual, na qual somente a parte que instituiu o contrato à seu favor possui benefícios, uma vez que nenhuma empresa colocará uma cláusula prejudicial em seu termo, é uma das maiores geradoras de lide no Poder Judiciário atualmente, uma vez que os problemas não surgem enquanto o contrato está sendo cumprido, mas sim quando uma das partes decide não prosseguir mais com o acordado por quaisquer razões, e neste momento, se vê rendida por multas abusivas, as quais estavam previstas no contrato inicial, mas que sequer puderam ser discutidas previamente.

A insatisfação com o serviço prestado pela administradora do condomínio é, muitas vezes, o motivo do encerramento do contrato. Neste diapasão, ambas as partes estão desrespeitando o contrato, a contratada por não oferecer o serviço oferecido, e a contratante por querer encerrar antes da vigência acordada. Mas, em uma análise breve da situação, não é possível concluir que a parte causadora da rescisão é o contratado? Diante disso, a contratante deve responder por essas multas abusivas impostas nos contratos de adesão, que inclusive sequestram o dinheiro do condomínio sem possuir nenhuma autorização?

Com isso, a hipótese de que essas multas extremamente onerosas instituídas no contrato de administração de condomínios, sem o referido caráter negocial, bem como os sequestros sem autorização dos condomínios confirmam a tese de que a administradora está abusando de sua posição vantajosa, instituindo multas abusivas e, em razão disso, enriquecendo sem causa.

É indubitável que as multas estipuladas pelas administradoras que cobram por todas as mensalidades que restaram até o final do contrato, sendo o pagamento a vista e sem quaisquer opções de acordo, inclusive, retendo o dinheiro do condomínio sem prévia autorização, classificam a atitude da administradora como causadora de enriquecimento sem causa.

Não obstante, houve o afastamento da finalidade da multa pecuniária, que é uma restituição dos valores investidos, bem como uma sanção. Na modalidade em que está sendo aplicada, a multa recebeu um caráter totalmente distinto daquele inicial, restando apenas como uma maneira de ganhar dinheiro sob a parte mais fraca da relação.

O fato é que não existem investimentos ou quaisquer outros argumentos que justifiquem uma multa tão abusiva taxada contra os clientes que, na maioria das vezes, sequer puderam negociar tal cláusula, tornando-se totalmente subjugados perante à administradora de condomínios.

Sendo assim, consoante todos os entendimentos jurisprudenciais elencados durante a pesquisa, bem como doutrinas das mais diversas áreas, compreendem-se que atitude da administradora não está de acordo com a legislação pátria, que valoriza tanto a boa-fé entre as partes. Os contratos que estão sendo firmados, além de redigirem cláusulas abusivas, mostram o iminente colapso e decadência do direito civil na área contratual, uma vez que as partes estão estipulando cláusulas que vão em direto confronto com todos os princípios norteadores, sem que haja qualquer tipo de orientação, ou até mesmo reprimenda, antes de chegar no Poder Judiciário.

Ademais, mesmo que se possa restituir os valores gastos com as multas, bem como haja o dever de indenizar a parte prejudicada, esse tipo de ação desgasta todos os envolvidos, tornando o crivo do Judiciário algo corriqueiro e banal, ainda que seja uma matéria que poderia, facilmente, ser resolvida extrajudicialmente.

Por fim, o direito é composto de conflitos, essa é sua gênese e é algo que não mudará mesmo com o passar dos anos, evoluindo ou não a sociedade. Porém, a busca pela justiça não pode cessar em razão das atitudes daqueles que se aproveitam de suas posições, pelo contrário, soluções extrajudiciais devem ser buscadas para que cada vez mais, o Poder Judiciário passe a ser a exceção, não a regra. Mas isso também significa estabelecer parâmetros mínimos para a elaboração de quaisquer instrumentos, não os deixando a mera vontade da parte, pois por mais que ter vontade seja elemento crucial dos contratos, essa não pode ser a única referência.

A abusividade das cláusulas nos contratos administrativos condominiais está sim presente no dia a dia da população brasileira, contudo, é algo passível de solução, desde que a característica negocial retorne ao cerne do contrato e que haja complementação das lacunas legislativas, uma vez que por mais que os condomínios estejam presentes em todo o território brasileiro, ainda há uma carência preocupante das normas que possam reger todo o aspecto jurídico desse instituto, restando, por agora, a aplicação de normas subsidiárias e entendimentos das escassas doutrinas que direcionam seus estudos à essa área.

REFERÊNCIAS

ABRASSP. O perfil dos síndicos no Brasil. Brasil, 2017. 12 slides. Disponível em: < <https://documentcloud.adobe.com/link/review?uri=urn:aaid:scds:US:ddea43fb-f576-4aab-9501-18d8eb2133a4> >, acesso em: 15 set. 2021

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. Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP). Apelação nº 992.08.034842-3. Apelante: Osasco Centro Cursos de Aprendizagem Ltda., Genivaldo Brandão de Souza, Apelados: os mesmos, Relator: Des (a). Mendes Gomes. São Paulo. Prestação de Serviços. Multa Contratual Abusiva. Nulidade Reconhecimento. Data do julgamento: 31/05/2010. Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1106100546/apelacao-civel-ac-92778078120088260000-sp-9277807-8120088260000/inteiro-teor-1106100573> >, acesso em: 13 fev. 2022

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ). Décima Nona Câmara Cível. Apelação Cível nº 0013751-26.2016.8.19.0087. Apelante: Centrimóveis LTDA. Apelado: Condomínio Vivendas de Santa Isabel II. Relator: Des. Fabio Uchoa Pinto de Miranda Montenegro. Rio de Janeiro. Pagamento. Adimplemento e Extinção. Obrigações. Direito Civil. Data do julgamento: 12 mar. 2022. Data de publicação: 17 mai. 2022. Disponível em: < <https://www3.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2022.001.13056> > Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ). Vigésima Quarta Câmara Cível. Apelação nº 0137830-68.2021.8.19.0001. Apelante: Cipa-participações e Administração S/A. Apelado: Condomínio do Edifício Pan América. Relator: Des. Eduardo Antônio Klausner.

Rio de Janeiro. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE MULTA. CONTRATO DE ADMINISTRAÇÃO DE CONDOMÍNIO. RESCISÃO UNILATERAL. ALEGAÇÃO DE INADIMPLEMENTO CONTRATUAL, SOB A TESE DE MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RETENÇÃO INDEVIDA DA MULTA RESCISÓRIA. Data de julgamento: 05 out. 2022. Data de publicação: 10 out. 2022. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000414BAE8F72646ED8A71B74EBA20E47E1FC51304144B42> > Acesso em: 13 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ). Vigésima Sétima Câmara Cível. Apelação nº 0311758-70.2015.8.19.0001. Apelante: Jorge Eduardo Pereira de Almeida. Apelado: Amil Assistência Médica Internacional. Relator: Des (a): Jacqueline Lima Montenegro. Apelação Cível. Plano de Saúde. Reajuste das mensalidades por mudança de faixa etária. Data de publicação: 14/03/2022. Data do julgamento: 10/03/2022. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004592DDEF9836A5D76972754853430A0FCC51116045F22> >, acesso em: 14 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS). Apelação nº 70082484361. Apelante: Condomínio Edifício Alpendre, Apelado: Objetiva Administradora de Condomínios Ltda. Relator: Paulo Sérgio Scarparo. Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Direito Privado Não Especificado. Ação De Cobrança. Contrato De Prestação De Serviço De Administração De Condomínio. Rescisão Antecipada. Possibilidade De Cobrança De Multa Contratual. Data do julgamento: 22/11/2019. Data da publicação: 03/12/2019. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/797362688/apelacao-civel-ac-70082484361-rs> > acesso em: 19 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (TRT-1). Quarta Turma. Recurso ordinário nº 01294008220095010007, Recorrente: Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – SENAC ARRJ, Recorrido: Erlane Cristina de Oliveira, Rio de Janeiro, Relator: Angela Fiorencio Soares da Cunha, Inadimplemento Antecipado do Contrato, Data de Julgamento: 23/11/2010, Data de Publicação: 03/12/2010. Disponível em: < <https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1133587216/recurso-ordinario-ro-1294008220095010007-rj/inteiro-teor-1133587227> >, acesso em: 11 fev. 2022.

DESIMONE, Mariana Ribeiro. Administradora de condomínios: Mesmo com empresa especializada, síndico deve conhecer suas responsabilidades. Síndiconet, [s. l.], 4 mar. 2013. Disponível em: < <https://www.sindiconet.com.br/informese/administradora-de-condominios-colunistas-paulo-henrique-bom> >, acesso em: 20 set. 2021

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 21ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 867 p. v. 3

GAGGIOLI, Sthefane. O contrato de adesão. Jus.com.br, [s. l.], 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33114/o-contrato-de-adesao>>, acesso em: 9 out. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Manual de Direito Civil. São: Saraiva, 2017. 2273 p. v. Único. ISBN 978-85-472-1677-1

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 721 p. v. 3.

KARPAT, Rodrigo. Questões recorrentes da vida em condomínio. Curitiba: Bonijuris, 2020. 174 p.

KNEBEL, Felipe M. Dissecando o princípio contratual da boa-fé objetiva. Jus.com.br, Teresina – PI, 20 mai. 2016. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/49184/dissecando-o-principio-contratual-da-boa-fe-objetiva>.> acesso em: 20 set. 2021.

LOPES, Rénan Kfuri. Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: necessárias diferenças e considerações. Doutrina Pátria, [S. l.], on-line, 29 mai. 2017. Disponível em: < <https://www.rkladvocacia.com/responsabilidade-civil-e-enriquecimento-sem-causa-necessarias-diferencas-e-consideracoes/#comments>.>, acesso em: 30 mar. 2022.

PEREIRA, André Felipe. Diferença entre rescisão, resolução e resilição nos contratos. Pavão e Associados: Advocacia e Consultoria Imobiliária, Santa Catarina, on-line, s.d., Disponível em: < <http://pavaoeassociados.com.br/diferenca-entre-rescisao-resolucao-e-resilicao-nos-contratos/>.>, acesso em: 11 out. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e incorporações. 14^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 550 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Lesão nos contratos. 6^a. ed. Brasil: Forense, 1996. 227 p.

RIZZARDO, Arnaldo. Condomínio edifício e incorporação imobiliária: Grupo GEN, Rio de Janeiro, 2020b. 9788530992170. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992170/>.>, acesso em: 28 set. 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. Grupo GEN, Rio de Janeiro, 2020a. 9788530992637. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992637/>.>, acesso em: 07 out. 2021.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 9^a. ed. rev. São Paulo: Método, 2019. v. Único. 1538 p.

TESTA, Gustavo Nori. Limites a multa contratual. Âmbito jurídico, São Paulo - SP, p. 1-1, 1 dez. 2011. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-95/limites-a-multa-contratual/>.>, acesso em: 11 out. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Contratos em espécie. 13^a. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 689 p.

VIEIRA, THIAGO NORONHA. Saiba como identificar cláusulas abusivas em contratos condominiais. Jornal do Síndico, Aracaju, p. 13, 25 fev. 2018. Disponível em: < <http://www.jornaldosindico.com.br/aracaju/wp-content/uploads/2018/02/Jornal-do-S%C3%ADndico-Edi%C3%A7%C3%A3o-25-Fevereiro-2018.pdf>.>, acesso em: 20 set. 2021.

VILAÇA, Leonardo Ferreira. Breves ponderações sobre a boa-fé objetiva nas relações contratuais. Jus.com.br, Teresina - PI, 26 dez. 2017. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/60794/breves-ponderacoes-sobre-a-boa-fe-objetiva-nas-relacoes-contratuais>.>, acesso em: 20 set. 2021.

A redução da maioria penal e suas consequências no âmbito jurídico e social

Ronne Júnior Aragão Dantas

Graduando do curso de Direito do Centro Universitário São Lucas

Nathan Vitor Skalecki Gonçalves

Graduando do curso de Direito do Centro Universitário São Lucas

Delner do Carmo Azevedo

Professor. Esp. do Curso de Direito do Centro Universitário São Lucas

RESUMO

A redução da maioria penal é um tema que tem intensa ligação com a criminalidade. Isso porque o argumento dos indivíduos que apoiam esta modificação se dá principalmente pelo fato da criminalidade ter aumentado significativamente nos últimos anos no Brasil. Deste modo, desenvolver um estudo acerca da possibilidade da redução da maioria penal foi bastante oportuno, até mesmo para ressaltar ainda mais a possibilidade de discussões que possam trazer eventuais respostas ao problema da criminalidade. Nesse sentido este artigo debruçou-se em desenvolver um estudo sobre a redução da maioria penal e suas consequências no âmbito jurídico e social. A metodologia utilizada foi a técnica de abordagem estatística, verificando o quantitativo de ocorrências da hipótese na realidade fática, de maneira a verificar sua validade. Documental, por meio da análise de documentos que apresentassem dados sobre a criminalidade na juventude e que pudessem subsidiar argumentos favoráveis e contrários a redução da maioria penal, além de material bibliográfico afeto ao tema. Concluiu-se, portanto através dos estudos realizados que para reduzir a violência de forma concreta, a solução mais viável do ponto de vista jurídico, social e econômico, pautando-se de estudos científicos, é investir mais em educação, o que não é complicado dada a altíssima verba destinada aos presídios, bem como a consolidação do ECA, de forma digna a cumprir as suas obrigações nos termos do Estatuto. Assim, os pequenos infratores terão a oportunidade de corrigir seus erros e continuar em condições menos desiguais.

Palavras-chave: redução da maioria penal. criminalidade. ambiente jurídico.

ABSTRACT

Reducing the age of criminal responsibility is an issue that is closely linked to criminality. This is because the argument of individuals who support this modification is mainly due to the fact that crime has increased significantly in recent years in Brazil. In this way, developing a study on the possibility of reducing the age of criminal responsibility was quite opportune, even to



emphasize even more the possibility of discussions that may bring possible answers to the problem of crime. In this sense, this article focused on developing a study on reducing the age of criminal responsibility and its legal and social consequences. The methodology used was the statistical approach technique, verifying the number of occurrences of the hypothesis in factual reality, in order to verify its validity. Documental, through the analysis of documents that present data on youth crime and that could support arguments for and against the reduction of the age of criminal responsibility, in addition to bibliographic material related to the theme. It was concluded, therefore, through the studies carried out that to reduce violence in a concrete way, the most viable solution from a legal, social and economic point of view, based on scientific studies, is to invest more in education, which is not complicated given the very high amount allocated to prisons, as well as the consolidation of the ECA, in a dignified way to fulfill its obligations under the Statute. Thus, minor offenders will have the opportunity to correct their mistakes and continue in less unequal conditions.

Keywords: reduction of the criminal majority. criminality. legal environment.

INTRODUÇÃO

A criminalidade é um dos grandes problemas dos brasileiros. O fenômeno não é novo, e vem num crescente há duas décadas, sofrendo pontualmente alguns retrocessos, mas de maneira geral, aumentando as estatísticas de forma progressiva. Especialmente em razão das consequências que o fenômeno da criminalidade entrega para a sociedade, de modo que é fundamental conhecer as causas da criminalidade.

O crime é um fenômeno extremamente complexo, com diversas causas. Porém, parece haver algumas condições em que a criminalidade aparece ou é potencializada, como no caso de ambientes onde os agentes do crime vivenciem as seguintes situações: pobreza, desemprego, baixa escolaridade, habitação em contexto em que há falta de políticas públicas efetivas que oportunizem melhores condições de vida ao indivíduo. Além destes, o abuso de álcool, consumo de drogas, abandono dos pais, são fatores que estão intimamente ligados às questões sociais, familiares, pessoais e afetivas, que influenciam na criminalidade.

Até algum tempo atrás há (3 ou 4 décadas) a criminalidade era característica predominante de indivíduos do sexo masculino, com idades superiores aos 18 anos. Contudo, além disso ter mudado, tem se percebido cada vez mais jovens praticando crimes. Não existe em verdade um padrão atual para traçar um perfil da criminalidade. Fazendo com que em muitos casos, crianças já com 7-8 anos já estejam praticando crimes.

No Brasil não se considera que crianças e adolescentes pratiquem crimes. O que são imputáveis às crianças e aos adolescentes são os atos infracionais. Os atos infracionais são as classificações dadas aos delitos praticados por crianças e adolescentes que praticaram os delitos. Até 18 anos as crianças e adolescentes que incorrem nestas práticas são detidos e encaminhadas à vara da infância e juventude que decide qual medida será aplicada, como forma de punição ao ato praticado.

Dentre as medidas que podem ser aplicadas como sanção, há desde serviços prestados à comunidade até a internação compulsória. Em verdade a criminalidade fez com que a proposta de redução da maioria penal seja a cada dia uma saída plausível

apresentada pela sociedade para o problema. Muitos alegam que o Brasil não possui um suporte institucional, tampouco estrutural, para abrigar esta grande quantidade de indivíduos.

Bem como o judiciário não estaria preparado para um grande aumento de processos penais; contudo, isso não justifica a sociedade à mercê da criminalidade, a qual anseia por medidas como a redução da maioridade penal.

Deste modo, desenvolver um estudo acerca da possibilidade da redução da maioridade penal é bastante oportuno, até mesmo para ressaltar ainda mais a possibilidade de discussões que possam trazer eventuais respostas ao problema da criminalidade. Logo, tal investigação é indispensável para a definição de respostas aos problemas da criminalidade no Brasil e respostas relacionadas à possibilidade de redução da criminalidade no Brasil.

Dentro do exposto levantaram-se os seguintes questionamentos: “A redução da maioridade penal traria benefícios à sociedade neste momento? O sistema prisional e as instituições judiciárias estão preparadas para tais mudanças? Quais seriam as consequências que a mudança no entendimento da maioridade penal pode trazer ao arcabouço jurídico?”. A partir da problemática em pauta se levantou o pressuposto que a solução para o aumento da criminalidade incluindo indivíduos cada vez mais jovens seja a redução da maioridade penal. Contudo poderá se constatar também que maioridade penal não é a chave para a solução do problema, tendo em vista que há a necessidade de investimentos em políticas públicas para resolução do problema da criminalidade no país.

Diante da problemática levantada, o objetivo geral dessa pesquisa foi: Desenvolver um estudo sobre a redução da maioridade penal e suas consequências no âmbito jurídico e social. Os objetivos específicos são: conceituar maioridade penal; apresentar e analisar estatísticas sobre a criminalidade; analisar os impactos que a redução da maioridade penal suscitaria para o âmbito social e jurídico; verificar os impactos que o sistema penal sofreria, além das polícias e todo o judiciário.

Considerando o tema tratado, o método de abordagem utilizado foi o hipotético-dedutivo, de maneira a estabelecer uma hipótese que possa responder ao problema apresentado, verificando-se sua validade. A técnica de abordagem utilizada foi a estatística, verificando o quantitativo de ocorrências da hipótese na realidade fática, de maneira a verificar sua validade. O método de pesquisa a ser conduzido será o de pesquisa documental, por meio da análise de documentos que apresentem dados sobre a criminalidade na juventude e que possam subsidiar argumentos favoráveis e contrários a redução da maioridade penal, além de material bibliográfico afeto ao tema. A pesquisa procurou explicar as razões e causas do fenômeno da criminalidade no Brasil e buscou verificar se a solução seria uma redução da maioridade penal. A hipótese proposta como solução para o problema terá sua validade verificada do ponto de vista quantitativo e qualitativo.

O AUMENTO DA CRIMINALIDADE NO BRASIL

A redução da maioridade penal é um tema que tem intensa ligação com a criminalidade. Isso porque o argumento dos indivíduos que apoiam esta modificação se

dá principalmente pelo fato da criminalidade ter aumentado significativamente nos últimos anos no Brasil. Tem se visto, nos meios de comunicação televisionados, internet e outras formas de mídia, que crianças estão portando armas e praticando crimes. Sejam eles contra a vida, contra o patrimônio e etc.

Na doutrina há uma clara divisão. Entre aqueles que afirmam que a maioria penal deve ser reduzida, em função de que um indivíduo com 16 anos (idade penal que alguns defendem) já possui o discernimento, sendo plenamente capaz de saber que o ato que está cometendo é ilícito.

Além disso, existem outros estudiosos que afirmam que “medidas punitivas previstas pelo direito penal atualmente se mostram insuficientes e, quase sempre, estes jovens reincidem na prática criminosa.” Inclusive, já existem indícios que apontam para a existência de menores que se aproveitam disso para cometer crimes e não serem punidos de forma efetiva.

Há aqueles que afirmam que se a maioria penal fosse diminuída para 14 anos haveria uma grande diminuição de aliciamento por parte do tráfico de drogas. Em virtude da imputabilidade relativa que a menoridade possui, o tráfico de drogas se aproveita das brechas legais para recrutar estes jovens, sabendo que mesmo que detidos não irão para a cadeia.

Já a segunda corrente afirma que o Estado atualmente não teria reais condições de reduzir a maioria penal, em virtude dos problemas estruturais brasileiros. Há uma desigualdade social que atinge principalmente adolescentes negros e pobres, agravando ainda mais o racismo e marginalização deste grupo social.

Há ainda problemas relacionados à educação, de modo que o governo deve investir pesado em programas educacionais e sociais com vistas à prevenção ao crime. E, por fim, o modelo prisional brasileiro, que ao ver de muitos está saturado e não suporta uma carga ainda maior de indivíduos presos, no caso estes jovens. Além do mais, não existem condições adequadas para promover a ressocialização destes. Com base nesta argumentação inicial apresenta-se algumas considerações sobre o aumento da criminalidade no Brasil e seus fatores, causas e etc.

A criminalidade no Brasil atingiu nos últimos 20 anos números assustadores. O documento mais importante quanto a dados sobre a criminalidade é o Atlas da Violência (IPEA, 2020). Trata-se de um documento que compila dados de distintos tipos de crimes e violências e apresenta em formato de análises, figuras e dados que são importantíssimos para uma análise geral de como o fenômeno tem ocorrido em nosso país.

Este documento apresenta dados importantíssimos para entendermos uma visão geral sobre a situação. Dados do Sistema de Informação sobre Mortalidade, ligados ao Ministério da Saúde (SIM), ligados ao Ministério da Saúde (MS) apontaram a ocorrência de 57.956 homicídios no ano de 2018 em 2018. Os homicídios correspondem a uma taxa de 27,8 mortes por 100 mil habitantes. Ainda que seja bastante significativo (estes dados), trata-se do menor nível de homicídios em quatro anos (IPEA, 2020).

Importa salientar, ainda, que estes dados estão agrupados entre as categorias de agressões (110) e intervenções legais (112) da 10ª revisão da Classificação Internacional de Doenças adaptada à realidade brasileira (CID-BR-10), com base nos parâmetros do Sistema de Informação sobre Mortalidade/Secretaria de Vigilância em Saúde/Ministério da Saúde (SIM/SVS/MS) (IPEA, 2020).

O número de casos faz com que olhemos os dados do ano de 2008 a 2013 quando ocorreram entre 50 mil e 58 mil homicídios anuais. Apresenta-se o gráfico que apresenta a informação com maior clareza.

Gráfico 1 - Número e taxa de homicídios – Brasil (2008-2018)



Fontes: Gerência de Estudos e Análises da Dinâmica Demográfica/IBGE e SIM/MS. Elaboração: Diest/Ipea e FBSP. Obs.: O número de homicídios na UF de residência da vítima foi obtido pela soma dos códigos CID-10 X85-Y09 e Y35-Y36, ou seja: óbitos causados por agressão mais intervenção legal.

De acordo com Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2019) a respeito dos Crimes Violentos Letais Intencionais – CVLI, divididos em grupos, chegamos aos seguintes valores:

Tabela 1 - Crimes Violentos Letais Intencionais – CVLI por unidades da federação.

| Grupos segundo qualidade dos dados ⁽¹⁾ | Brasil e Unidades da Federação | Crimes Violentos Letais Intencionais – CVLI | | | | | | Polícia Civil e Militares Vítimas de CVLI | |
|---|-----------------------------------|---|--------|---------------------|-------|---------------------------------|------|---|------|
| | | Homicídio Doloso | | Latrocínio | | Lesão Corporal Seguida de Morte | | Número Absoluto | |
| | | Número Absoluto | | Número Absoluto | | Número Absoluto | | Número Absoluto | |
| | | 2017 ⁽⁴⁾ | 2018 | 2017 ⁽⁴⁾ | 2018 | 2017 ⁽⁴⁾ | 2018 | 2017 ⁽⁴⁾ | 2018 |
| | Brasil | 56.077 | 48.962 | 2.496 | 1.935 | 950 | 868 | 383 | 343 |
| Grupo 1 | Alagoas | 1.707 | 1.332 | 58 | 37 | 19 | 8 | 2 | 1 |
| | Ceará ⁽²⁾ | 5.042 | 4.481 | 88 | 53 | 41 | 33 | 26 | 13 |
| | Espírito Santo | 1.407 | 1.108 | 45 | 34 | 10 | 10 | 4 | 6 |
| | Goiás | 2.255 | 2.025 | 120 | 105 | 36 | 61 | 5 | 4 |
| | Maranhão | 1.820 | 1.619 | 97 | 71 | 32 | 14 | 3 | 4 |
| | Mato Grosso ⁽³⁾ | 985 | 916 | 50 | 36 | 18 | 26 | 17 | 2 |
| | Pará | 3.877 | 3.767 | 228 | 194 | 40 | 16 | 39 | 52 |
| | Paraíba ⁽⁵⁾ | 1.242 | 1.163 | 38 | 34 | 6 | 13 | 6 | 5 |
| | Pernambuco ⁽⁶⁾ | 5.140 | 4.022 | 250 | 131 | 37 | 17 | 14 | 21 |
| | Piauí ⁽⁷⁾ | 598 | 563 | 45 | 46 | 10 | 8 | 5 | 2 |
| | Rio de Janeiro | 5.346 | 4.950 | 237 | 174 | 39 | 56 | 104 | 89 |
| | Rio Grande do Norte | 1.863 | 1.503 | 83 | 73 | 301 | 216 | 18 | 25 |
| Santa Catarina | 987 | 777 | 65 | 42 | 26 | 21 | 2 | - | |
| Grupo 2 | Acre ⁽⁸⁾ | 503 | 396 | 26 | 20 | 1 | - | - | - |
| | Amapá | 352 | 392 | 18 | 14 | 8 | 29 | 1 | 7 |
| | Amazonas | 1.132 | 1.093 | 77 | 56 | 37 | 27 | 5 | 6 |
| | Bahia | 6.009 | 5.346 | 176 | 137 | 68 | 69 | 20 | 17 |
| | Distrito Federal | 508 | 453 | 36 | 28 | 5 | 8 | 5 | 2 |
| | Minas Gerais ⁽⁷⁾ | 3.966 | 3.095 | 104 | 82 | 66 | 57 | 13 | 8 |
| | Paraná | 2.187 | 1.955 | 67 | 94 | 36 | 39 | 9 | 5 |
| | Rio Grande do Sul ⁽⁸⁾ | 2.970 | 2.355 | 128 | 91 | 34 | 30 | 6 | 3 |
| | São Paulo ⁽⁸⁾ | 3.504 | 3.106 | 338 | 278 | 49 | 80 | 60 | 60 |
| Grupo 3 | Mato Grosso do Sul ⁽⁸⁾ | 530 | 452 | 23 | 24 | 11 | 7 | 7 | 2 |
| | Rondônia ⁽⁸⁾ | 481 | 430 | 21 | 18 | 4 | - | 3 | - |
| | Sergipe | 1.121 | 946 | 59 | 32 | 5 | 6 | 8 | 5 |
| Grupo 4 | Roraima | 190 | 336 | 7 | 14 | 6 | 9 | 1 | 4 |
| | Tocantins | 355 | 381 | 12 | 17 | 5 | 8 | - | - |

Legenda: (...) Informação não disponível; (-) Fenômeno Inexistente. (1) A categoria Mortes Violentas Intencionais (MVI) corresponde à soma das vítimas de homicídio doloso, latrocínio, lesão corporal seguida de morte e mortes decorrentes de intervenções policiais em serviço e fora (em alguns casos, contabilizadas dentro dos homicídios dolosos, conforme notas explicativas). Sendo assim, a categoria MVI representa o total de vítimas de mortes violentas com intencionalidade definida de determinado território. O número de policiais mortos já está contido no total de homicídios dolosos e é aqui apresentado apenas para mensuração do fenômeno. (2) Grupos segundo qualidade estimada dos registros estatísticos oficiais de Mortes Violentas Intencionais. Trata-se de um estudo bienal, cuja última atualização foi em 2018. Grupo 1: maior qualidade das informações; Grupo 2: qualidade intermediária das informações; Grupo 3: menor qualidade das informações; Grupo 4: não há como atestar a qualidade dos dados, pois a UF optou por não responder o questionário de avaliação. Mais detalhes, vide apêndice metodológico. (3) Taxa por 100 mil habitantes. (4) Atualização das informações publicadas no Anuário Brasileiro de Segurança Pública, ano 12, 2018. (5) Número de vítimas inclui 38 homicídios ocorridos em unidades prisionais, em 2017, e 49 homicídios, também em unidades prisionais, em 2018. (6) A categoria homicídio doloso inclui as mortes decorrentes de intervenções policiais. (7) Em Minas Gerais, existe apenas a categoria “homicídio consumado”, que inclui homicídios dolosos e homicídios culposos, excetuando homicídios culposos de trânsito. (8) O estado de São Paulo publica somente os dados de ocorrências de lesão corporal seguida de morte em ambos os anos. Para o dado referente ao número de vítimas de lesão corporal seguida de morte, foi considerado o dado de ocorrências deste crime. Observação: Esta versão foi modificada em 21/10/2019 a partir da retificação do número de vítimas de homicídios e latrocínios do estado de Rondônia, em 2017 e 2018, a partir de estatísticas do site da Secretaria de Segurança, Defesa e Cidadania do estado; e da retificação do número de policiais mortos em Mato Grosso em 2017 e 2018. Essas modificações têm impacto no total de ocorrências do Brasil.

Fonte: Secretarias Estaduais de Segurança Pública e/ou Defesa Social; Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Ainda tratando sobre os homicídios, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2019) traz importantes informações sobre as mortes violentas intencionais, afirmando que houve uma redução de 10,8% em 2018 com relação a 2017. Sendo que 25,7% destas mortes ocorreram nas capitais brasileiras. O número de homicídios a cada 100 mil habitantes apresentado por este relatório é de 27,5, sendo que estes dados correspondem a 2018. Quanto às unidades da federação que apresentaram maiores taxas, destacam-se Roraima com 66,6, Amapá com 57,9, Rio Grande do Norte com 55,4 e Pará com (54,6). Lembrando que estes números fazem alusão ao ano de 2018, já que o relatório foi publicado em 2019. Já as menores taxas foram anotadas pelos Estados do Acre (25,1), Pernambuco (23,3) e Minas Gerais (21,50).

O Anuário de Segurança Pública de (2019) apresenta dados relacionados a mortes de policiais no ano de 2018. 343 policiais civis e militares foram assassinados neste ano; 10,4% a menos que em 2017, sendo que 75% destes foram mortos fora de serviço; destes, 97% eram homens, 51,7% eram negros, 65,5% apresentavam idade entre 30 e 49 anos, e 32% foram vítimas de latrocínio.

Segundo o Anuário de Segurança Pública de 2019, temos que:

No campo da segurança pública, a contagem do número de homicídios sempre foi um importante mecanismo de mensuração da violência. Em primeiro lugar, a gravidade deste crime é um importante fator que explica sua consolidação como o indicador mais comumente utilizado. Além disso, o homicídio é, frequentemente, um dos crimes mais bem notificados. Em casos de furtos e roubos, por exemplo, há uma grande quantidade de ocorrências cujas vítimas não têm incentivo para fazer a queixa à polícia, seja pelo baixo valor do bem subtraído ou pela descrença no sucesso de uma investigação que poderia recuperá-lo. Já no caso dos crimes sexuais, uma grande parte da subnotificação se explica pelos custos em que a vítima incorre ao denunciar, tais como exposição e julgamento social ou revitimização por parte das autoridades que deveriam protegê-la. É importante notar, no entanto, que dizer que o número de homicídios é um bom indicador dos fenômenos gerais de crime e violência não significa que os demais indicadores são desnecessários ou que sua contabilidade seja infalível (ANUÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019, p.210).

Os homicídios não são o único tipo de crime a que esta pesquisa se debruça, contudo, são um importante indicador de violência, senão o mais importante. E, ainda que tenha havido uma diminuição dos números, ainda são alarmantes. O Atlas da Violência (2020) aponta como os principais fatores da diminuição a continuidade da trajetória de diminuição de homicídios na maioria das unidades da federação (puxada principalmente por questões demográficas, Estatuto do Desarmamento associado ao amadurecimento qualitativo das políticas estaduais); além disso cite-se o fenômeno armistício (velado ou não) entre as maiores facções penais nos conflitos ocorridos, principalmente, em seis estados do Norte e Nordeste do país; além do aumento recorde do número de MVCI, que pode ter ocultado milhares de homicídios (IPEA, 2020).

Um outro importante indicador sobre a violência são os furtos e roubos que ocorrem em um país. São os chamados crimes contra o patrimônio. Dados do 13º

Anuário Brasileiro de Segurança Pública, apontam ter ocorrido 490.956 roubos e furtos de veículos no Brasil no ano de 2018. Tal estatística corresponde a 33,26% de todos os crimes patrimoniais registrados no período.

Neste mesmo contexto de roubos e furtos de veículos apresenta-se a tabela 02 a seguir, com os números absolutos.

Tabela 2 - Crimes contra o patrimônio: roubo e furto de veículos

| Brasil e Unidades da Federação | Roubo e Furto de Veículo | | | | |
|--------------------------------|--------------------------|----------------|----------------------|--------------|--------------|
| | Ns. Absolutos | | Taxas ⁽²⁾ | | Variação (%) |
| | 2017 ⁽³⁾ | 2018 | 2017 | 2018 | |
| Brasil | 551.163 | 490.956 | 567,7 | 487,3 | -14,2 |
| Acre | 2.208 | 1.838 | 836,9 | 661,6 | -20,9 |
| Alagoas | 4.328 | 4.892 | 546,6 | 586,0 | 7,2 |
| Amapá | 988 | 989 | 530,3 | 507,1 | -4,4 |
| Amazonas | 8.139 | 5.338 | 961,0 | 604,5 | -37,1 |
| Bahia | 19.016 | 18.473 | 479,6 | 446,3 | -6,9 |
| Ceará | 16.130 | 13.503 | 533,2 | 428,9 | -19,6 |
| Distrito Federal | 10.577 | 9.269 | 603,8 | 511,4 | -15,3 |
| Espírito Santo | 10.788 | 8.335 | 577,3 | 430,3 | -25,5 |
| Goiás | 27.917 | 22.544 | 739,9 | 576,7 | -22,1 |
| Maranhão | 7.607 | 7.073 | 469,9 | 416,9 | -11,3 |
| Mato Grosso | 5.402 | 4.726 | 274,8 | 227,1 | -17,4 |
| Mato Grosso do Sul | 4.547 | 4.496 | 299,5 | 284,0 | -5,2 |
| Minas Gerais | 38.486 | 30.792 | 359,3 | 275,1 | -23,4 |
| Pará | 13.672 | 10.991 | 712,8 | 545,7 | -23,4 |
| Paraíba ⁽⁴⁾ | 5.267 | 5.400 | 425,5 | 417,4 | -1,9 |
| Paraná | 30.722 | 25.494 | 419,0 | 336,7 | -19,6 |
| Pernambuco | 26.561 | 21.056 | 913,8 | 699,4 | -23,5 |
| Piauí | 5.677 | 7.098 | 497,6 | 593,4 | 19,2 |
| Rio de Janeiro | 70.074 | 67.891 | 1.071,6 | 1.009,4 | -5,8 |
| Rio Grande do Norte | 8.321 | 8.025 | 672,1 | 621,7 | -7,5 |
| Rio Grande do Sul | 34.800 | 30.557 | 507,9 | 431,7 | -15,0 |
| Rondônia | 4.931 | 4.919 | 523,9 | 499,4 | -4,7 |
| Roraima | 1.148 | 1.165 | 545,3 | 531,3 | -2,6 |
| Santa Catarina | 15.002 | 11.296 | 303,3 | 219,2 | -27,7 |
| São Paulo | 172.793 | 158.316 | 614,1 | 544,8 | -11,3 |
| Sergipe | 3.701 | 3.415 | 499,4 | 442,1 | -11,5 |
| Tocantins | 2.361 | 3.065 | 356,8 | 444,1 | 24,5 |

Legenda: (...) Informação não disponível. (1) os dados informados correspondem ao volume de ocorrências policiais registradas. (2) Taxas por 100 mil veículos, calculadas a partir da frota de veículos informada pelo Departamento Nacional de Trânsito (Denatran) em dezembro/2017 e dezembro/2018. (3) Atualização das informações publicadas no Anuário Brasileiro de Segurança Pública, ano 12, 2018. (4) Até 2017, as ocorrências de roubo e furto de veículos eram computadas conjuntamente pelo sistema de inclusão de bloqueios no DETRAN, portanto, só há dados desagregados para as duas categorias a partir de 2018.

Fonte: Secretarias Estaduais de Segurança Pública e/ou Defesa Social; Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

O Anuário de Segurança Pública de 2019 apontou que em relação a 2017 houve uma queda de 14,2% no número de crimes contra o patrimônio. Além disso, os roubos de cargas diminuíram 20,2%.

As estatísticas criminais também abordam crimes contra a mulher. Dados relacionados ao feminicídio trazidos pelo Anuário de Segurança Pública de 2019 apontam que em 2018 houveram 1.206 vítimas de feminicídio, um aumento de 11,3%. O ápice da mortalidade encontra-se aos 30 anos, sendo que 28,2% morrem aos 20 a 29 anos, 29,8% entre 30 e 39 anos e 18,5% entre 40 e 49 anos. Destas 61% são negras, 70,7% tinham no máximo o Ensino Fundamental (ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019).

Outros dados importantes a serem apresentados dizem respeito a violência doméstica e violência sexual. No Brasil, a cada 2 minutos há um registro de violência doméstica. São 263.067 casos de lesão corporal dolosa. Um crescimento de 0,8% com relação a 2017. Quanto à violência sexual, são 180 estupros por dia. 66.041 estupros registrados no ano. Um crescimento de 4,1% com relação a 2017. As principais vítimas de violência sexual são: 81,8% mulheres do sexo feminino: 53,8% com idade inferior a 13 anos e 50,9% negras. Enfim, uma triste realidade de 4 meninas, com idade até 13 anos estupradas por hora no Brasil (ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019).

Demais condições como desaparecimentos, são tão importantes quanto, e enriquecem a discussão pelo menos para termos noção sobre os indicadores. Houve, em 2018, 82.094 casos de desaparecimentos no Brasil (ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019).

E, por fim, os números que se referem ao encarceramento (ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019):

- Em 2017, haviam 726.354 pessoas encarceradas no Brasil;
- Corresponde a 3,54% da população;
- 32,4% não foram ainda submetidas a julgamento;
- No ano 2000 haviam 232.755 presos, sendo que em 2017 são 726.354 presos. Um aumento de 212%.
- O sistema prisional afirmava possuir um total de 135.710 vagas, e em 2017 423.242, um aumento de 212% de vagas.
- Atualmente existe um déficit de 212%, havendo portanto superlotação em muitas cadeias.

Comparativos sobre a criminalidade no Brasil

O segundo tópico considerado importante após apresentar as principais estatísticas, é o comparativo sobre a criminalidade no Brasil. Infelizmente não existem dados sobre a grande maioria dos crimes. Nesse sentido, apresenta-se os dados e comparativos com base na demografia.

A grosso modo nota-se que a criminalidade se encontra mais concentrada nos grandes centros brasileiros. Cidades como Rio de Janeiro, São Paulo e Vitória são consideradas capitais violentas, contudo, quando se realiza comparações com base nos indicadores, verifica-se que existem capitais com números de violência muito mais significativos.

As informações são advindas do Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais, de Rastreabilidade de Armas e Munições, de Material Genético, de Digitais e de Drogas (SINESP), de cada estado, com base nos anos de 2015 a 2019, de fonte primária dos boletins de ocorrência das polícias estaduais. É oportuno salientar, ainda, que quando o Anuário de Segurança Pública de (2019) foi publicado, o ano de 2019 não havia sido fechado, de modo que os dados abordaram o primeiro trimestre de cada ano

(ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019).

No que diz respeito aos homicídios dolosos, em números absolutos dos estados do Brasil, apresenta-se a tabela a seguir:

Tabela 3 - Homicídios dolosos de 2015 a 2019.

| Tipo Crime | UF | Mês/Ano | | | | |
|--------------------|---------------------|---------------|---------------|---------------|---------------|--------------|
| | | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 |
| Homicídio doloso | Acre | 39 | 55 | 90 | 53 | 61 |
| | Alagoas | 465 | 442 | 532 | 375 | 270 |
| | Amapá | 48 | 64 | 76 | 38 | 67 |
| | Amazonas | 301 | 275 | 243 | 224 | 211 |
| | Bahia | 1.418 | 1.550 | 1.662 | 1.456 | 1.223 |
| | Ceará | 1.034 | 876 | 905 | 1.146 | 499 |
| | Distrito Federal | 168 | 168 | 132 | 115 | 105 |
| | Espírito Santo | 445 | 330 | 453 | 327 | 283 |
| | Goiás | 634 | 739 | 583 | 525 | 595 |
| | Maranhão | 482 | 590 | 502 | 422 | 320 |
| | Mato Grosso | 269 | 303 | 238 | 228 | 194 |
| | Mato Grosso do Sul | 155 | 134 | 126 | 104 | 106 |
| | Minas Gerais | 1.047 | 1.083 | 1.061 | 819 | 698 |
| | Pará | 754 | 854 | 924 | 900 | 706 |
| | Paraíba | 364 | 361 | 323 | 306 | 240 |
| | Paraná | 353 | 387 | 541 | 463 | 268 |
| | Pernambuco | 924 | 990 | 1.384 | 1.118 | 831 |
| | Piauí | 153 | 170 | 138 | 142 | 124 |
| | Rio de Janeiro | 1.092 | 1.182 | 1.360 | 1.291 | 977 |
| | Rio Grande do Norte | 354 | 434 | 477 | 426 | 274 |
| Rio Grande do Sul | 674 | 698 | 824 | 605 | 461 | |
| Rondônia | 116 | 148 | 108 | 114 | 109 | |
| Roraima | 30 | 32 | 33 | 69 | 26 | |
| Santa Catarina | 194 | 240 | 274 | 224 | 181 | |
| São Paulo | 1.050 | 890 | 878 | 766 | 713 | |
| Sergipe | 329 | 343 | 273 | 302 | 200 | |
| Tocantins | 55 | 90 | 84 | 97 | 104 | |
| Total geral | | 12.947 | 13.428 | 14.224 | 12.655 | 9.846 |

Fonte: Sinesp, 2019.

Apresenta-se, ainda, na tabela 4 a variação entre os números absolutos e variação de homicídios dolosos nos estados brasileiros entre os anos de 2015 à 2019:

Tabela 4 - Números absolutos e variação %.

| UF | Tipo Crime | Mês/Ano | | | | |
|---------------------|------------------|---------|--------|--------|--------|--------|
| | | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 |
| Amapá | Homicídio doloso | | 33,3% | 18,8% | -50,0% | 76,3% |
| Acre | Homicídio doloso | | 41,0% | -63,6% | -41,1% | 15,1% |
| Goiás | Homicídio doloso | | 16,6% | -21,1% | -9,9% | 13,3% |
| Tocantins | Homicídio doloso | | 63,6% | -6,7% | 15,5% | 7,2% |
| Matto Grosso do Sul | Homicídio Doloso | | -13,5% | -6,0% | -17,5% | 1,9% |
| Rondônia | Homicídio doloso | | 27,6% | -27,0% | 5,6% | -4,4% |
| Amazonas | Homicídio doloso | | -8,6% | -11,6% | -7,8% | -5,8% |
| São Paulo | Homicídio doloso | | -15,2% | -1,3% | -12,8% | -6,9% |
| Distrito Federal | Homicídio doloso | | 0,0% | -21,4% | -12,9% | -8,7% |
| Piauí | Homicídio doloso | | 11,1% | -18,8% | 2,9% | -12,7% |
| Espírito Santo | Homicídio doloso | | -25,8% | 37,3% | -27,8% | -13,5% |
| Minas Gerais | Homicídio doloso | | 3,4% | -2,0% | -22,8% | -14,8% |
| Matto Grosso | Homicídio doloso | | 12,6% | -21,5% | -4,2% | -14,9% |
| Bahia | Homicídio doloso | | 9,3% | 7,2% | -12,4% | -16,0% |
| Santa Catarina | Homicídio doloso | | 23,7% | 14,2% | -18,2% | -19,2% |
| Pará | Homicídio doloso | | 13,3% | 8,2% | -2,6% | -21,6% |
| Paraíba | Homicídio doloso | | -0,8% | -10,5% | -5,3% | -21,6% |
| Rio Grande do Sul | Homicídio doloso | | 3,6% | 18,1% | -26,6% | -23,8% |
| Maranhão | Homicídio doloso | | 22,4% | -14,9% | -15,9% | -24,2% |
| Rio de Janeiro | Homicídio doloso | | 8,2% | 15,1% | -5,1% | -24,3% |
| Pernambuco | Homicídio doloso | | 7,1% | 39,8% | -19,2% | -25,7% |
| Alagoas | Homicídio doloso | | -4,9% | 20,4% | -29,5% | -28,0% |
| Sergipe | Homicídio doloso | | -4,3% | -20,4% | 10,6% | -33,8% |
| Rio Grande do Norte | Homicídio doloso | | 22,6% | 9,9% | -10,7% | -35,7% |
| Paraná | Homicídio doloso | | 9,6% | 39,8% | -14,4% | -42,1% |
| Ceará | Homicídio doloso | | -15,3% | 3,3% | 26,6% | -56,5% |
| Roraima | Homicídio doloso | | 6,7% | 3,1% | 109,1% | -62,3% |
| Total geral | | | 3,7% | 5,9% | -11,0% | -22,2% |

Fonte: Sinesp, 2019.

Na tabela 3, foram apresentados os números absolutos de casos de homicídios dolosos dos estados brasileiros, entre os anos de 2015 a 2019, já na tabela 4 apresentou-se a variação dos números absolutos dos homicídios dolosos nos estados brasileiros da tabela 3 em porcentagem %.

Com base nestes indicadores percebe-se que há um aumento no número de homicídios entre 2015 e 2017, atingindo o ponto de inflexão no mesmo ano (2017) (ponto de máximo), caindo em 11% em 2018, com relação ao ano anterior (2017) e chegando a -22% em 2019, intensificando o processo de queda.

Quando fazemos um comparativo entre os principais estados que apresentaram queda, remete-se ao ano de 2016, quando apenas seis estados tiveram queda nos homicídios, quando se desenvolve comparação ao ano anterior (2015).

No ano de 2017, percebeu-se uma tendência de queda em treze estados, quando há uma comparação com o ano de 2016.

Já em 2018, percebeu-se vinte e um estados em queda e, em 2019, de 27 estados brasileiros um total de 22 apresentaram queda nos homicídios. Percebe-se que este fenômeno de queda vem sendo uma forte tendência, inclusive cite alguns estados que se colocam fora da curva, como sendo os estados do norte (AM, AC, TO), considerados como fenômeno de queda. Há ainda crescimento de homicídios nos estados de GO e MS, apresentando mesmo em 2019, até o fechamento do relatório.

Em contrapartida, estados como CE e RR apresentaram fortes quedas no primeiro trimestre de 2019, em virtude dos aumentos intensos nos anos anteriores. Em realidade, tais variações podem ser compreendidas com base nas tendências anteriores.

Importa salientar, ainda, que a intensidade das cores na tabela traduz variações de um ano para outro. Percebe-se que em alguns estados há surtos de homicídios em determinados períodos: crescimento de 63% dos homicídios em Tocantins e de 41% no estado do Acre em 2016; quanto ao crescimento de 63% dos homicídios no Acre e de quase 40% nos estados do Espírito Santo, Pernambuco e Paraná em 2017; observou-se ainda, um aumento de 109% em Roraima e 26% no Ceará no ano de 2019. E ,por fim ,um aumento de 76% em homicídios no Amapá em 2019.

Acerca dos surtos e quedas súbitas, verifica-se diminuições de homicídios no estado do Amapá e no Acre em 2018 (em parte explicadas pelo número baixo de homicídios); cita-se ainda quedas expressivas observadas nos estados do Ceará e Roraima em 2019 (no caso de RR também a flutuação se deve em parte ao pequeno tamanho da amostra).

Pode-se ainda apresentar um outro indicador importante para promover uma análise comparativa da violência. O número de roubo de veículos conforme as tabelas a seguir:

Tabela 5 - Roubo de veículos de 2015 a 2019.

| Tipo Crime | UF | Mês/Ano | | | | |
|--------------------|---------------------|---------------|---------------|---------------|---------------|---------------|
| | | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 |
| Roubo de veículo | Acre | | | 13 | 217 | 278 |
| | Alagoas | 776 | 952 | 917 | 857 | 594 |
| | Amapá | 71 | 46 | 48 | 92 | 118 |
| | Amazonas | 684 | 778 | 1.175 | 867 | 578 |
| | Bahia | 3.943 | 3.887 | 3.618 | 3.420 | 2.906 |
| | Ceará | 2.428 | 2.463 | 2.434 | 2.598 | 1.284 |
| | Distrito Federal | 1.373 | 1.318 | 1.377 | 1.040 | 767 |
| | Espírito Santo | 842 | 840 | 1.623 | 1.247 | 862 |
| | Goiás | 2.215 | 2.814 | 3.440 | 2.778 | 1.427 |
| | Maranhão | 827 | 1.243 | 1.224 | 988 | 742 |
| | Mato Grosso | 901 | 970 | 627 | 607 | 634 |
| | Mato Grosso do Sul | 293 | 273 | 248 | 223 | 154 |
| | Minas Gerais | 2.654 | 3.528 | 3.730 | 3.045 | 1.745 |
| | Pará | 1.367 | 1.496 | 1.895 | 2.069 | 922 |
| | Paraíba | 332 | 85 | 31 | 964 | 1.114 |
| | Paraná | 2.264 | 2.876 | 3.100 | 2.210 | 1.488 |
| | Pernambuco | 2.019 | 3.320 | 5.285 | 4.282 | 3.044 |
| | Plauí | 832 | 879 | 726 | 920 | 1.040 |
| | Rio de Janeiro | 8.229 | 9.806 | 13.494 | 15.436 | 11.115 |
| | Rio Grande do Norte | 1.006 | 1.794 | 1.628 | 1.991 | 319 |
| | Rio Grande do Sul | 3.967 | 4.846 | 5.107 | 4.612 | 3.225 |
| | Rondônia | 449 | 598 | 501 | 402 | 600 |
| | Roraima | 62 | 120 | 65 | 125 | 91 |
| | Santa Catarina | 1.012 | 885 | 814 | 653 | 338 |
| | São Paulo | 20.856 | 19.196 | 18.052 | 13.811 | 11.555 |
| | Sergipe | 423 | 523 | 699 | 754 | 561 |
| | Tocantins | 85 | 239 | 172 | 269 | 167 |
| Total geral | | 59.910 | 65.775 | 72.043 | 66.477 | 47.668 |

Fonte: Sinesp (2019).

Tabela 6 - Números Absolutos e Variação %.

| UF | Tipo Crime | Mês/Ano | | | | |
|---------------------|------------------|---------|------|------|--------|------|
| | | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 |
| Rondônia | Roubo de veículo | | 33% | -16% | -20% | 49% |
| Amapá | Roubo de veículo | | -35% | 4% | 92% | 28% |
| Acre | Roubo de veículo | | | | 1.569% | 28% |
| Paraíba | Roubo de veículo | | -74% | -64% | 3.010% | 16% |
| Piauí | Roubo de veículo | | 6% | -17% | 27% | 13% |
| Mato Grosso | Roubo de veículo | | 8% | -35% | -3% | 4% |
| Bahia | Roubo de veículo | | -1% | -7% | -5% | -15% |
| São Paulo | Roubo de veículo | | -8% | -6% | -23% | -16% |
| Maranhão | Roubo de veículo | | 50% | -2% | -19% | -25% |
| Sergipe | Roubo de veículo | | 24% | 34% | 8% | -26% |
| Distrito Federal | Roubo de veículo | | -4% | 4% | -24% | -26% |
| Roraima | Roubo de veículo | | 94% | -46% | 92% | -27% |
| Rio de Janeiro | Roubo de veículo | | 19% | 38% | 14% | -28% |
| Pernambuco | Roubo de veículo | | 64% | 59% | -19% | -29% |
| Rio Grande do Sul | Roubo de veículo | | 22% | 5% | -10% | -30% |
| Alagoas | Roubo de veículo | | 23% | -4% | -7% | -31% |
| Espírito Santo | Roubo de veículo | | -0% | 93% | -23% | -31% |
| Mato Grosso do Sul | Roubo de Veículo | | -7% | -9% | -10% | -31% |
| Paraná | Roubo de veículo | | 27% | 8% | -29% | -33% |
| Amazonas | Roubo de veículo | | 14% | 51% | -26% | -33% |
| Tocantins | Roubo de veículo | | 181% | -28% | 56% | -38% |
| Minas Gerais | Roubo de veículo | | 33% | 6% | -18% | -43% |
| Santa Catarina | Roubo de veículo | | -13% | -8% | -20% | -48% |
| Goiás | Roubo de veículo | | 27% | 22% | -19% | -49% |
| Ceará | Roubo de veículo | | 1% | -1% | 7% | -51% |
| Pará | Roubo de veículo | | 9% | 27% | 9% | -55% |
| Rio Grande do Norte | Roubo de veículo | | 78% | -9% | 22% | -84% |
| Total geral | | | 10% | 10% | -8% | -28% |

Fonte: Sinesp (2019).

Na tabela 5, foram apresentados os números absolutos de roubos ocorridos nos estados brasileiros, entre os anos de 2015 a 2019, já na tabela 6 apresentou-se a variação dos números absolutos de roubos ocorridos nos estados brasileiros da tabela 5 em porcentagem.

Quando se analisa simultaneamente, tanto os crimes contra a vida com destaque ao homicídio, quanto aos crimes contra o patrimônio pode-se fazer um comparativo e ter uma noção melhor sobre a criminalidade nas principais capitais brasileiras.

A observação de ambas as tabelas demonstram que roubos de veículos têm crescido quanto aos parâmetros, em termos absolutos entre 2015 e 2017. Em 2017 percebe-se uma queda dos números. Os números indicaram um aumento de praticamente 10% em relação aos anos anteriores a 2017, o cenário se inverte e os roubos apresentam uma queda de - 8% em 2018. Quando analisamos de 2017 a 2019, percebe-se uma queda de 28%. Da mesma forma que ocorreu nos homicídios, no caso dos crimes de roubo de veículo, o ponto de inflexão é no ano de 2017, onde verifica-se que a queda se intensificou.

Uma segunda verificação é que em 2016 havia 8 estados em queda; sendo que em 2017 foram 14 e em 2018 dezesseis estados; fechando com 21 estados em 2019. Percebe-se claramente um processo de generalização espacial em estados considerados como fora

da curva: Acre e Paraíba. Estes dois estados são totalmente discrepantes e provavelmente houve algum problema na coleta de dados.

No caso do Acre percebeu-se crescimento no número de roubos entre os anos de 2018 para 2019, assim como em Rondônia e Amapá. Esta condição certamente sugere uma concentração nos casos na Região Norte, ainda que estados como Tocantins e Amazonas tenham apresentado queda.

Notou-se ainda um ligeiro aumento no MS, todavia é importantíssimo levar em conta a forte queda de 2017 no estado (de -35%); estados do Rio Grande do Norte, Pará e Ceará aparecem com fortes quedas em 2019, justificadas pelos aumentos nos anos anteriores. De modo geral, a partir da intensidade da variação, para cima ou para baixo, muito intensiva num ano, pode ser explicada por variações intensas ocorridas nos anos anteriores. Nota-se que estas flutuações bruscas são sempre mais frequentes em estados onde a quantidade absoluta de casos é pequena, como é o caso de Rondônia, Acre e Tocantins.

No contexto das análises, quanto a intensidade das cores da tabela apresentada, verifica-se “surto” de roubo de veículos (variações bruscas e temporárias na quantidade de crimes), a partir da exclusão da análise dos casos de erro aparente, como do Acre e Paraíba em 2018.

Percebeu-se ainda aumentos expressivos em Roraima, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Maranhão e Tocantins em 2016 (Norte e Nordeste). No ano de 2017 os surtos mais expressivos são no estado do Rio de Janeiro, Pernambuco, Amazonas e Espírito Santo.

Já no ano de 2018 chamam a atenção os casos de crescimento no Amapá, Roraima e Tocantins (Norte); e, por fim, no ano de 2019, verificou-se o mesmo crescimento nos estados de Rondônia, Amapá e Acre.

Novamente cite-se casos como Roraima, Tocantins e Amapá de estados com população pequena estas variações bruscas podem ser infladas pelo número baixo. Por fim, estados como Rio de Janeiro, Pernambuco ou Espírito Santo, apresentam como característica um recrudescimento genuíno de tal modalidade criminal durante certos períodos.

Assim, com base nestes indicadores pode-se afirmar que os estados de Rio de Janeiro e São Paulo, em valores absolutos, são aqueles que apresentam uma criminalidade mais visível, até mesmo pelos indicadores apresentados. Todavia as demais capitais não estão muito longes desta realidade. Percebeu-se aumentos entre os anos 2015 a 2017 em praticamente todos os estados da Federação, tanto em roubos como em homicídios.

Com base em tudo que foi apresentado até o momento, em um comparativo sobre a criminalidade, tanto na perspectiva de crimes contra a vida e crimes contra o patrimônio, percebe-se que os números são considerados altíssimos. Comprovando cientificamente através das pesquisas e dos indicadores, que de fato existe tal condição problemática.

Neste sentido, se apresentará a seguir estudos que demonstrem que de fato a criminalidade tem aumentado muito nos últimos anos e pode ser um indicador favorável a modificação da maioria penal, seja para 14 ou para 16 anos.

Redução da maioria penal: aspectos psicológicos, sociais e econômicos

Segundo a Organização Mundial da Saúde (2018) o Brasil está classificado em nono lugar como país do mais violento mundo, com 31,1 homicídios por 100 mil habitantes, média cinco vezes maior que a média mundial. Esses dados justificam o medo da violência em nossa sociedade e justificam os apelos públicos para que nossos políticos tomem medidas para, em última instância, reduzir esses indicadores alarmantes.

Em decorrência dessa massiva agitação popular, várias discussões foram desencadeadas para encontrar meios ou alternativas para reduzir efetivamente essa violência. Entre elas, uma questão que tem recebido crescente atenção nas últimas duas décadas é a proposta de redução da maioria penal.

Segundo levantamento do Datafolha (2015), um número crescente de pessoas manifestou-se a favor da diminuição da maioria penal que atualmente é de 18 anos, para 16 anos, no ano em 2015 essas pessoas a favor representavam 87% da população. Com um apoio popular tão maciço, não surpreende que o maior número de candidatos à presidência da república em 2018 também tenha apoiado cortes orçamentários, tática política que conta com a mídia sensacionalista para explorar a campanha.

Segundo Alves e outros (2009), a mídia frequentemente destaca crimes hediondos cometidos por menores, especialmente aqueles envolvendo vítimas de classe média, pois essas variáveis geram maior resposta e interesse do público.

Costa (2009) argumenta que nos países desenvolvidos há uma tendência crescente de adoção de leis para diminuir a maioria penal, e cita como exemplos os códigos penais de países como França, Portugal e Alemanha. Esses países impõem penalidades criminais a menores e usam essa medida para reduzir a incidência de violência social.

Referente ao julgamento da redução da maioria penal quanto a questões psicológicas I, Beckman (2004) apontou que o lobo frontal (onde está localizado o córtex pré-frontal) responsável pelo raciocínio, julgamento e controle de impulsos em menores ainda não pode funcionar simultaneamente. Muito, muito mais do que adultos.

Há discordância sobre o tempo total de maturação do lobo frontal, que varia entre 20 e 25 anos, mas Beckman (2004) afirmou em seu relato que seu processo de maturação não se inicia até os 17 anos de idade.

Esses estudos não pretendem justificar a delinquência juvenil, eles apenas pretendem esclarecer que punições mais pesadas ou pesadas não farão diferença por causa da maneira cognitiva como os adolescentes julgam as situações. Esse fato contraria o argumento de que os adolescentes têm plena consciência da gravidade e das consequências de seus atos e não cometeriam crimes se soubessem que seriam punidos (AMARO, 2004).

Outro problema desse entendimento é que, no que diz respeito à percepção do comportamento do menor, ele depende de diversas variáveis, como o autocontrole do jovem frente ao crime e a capacidade de julgar seu comportamento e suas consequências. São precisamente as habilidades que faltam aos adolescentes que estão mais propensos

a cometer crimes, especialmente aqueles expostos a influências sociais repletas de “indignidade” que apresentam um futuro incerto e os fazem valorizar o presente em detrimento do futuro (AMARO,2004).

Quanto aos fatores sociais que reduzem a maioria penal, Moura & Ribeiro (2014), pesquisadores da Pesquisa Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), apontaram que o nível educacional da população carcerária brasileira é extremamente baixo. Apenas 7% concluíram pelo menos o ensino médio, enquanto 91% não concluíram o ensino médio ou menos, e uma grande porcentagem (53%) não concluiu o ensino fundamental.

Quanto à redução da maioria penal entre fatores sociais e de políticas públicas, vale destacar que muitos atores, como Costa (2009), argumentam que os países desenvolvidos estão diminuindo a maioria penal e apresentam menores índices de violência. Há um mal-entendido da interpretação causal. É o que explica Males (2015), que relata que a redução da violência não está intrinsecamente ligada à redução da idade de cumprimento da pena, afinal, como dizem, indicadores como acesso à educação, segurança e saúde também devem ser levados em consideração ajuda a reduzir a violência e é um verdadeiro indicador do caráter de país desenvolvido desses países.

Independentemente das ações tomadas, países cujas realidades sociais são radicalmente diferentes da nossa não podem ser usados como pressuposto de que tomamos medidas semelhantes e esperamos resultados semelhantes, afinal existem diversas variáveis que muitas vezes desconhecemos e que podem influenciar o nosso comportamento. Influenciando o desenvolvimento social (MALES, 2015).

A redução da maioria penal também pode impactar economicamente e extremamente de forma negativa, fazendo com que os gastos públicos sejam direcionados para a construção de mais prisões, já que as prisões existentes estão superlotadas em 184% de sua capacidade e oferecem pouca dignidade aos presos, detentos (WASSERMANN, 2013).

Em 2017, o então presidente regente Michel Temer anunciou a construção de cinco presídios federais com orçamento entre 40 milhões e 45 milhões de reais, enquanto o governo do estado de Santa Catarina construiu 9 escolas com orçamento de seis 6,5 milhões. Assim, em média, cada escola recebe um investimento de R\$ 722 mil, enquanto a construção de um presídio rende R\$ 4,4 milhões. Isso significa que com os recursos para construir um presídio federal, poderiam ser construídas cerca de 6 escolas (ARAUJO, 2018).

O alto investimento em presídios para fingir segurança pública em comparação com a falta de escolas é preocupante. Esse dado extremamente preocupante lança luz sobre as prioridades do governo em termos de arrecadação de impostos, o que pode se mostrar novamente uma possibilidade de manipulação política (ARAUJO, 2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os autores que defendem a redução da maioria penal têm total direito e liberdade de opinar e especular teoricamente se embasando apenas de pontos de vista sociais e

de segurança pública. No entanto, nenhum dos autores encontrados e que defendem a redução da maioria penal apresentaram dados com base em estudos científicos, sendo assim não poderiam realmente verificar essas afirmações como verdades. A escassez de artigos que defendessem a maioria penal e a falta de dados que servissem ao mesmo propósito, demonstram claramente a inconsistência dessas ideias.

Deve se atentar ao fato que a diminuição da maioria penal de 18 anos para 16 ou 14 anos, busca meios injustificados de agir sobre as consequências da violência e não sobre suas causas. Observou-se que apenas prender jovens e até adultos não é a solução, pois, o Brasil está como uma das maiores populações carcerária do mundo sendo classificado em terceiro lugar, segundo dados do Infoopen (Brasil, 2014), o Brasil deveria então ser teoricamente, um dos países com menor índice de violência.

Essa redução é apenas para isentar o Estado de seu compromisso de implementar políticas de educação de qualidade, de tomar medidas para reduzir a violência e de construir novas prisões para eliminar os bodes expiatórios da vida em sociedade. Conforme a UNICEF (2018) cerca de 61% dos meninos e meninas brasileiros vivem na pobreza, são economicamente empobrecidos e/ou privados de um ou mais direitos (saneamento, educação, água, informação, moradia, trabalho infantil) um verdadeiro descaso com a população brasileira.

A primeira PEC a propor a redução da maioria penal foi introduzida em 1999, há quase 20 anos. Se a partir de então o governo priorizar a educação ao invés da punição, todos os adolescentes que estão recebendo medidas socioeducativas, talvez não precisem pagar por suas transgressões, porque podem não as cometer.

A redução da maioria penal levará ao aumento dos gastos públicos com prisões, afastando os menores da vida social e das oportunidades educacionais, agravando as desigualdades sociais entre as populações mais pobres, fator que tem se mostrado uma fonte central da violência. Portanto, não é exagero dizer que a redução da violência pode ter o efeito oposto ao pretendido e levar ao aumento da violência.

Concluiu-se que para reduzir a violência de forma concreta, a solução mais viável do ponto de vista jurídico, social e econômico pautando-se de estudos científicos é investir mais em educação, o que não é complicado dada a altíssima verba destinada aos presídios, bem como a consolidação do ECA, de forma digna a cumprir as suas obrigações nos termos do Estatuto. Assim, os pequenos infratores terão a oportunidade de corrigir seus erros e continuar em condições menos desiguais.

REFERÊNCIAS

ADORNO, S.; BORDINI, E.B.T.; LIMA, R.S.D. O adolescente e as mudanças na criminalidade urbana. São Paulo em Perspectiva, v. 13, n. 4, 1999.

AMARO, J. W. F. (2004). O debate sobre a maioria penal. Archives of Clinical Psychiatry (São Paulo), 31(3), 142-144. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-60832004000300004Acesso em: 15 de outubro de 2023.

- ANTUNES, R.D.; DELGADO, L.F.P. OS JOVENS E A CRIMINALIDADE: das origens do problema até as políticas de reinserção social. *Viana Sapiens*, v.6, n.2, Jul/Dez, 2015.
- ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. 2019. Disponível em: < https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf> Acesso em 18 maio 2022.
- ARAÚJO, S. S. D. (2018). A obrigatoriedade da remição da pena pelo estudo no presídio Edvan Mariano Rosendo de Porto Velho/RO. Disponível em: <http://repositorio.saolucas.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2716> Acesso em: 04 novembro 2018.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília, Senado Federal, 1988.
- BRASIL, I. (2014). Levantamento nacional de informações penitenciárias. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional-Ministério da Justiça. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 14 agosto de 2023.
- BEATO, C. Crime e cidades. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2012. EM DISCUSSÃO. Perfil das Pessoas Presas no Brasil. 2016. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/privatizacao-de-presidios/privatizacao-de-presidios/info-perfil-das-pessoas-presas-no-brasil>> acesso em 18 maio 2022.
- BECKMAN, M. (2004). Crime, culpability, and the adolescent brain. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/8424401_Crime_Culpability_and_the_Adolescent_Brain. Acesso em: 15 agosto de 2023.
- COSTA, A. M. (2009). Direito penal. Parte Geral. (Vol. 2). Rio de Janeiro: Editora Forense.
- DATAFOLHA (2015). Maior idade penal. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2015/04/24/maioridade-penal.pdf>. Acesso em: 14 agosto de 2023.
- GALVÃO, G.M. MARTINS, T.D.C. Criminalização da pobreza: o produto de uma violência estrutural. *Revista Transgressões*, 2015.
- GOMES, L. F., & Bunduky, M. C. (2012). Brasil: País Que Constrói Mais Presídios Que Escolas Está Doente. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121921456/brasil-pais-que-construi-mais-presidios-que-escolas-esta-doente> Acesso em: 15 de agosto de 2023.
- IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. 2020. Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18317-educacao.html>> Acesso em 18 maio 2022.
- GIL, Antônio Carlos. Métodos e Técnicas de Pesquisa Social. São Paulo: Atlas, 2006.
- IBGE. Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2020 / IBGE. Coordenação de População e Indicadores Sociais. - Rio de Janeiro: IBGE, 2020.
- IPEA. Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas. Atlas da violência 2020. São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2020.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Fundamentos de Metodologia Científica. São Paulo: Atlas, 2007.

LÁZARO, N. Dia dos Pais pra quem? Com 80 mil crianças sem pai, abandono afetivo cresce. *Metrópoles*, 2020. Disponível em: < <https://www.metropoles.com/brasil/dia-dos-pais-pra-quem-com-80-mil-criancas-sem-pai-abandono-afetivo-cresce> > Acesso em 18 maio 2022.

LEAL, S. Mães solteiras são heroínas, mas atenção para estas estatísticas alarmantes. 2020. Disponível em: < <https://www.familia.com.br/maes-solteiras-sao-heroínas-mas-atencao-para-estas-estatísticas-alarmanes/> > Acesso em 18 maio 2022.

MALES, M. (2015). Age, poverty, homicide, and gun homicide: is young age or poverty level the key issue? *Sage open*, 5(1), 2158244015573359.

MOURA, T. W. D., & Ribeiro, N. C. T. (2014). Levantamento nacional de informações penitenciárias Infopen: junho de 2014. Brasília, DF, Ministério da Justiça. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-doinfopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf> > Acesso em: 15 de outubro de 2023.

OMS. (2008). CID-10 - Classificação internacional de doenças e problemas relacionados à saúde. São Paulo: EdUSP.

RAIHER, A.P. Condição de pobreza e criminalidade: uma análise espacial entre os municípios do Paraná. UEPG, 2018.

TEMER estabelece prazo de um ano para construção de presídios federais (2017, 16 janeiro). *Correio Braziliense*. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2017/01/16/interna-brasil,565619/temer-estabelece-prazo-de-um-ano-para-construcao-de-presidios-federais.shtml> Acesso em 17 agosto de 2023.

UNICEF. (2018). Pobreza na infância e na adolescência. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/pobreza_infancia_adolescencia.pdf Acesso em: 04 novembro 2018.

VIANA, E. *Criminologia*. 11. ed. Salvador: Juspodium, 2018.

WASSERMANN, R. (2013). Número de presos explode no Brasil e gera superlotação de presídios. *BBC Brasil* em, 28. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/12/121226_presos_brasil_aument Acesso em: 15 de agosto de 2023.

Lavagem de Dinheiro e a Teoria da Cegueira Deliberada: a evolução da teoria no ordenamento jurídico brasileiro e sua aplicação com enfoque ao crime de lavagem de dinheiro

Luiz Eduardo de Jesus Guedes

Acadêmico do 10º semestre do curso de Direito das Faculdades Integradas de Nova Andradina – FINAN.

Aldo Luiz de Souza

Orientador: Bacharel em Direito. Especialista em Segurança Pública e Fronteiras. Mestre em Antropologia do curso de Direito das Faculdades Integradas de Nova Andradina – FINAN

RESUMO

A teoria da cegueira deliberada ou também conhecida como teoria das instruções do avestruz, tem sua origem na Inglaterra, conforme pesquisa realizada para a elaboração deste trabalho. O crime de lavagem de dinheiro tem ligação com a sobredita teoria, pois trata-se de um delito, no qual o autor do crime tenta esconder o conhecimento da origem ilícita do dinheiro, objetos e bens. A teoria da cegueira deliberada mesmo sendo muito usada nos tribunais dos Estados Unidos e também de outros países, vem começando a ser implementada no Brasil, auxiliando, desta maneira, na decisão e julgamento de alguns tribunais, esta teoria já foi aplicada em casos famosos e bem conhecidos no Brasil como: Furto ao Banco Central em Fortaleza/CE; Processos da operação Lava Jato e o caso do Mensalão. A curiosidade sobre o crime de lavagem de dinheiro e a busca por conhecimento a respeito, se encontra mais aflorada em períodos de eleições, por se tratar de um crime de colarinho branco, muitas das vezes praticado por representantes do povo (políticos).

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro. teoria. cegueira deliberada. crime. ato ilícito.

INTRODUÇÃO

Em face ao cenário atual, é notável a quantidade de notícias relacionadas a crimes de corrupção e por sua vez a casos de lavagem de



dinheiro. Visto a grande necessidade de punir quadrilhas relacionadas ao crime de lavagem de dinheiro, foi criada a lei 9613/98, que traz em seus artigos a descrição do crime. O crime de lavagem de dinheiro está previsto no art. 1º e seguintes da lei 9613/98, trazendo em sua redação “Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.” (BRASIL, LEI FEDERAL 9.613/98)

Muito embora sendo criada a lei 9613/98 para coagir e punir os infratores, ainda restavam lacunas a serem preenchidas, lacunas essas que os criminosos usavam para se desvencilhar das condenações que poderiam sofrer. Visto que os criminosos tentavam desvincular sua pessoa a lavagem de dinheiro, foi necessário buscar uma forma para que se pudesse punir, passando assim a ser usada a teoria da cegueira deliberada juntamente ao crime de lavagem de dinheiro. (ZACARQUIM, 2017, p. 2).

A teoria da cegueira deliberada possui sua origem na Inglaterra em meados do século XIX, onde uma decisão da corte em 1861 pela primeira vez fez o uso desta teoria, trazendo a ideia daquele indivíduo que possui bens ou valores de origem ilícita e quando questionado demonstra desconhecimento da ilicitude. Esta teoria é muito utilizada nos Estados Unidos e em outros países, no Brasil vem sendo utilizada em alguns casos, mesmo sendo criticada por parte da doutrina e jurisprudência Brasileira. A referida teoria, também é conhecida como a “Teoria das Instruções do Avestruz”, devido ao fato do animal em situações de perigo colocar sua cabeça em um buraco, sendo desta forma parecido com o indivíduo que finge não saber da origem ilícita dos valores ou bens que possui. (ZACARQUIM, 2017, p. 3-4).

Antes de ser utilizada a teoria da cegueira deliberada era muito difícil ficar comprovado que o autor do ilícito, no caso aquele que pratica o crime de lavagem de dinheiro, não sabia da ilicitude dos bens ou valores, passando desta maneira com o auxílio da teoria, os juristas a conseguirem enquadrarem o réu e julgá-lo. Quando os sujeitos desse crime praticam o crime de lavagem de dinheiro, ao receber valores ou bens, este tem a intenção de o mais rápido possível torná-los com um aspecto de algo legal, para que não seja imputado a ele nenhuma punição, sendo assim, quem comete esse delito tenta comprar joias, pinturas ou esculturas. Quando este pratica o ato de transformar aquele bem de origem ilícita em lícita, se dá a impressão de que está lavando o bem, devido este ato de tornar o bem “legal” que advém o nome de “lavagem de dinheiro/capitais”. (GARCIA, 2021, p. 48-49)

Cumprido salientar que, o crime de lavagem de capitais também é cometido pelas orcrim (Organizações Criminosas), tratados, convenções e protocolos buscam constantemente regulamentar formas de afrontar o financiamento dessas atividades ilícitas praticadas pelas orcrim. Os atos que as orcrim cometem para o branqueamento de capitais se confundem muitas vezes com as atividades lícitas de outras empresas, pois estas utilizam de uma grande gama de técnicas para dificultar a detecção da origem ilícita daquele bem, muito embora essa conduta vem recebendo pouca notoriedade dos órgãos de persecução criminal, tanto na elaboração de políticas de prevenção quanto não políticas de repressão. (SILVA, 2018, p. 124-125).

No Brasil a teoria da cegueira deliberada, juntamente com o crime de lavagem de dinheiro, já foi aplicada em alguns casos conhecidos como: Furto ao Banco Central em Fortaleza/CE; Processos da operação Lava Jato e o caso do Mensalão. Esse assunto ganha popularidade e desperta curiosidade da população principalmente em períodos de eleições, por se tratar de um crime de “colarinho branco” e em que na maioria das vezes é cometido por pessoas com um grande poder econômico e político, tornando a punição desses atos mais difícil de ser aplicada. Devido à dificuldade da punição para estes e por se tratar de pessoas com alto poder, a população acaba por não dar tanto valor ou até mesmo acreditar que não seja possível punir esses indivíduos, deixando assim este crime acontecer de forma corriqueira, onde quem o comete, vendo a falta preocupação da população com o que está acontecendo, acaba por cometer cada vez mais este ato ilícito. (SILVA, 1999 *apud* ZACARQUIM, p. 4)

REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

Origem da lavagem de dinheiro no âmbito internacional

A lavagem de dinheiro teve sua origem em meados da década de vinte na Itália, onde se originou a primeira quadrilha a dar início a esta atividade criminosa. Tudo se inicia no ano de 1920, quando entra em vigor nos EUA a famosa lei seca, que proibia a venda e o consumo de bebidas alcoólicas, mas logicamente as pessoas não queriam ficar sem consumir esse tipo de produto, e rapidamente os contrabandistas (máfia) entraram em ação, sendo assim, várias famílias que dentre elas, algumas ficaram famosas ao longo do tempo como a do Al Capone, se mudaram para os EUA e passaram a assumir este ato de contrabandear bebidas para dentro das fronteiras americanas. (BARROS, 2013, p.33).

Foi quando o próprio Al Capone foi preso, por sonegação de impostos, devido ao fato de deixar o dinheiro que advinha do contrabando se misturar com os lucros de outros negócios. A partir de então, todo o crime organizado percebeu, que deveria buscar maneiras de provar e tornar todo esse dinheiro que advinha do contrabando de bebidas, em uma renda com aspecto legal, transformando desta maneira este ato na principal descrição para o crime de lavagem de dinheiro. (BARROS, 2013, p.33).

Origem da lavagem de dinheiro no Brasil

Com o passar do tempo o aumento da “lavagem” ou ocultação de bens, às autoridades brasileiras perceberam que ter o seu olhar voltado para a origem do crime de lavagem de dinheiro no ordenamento jurídico brasileiro, após esse tipo de conduta criminosa se expandir em larga escala no cenário nacional.

Assim, se fez necessário buscar maneiras de coagir o poder que essas organizações criminosas possuíam. Devido esse fato o Brasil se fez um país signatário da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, que ocorreu em Viena em 1988, sendo esta, aprovada pelo Congresso Nacional, por força do Decreto nº162 de 1991. Após todo esse processo, o Brasil iniciando os compromissos internacionais feitos, sancionou em 03 de março de 1998, a Lei de Crimes de “Lavagem” ou Ocultação de Bens,

Direitos e Valores (Lei nº9.613/98), que foi feita para direcionar ainda mais o que já tinha sido especificado na Convenção. (GARCIA, 2021, p. 49).

Por oportuno, vale ressaltar a questão da capilaridade das orcrim quando o assunto é lavagem de capitais, a capilaridade são as ramificações que as organizações criminosas possuem dentro dos mais variados setores do país, essas ramificações acabam por ter poderes em relação a decisões importantes, causam impacto em resultados políticos e até mesmo em ações policiais, desta forma o criminoso infiltrado nas organizações do governo consegue ter grande influência a favor das orcrim, sem levantar qualquer suspeita. (HOLZ *et al.*, 2015, p. 2)

O Decreto sancionado pelo país, inicialmente trazia apenas como objetivo principal o combate aos benefícios financeiros dos indivíduos que traficavam entorpecentes, pois a prática desses grupos movimentava e ainda movimentava bilhões anualmente em todo mundo, além de destruir todas as estruturas sociais que circulam todo ordenamento jurídico. O crime de Lavagem de Dinheiro até meados de 2012, só considerava como delito o que era levado em consideração no rol de condutas, dentre elas o crime de tráfico de drogas, devido esta limitação em 07 de julho de 2012, foi publicado a Lei nº12.683/2012 que tratava do mesmo assunto da Lei 9.613/98, tornando esta última mais rigorosa e aumentando assim, a amplitude para o reconhecimento do que pode ser considerado crime de lavagem de dinheiro, pois passou a tratar-se de qualquer infração penal e não só aquelas dispostas no rol, como relatado anteriormente. (GARCIA, 2021, p. 50-51).

A Lavagem de dinheiro é um crime previsto no nosso ordenamento jurídico, do qual se tem essa nomenclatura, devido ao fato daquele que possui bem ou valor de origem ilícita possuir a intenção de torná-lo lícito de alguma forma, ou seja, fazendo a “lavagem” desse bem. (BATLOUNI, 2020, p. 6).

Segundo Garcia (2021, p. 48)

A lavagem de dinheiro tem sido concebida em uma perspectiva trifásica: (a) a primeira fase é a da colocação (placement), na qual os valores de origem ilícita são inseridos no sistema, nele circulando e paulatinamente se distanciando da origem ilícita, a exemplo do que se verifica com a aquisição de bens, como imóveis e joias; (b) a segunda fase é a da ocultação ou dissimulação (layering), na qual são celebrados negócios jurídicos com o objetivo de encobrir a origem ilícita, a exemplo da transferência dos valores para uma pluralidade de contas; e (c) a terceira fase é a da integração (integration), em que os valores de origem ilícita adquirem a aparência de licitude, o que se dá com a prática de atos lícitos, a exemplo da compra de bens, completando o ciclo da lavagem de dinheiro.

Para uma melhor compreensão da teoria da cegueira deliberada e sua ligação com o crime de lavagem de dinheiro, devemos saber o que é dolo eventual, pois a cegueira deliberada está diretamente ligada a este. O dolo eventual em uma breve explicação, é quando o agente não quer atingir determinado resultado, mas assume o risco de produzi-lo, como o exemplo do indivíduo que não tem a intenção de atropelar alguém ou de causar algum acidente e ingere bebidas alcoólicas e vai dirigir, com essa atitude ele assume o risco de produzi-las, desta forma o indivíduo que pode não ter conhecimento da origem ilícita do bem ou valor, mas já possui uma suspeita e prefere não saber a fundo, já se enquadra no caso da cegueira deliberada. (GARCIA, 2021, p. 52).

Ele suspeita do fato; percebe a sua probabilidade; mas se contém na obtenção da confirmação final, pois almeja poder negar conhecimento a respeito do evento. Isto, e apenas isto, é cegueira deliberada”. Dessa maneira, “finge não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem indevida”⁵³. Não é por outra razão que também se fala em “instrução do avestruz.” (GLANVILLE WILLIAMS, 1961, *apud* GARCIA, p.52).

A teoria da cegueira deliberada é mais aplicada em países como a Inglaterra e EUA que possuem suas decisões baseadas na sua grande maioria em jurisprudências, ou seja, no sistema do “*Common Law*”, diferentemente do sistema adotado pelo Brasil que é o “*Civil Law*”, que são as decisões baseadas e com fundamento na própria lei, tornando desta maneira a aplicação e o entendimento dessa teoria pelos juristas e doutrinadores do Brasil mais difícil. Um dos casos em que foi usada a teoria da cegueira deliberada no Brasil foi a do furto ao Banco Central em Fortaleza/CE. Zacarquim *et al.* (2017, p. 4) traz em sua obra um fato em que terceiros (vendedores) foram responsabilizados pelo crime.

Sobre o tema do presente trabalho, afirma-se que o *leading case* brasileiro deu-se em torno da sentença que julgou o furto ocorrido no Banco Central do Brasil em Fortaleza/CE, na madrugada de 05 para 06 de agosto de 2005. Quando uma quadrilha escavou um túnel de 89 metros e furtou a quantia de R\$ 164.755.150,00 em notas de R\$ 50,00.

Os agentes do crime foram denunciados como incurso nos crimes de furto qualificado, formação de quadrilha, ocultação de bens e valores, uso de documento falso, falsa identidade, posse ilegal de arma de fogo de uso restrito e lavagem de dinheiro.

Segundo narra a sentença proferida pelo juiz de primeiro grau, com a finalidade de “lavar” o dinheiro oriundo do referido furto, dois dos acusados, sócios da empresa de veículos Brilhe Car Automóveis, venderam aos ladrões do banco, por intermédio de uma terceira pessoa, onze veículos no valor de R\$ 730.000,00, deixando um saldo de R\$ 230.000,00 para aquisição futura de veículos na revenda, perfazendo a monta de R\$ 980.000,00, que foram levados ao estabelecimento pelo próprio intermediador, em notas de R\$ 50,00, armazenadas em sacos de náilon.

Para o magistrado, o intermediário, de fato, possuía conhecimento quanto à origem ilícita do numerário utilizado para a aquisição dos automóveis. No que se refere aos vendedores (ora acusados), o julgador entendeu que, embora não tivessem pleno conhecimento da origem ilícita dos valores, tinham elementos suficientes para desconfiar da origem do dinheiro, aplicando, desta forma, a teoria da cegueira deliberada ao caso, condenando os vendedores. (ZACARQUIM *et al.*, 2017)

A nomenclatura utilizada por Rezende “*leading case*” é ressaltado por Guido Fernando Silva Soares em sua obra “*Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*”, e essa, é uma decisão importante e que se encontra onde outras já circulam, tornando desta forma precedente para casos futuros.

Dentre outros casos dos quais foi aplicado a teoria da cegueira deliberada temos caso do Mensalão, onde o Supremo Tribunal Federal (STF) utilizou pela primeira vez, mesmo que de forma secundária. Segundo Assumpção (2017, p. 11)

O Ministro Celso de Mello, ao votar favoravelmente à condenação dos ex-deputados do PT Paulo Rocha e João Magno por lavagem de dinheiro, admitiu “[...] a possibilidade de configuração do crime de lavagem de valores, mediante o dolo eventual, exatamente com apoio no critério denominado por alguns como ‘teoria da cegueira deliberada’, que deve ser usado com muita cautela”.

O ex juiz federal Sergio Moro, durante o período que estava na 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, também frequentemente citava a teoria da cegueira deliberada para julgar

os casos da Operação Lava Jato, fazendo a equiparação da teoria com o dolo eventual brasileiro.

346. São aqui pertinentes as construções do Direito anglo saxão para o crime de lavagem de dinheiro em torno da “cegueira deliberada” ou “willful blindness” e que é equiparável ao dolo eventual da tradição do Direito Continental europeu. Escrevi sobre o tema em obra dogmática.

347. Em síntese, aquele que realiza condutas típicas à lavagem, de ocultação ou dissimulação, não elide o agir doloso e a sua responsabilidade criminal se escolhe permanecer ignorante quando a natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos na transação, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento sobre os fatos. (MORO, 2014 *apud* ASSUMPÇÃO, p. 12).

METODOLOGIA

A pesquisa tem uma abordagem documental, predominantemente teórica, valendo-se de estudos bibliográficos para a coleta de dados, sendo analisados artigos, livros e sites para a compreensão da aplicação da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Tratando-se da aplicação da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro, existe a difícil tarefa de ficar comprovado o verdadeiro estado de consciência do infrator, e que desta forma ateste sua verdadeira vontade de cometer aquele ato, tornando-se ainda mais difícil a comprovação do momento em que este nega o conhecimento do fato tendo plena convicção da licitude desta ação.

Segundo Assumpção (2017, p. 15)

O surgimento da Teoria da Cegueira Deliberada se deu justamente para evitar que essas condutas anteriores do indivíduo pudessem gerar um vácuo de responsabilização penal, impedindo, portanto, que o indivíduo pudesse se beneficiar da sua própria torpeza. Conforme visto, a Cegueira Deliberada considera que o agente agiu com plena consciência caso ele tenha atuado anteriormente à sua conduta, de maneira comissiva ou omissiva, para se furtar de saber sobre a ilicitude de seus atos, com o inequívoco propósito de evitar uma futura responsabilização penal.

Desta maneira, pode-se inferir do texto a possibilidade que foi aberta para analisar a conduta e a intenção do agente, para que seja possível a compreensão e aplicação da teoria ao fato. Sendo assim, a utilização da teoria e o entendimento da intenção e conduta do agente, auxilia um possível julgamento por parte do órgão julgador. É perfeitamente possível a aplicação da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no delito de lavagem de dinheiro, vez que foi superada a dificuldade que existia antes. Com a aplicação da teoria em comento, é possível demonstrar o real e efetivo conhecimento do agente, sobre a ilicitude da origem dos valores que por ele foram “lavados”, faz com que a teoria seja de suma importância para imputar essas condutas criminosas aos seu respectivo infrator. (ASSUMPÇÃO, 2017, p. 15)

O ordenamento jurídico brasileiro possui em sua grande maioria inúmeros casos em que se permite a figura do dolo eventual, fazendo uma equiparação entre eles, desta forma,

a não ser que o tipo penal exija o dolo direto expressamente, será admitido a condenação por dolo eventual. No momento em que ocorre essa amplitude da teoria que se deve ter cuidado, para que não haja uma ampliação exorbitante sobre o conceito de dolo, pois a garantia do processo legal que é direito de todos, impõe ao órgão acusador comprovar a ocorrência do crime, o que expõe a comprovação da conduta típica, ilícita e culpável do agente. Sendo assim, a Teoria não pode ser utilizada como uma simples alternativa quando não for possível provar definitivamente o conhecimento pelo agente dos elementos de sua conduta. (ASSUMPÇÃO, 2017, p.3-4)

Tratando-se do fato, é essencial provar uma ação anterior de conformidade com a conduta do indivíduo, para salvaguardá-lo da ilegalidade de sua conduta. Este último requisito é de suma importância, pois se a acusadora não puder provar o conhecimento do indivíduo sobre a ilegalidade de seu comportamento, ela não poderá provar que ele agiu conscientemente no momento do comportamento, no sentido de impedir que tal existisse em sua forma plena. Portanto, a atividade probatória deve recair sobre o momento em que o indivíduo tenha agido, seja comissiva ou omissivamente, para impedi-lo de ter consciência em razão de sua conduta, nas hipóteses em que seria possível alcançar tal consciência. (ASSUMPÇÃO, 2017, p. 15).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo substabelecido teve como principal função a análise das nuances históricas e jurídicas, que envolvem a aplicabilidade da doutrina da cegueira deliberada, e de sua aplicação nos crimes de lavagem de capitais, desde sua origem, como instrumento de ampliação da abrangência da legislação criminal, até os dias atuais nos quais houve a utilização da teoria pela jurisprudência nacional em casos de grande repercussão midiático. A teoria da cegueira deliberada pode ser utilizada no crime de lavagem de dinheiro. No Brasil a teoria encontra alguns obstáculos e resistência como a dos doutrinadores e juristas, mas vem ganhando espaço, porém a passos lentos.

Diariamente conseguimos nos deparar com pessoas que são oportunistas e aproveitam cada oportunidade para se sobressair em relação a outras. Como é o caso dos indivíduos que fingem não conhecer a origem ilícita e a ilegalidade do fato que estão cometendo. Devido a esses casos e com tudo que foi estudado, deve-se ser ampliado a aplicação da teoria da cegueira deliberada no nosso ordenamento jurídico, buscando desta forma coagir toda e qualquer infração desta natureza, pois a aplicação desta, facilita a persecução penal pelo Estado, proporcionando mais segurança para toda sociedade. Desta maneira, com mais casos sendo julgados e fazendo o uso da Teoria, irá impulsionar cada vez mais o uso desta.

REFERÊNCIAS

Consultor Jurídico; O que é teoria da cegueira deliberada? Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-28/callegari-scarlot-teoria-cegueira-deliberada>. Acessado em 10 de março. 2023.

BRASIL. Lei Federal 9.613/98. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acessado em 3 abril. 2023.

BRASIL. Jus.com.br. Lavagem de dinheiro e a teoria da cegueira deliberada no âmbito jurídico brasileiro. Disponível em :<https://jus.com.br/artigos/55017/lavagem-de-dinheiro-e-a-teoria-da-cegueira-deliberada-no-ambito-juridico-brasileiro>. Acessado em 16 de maio. 2023.

GARCIA, Emerson. A Cegueira Deliberada na lavagem de dinheiro. 2021, Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº79, jan/mar. 2021.

ZACARQUIM, João Ricardo Siqueira e REZENDE, Guilherme. A Teoria da Cegueira Deliberada e sua Aplicação no Direito Penal Brasileiro. 2017, 5º Simpósio de Sustentabilidade e Contemporaneidade nas Ciências Sociais. Centro Universitário FAG, junho. 2017.

ASSUMPÇÃO, Pedro Antonio Adorno Bandeira. A Teoria da Cegueira Deliberada e a Equiparação ao Dolo Eventual. 2017, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2017.

BARROS, Marco Antônio de. Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis Correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MENDRONI, Marcelo Batlouni; ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP: LAVAGEM DE DINHEIRO. São Paulo: PUCSP, 2020. p. 1-76.

SILVA, R. A. M. D; UMA PROPOSTA DE CRIAÇÃO DA CORTE PENAL DO MERCOSUL PARA JULGAMENTO DE CRIMES TRANSNACIONAIS PRATICADOS POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. São Paulo: 2018. p. 1-188.

HOLZ, Wilson Pimentel; JACOB, Alexandre. LIMITE DA ATUAÇÃO DO AGENTE DE POLÍCIA NA ORGANIZAÇÃO: p. 1-14, 2015.

Do reexame necessário e pagamento de requisição de pequeno valor frente o princípio da isonomia

Fernanda Cristina Batista
Ihgor Jean Rego

RESUMO

O presente estudo científico tem como objetivo central a exposição detalhada das disparidades existentes entre o Estado e o cidadão no âmbito das demandas judiciais. A análise se concentra na notável discrepância de tratamento entre essas duas entidades, destacando especialmente a vulnerabilidade do cidadão comum durante os processos legais. A abordagem será direcionada para uma apresentação clara e concisa dessas desigualdades, ressaltando o desequilíbrio inerente entre as partes envolvidas em uma demanda judicial, onde o cidadão muitas vezes se vê em uma posição de desvantagem diante da máquina estatal. Além de explorar essa disparidade fundamental, o artigo também se debruça sobre a conceituação do reexame necessário e a expedição de Requisições de Pequeno Valor (RPVs). Será empreendido um esforço para compreender a dinâmica desses institutos legais e examinar como eles podem agravar a desigualdade já existente. Serão destacados os princípios da isonomia e a maneira pela qual esses princípios muitas vezes são violados em situações que envolvem uma relação processual entre um indivíduo e o aparato estatal. A essência da pesquisa visa, portanto, fornecer uma análise aprofundada das discrepâncias mencionadas, visando à conscientização sobre a necessidade de uma revisão na abordagem do reexame necessário e do pagamento de RPVs no contexto do rito processual. O estudo procura não apenas identificar os desequilíbrios existentes, mas também sugerir reflexões e possíveis soluções que poderiam ser implementadas para atenuar essa desigualdade latente e promover um sistema judiciário mais equitativo e justo para todos os cidadãos. Portanto, é imperativo que a comunidade jurídica e os formuladores de políticas considerem cuidadosamente esses pontos, a fim de garantir um acesso igualitário à justiça e à proteção legal.

Palavras-chave: processos legais. justiça. princípio da isonomia.

ABSTRACT

The present scientific study aims at providing a detailed exposition of the existing disparities between the State and the citizen in the realm of legal demands. The analysis focuses on the notable discrepancy in treatment between these two entities, particularly highlighting the vulnerability of the common citizen during legal proceedings. The approach will be directed



towards a clear and concise presentation of these inequalities, emphasizing the inherent imbalance between the parties involved in a legal demand, where the citizen often finds themselves at a disadvantage in the face of the state machinery. In addition to exploring this fundamental disparity, the article also delves into the concept of mandatory review and the issuance of Small Claims (SCs). An effort will be made to understand the dynamics of these legal principles and examine how they can exacerbate the pre-existing inequality. The principles of equality will be underscored, and the manner in which these principles are often violated in situations involving a procedural relationship between an individual and the state apparatus will be examined. The essence of the research, therefore, aims to provide an in-depth analysis of the mentioned discrepancies, with the goal of raising awareness about the need for a review in the approach to mandatory review and the payment of Small Claims within the context of the procedural process. The study seeks not only to identify the existing imbalances but also to suggest reflections and possible solutions that could be implemented to mitigate this latent inequality and promote a more equitable and just judicial system for all citizens. Hence, it is imperative for the legal community and policymakers to carefully consider these points in order to ensure equal access to justice and legal protection.

Keywords: legal processes. justice. principle of isonomy.

INTRODUÇÃO

Atualmente, os brasileiros estão familiarizados com um Estado permeado por privilégios, voltado para favorecer seus políticos e sua operação, independentemente de prejudicar a população. Isso demonstra completa indiferença em relação ao setor privado em detrimento de seus próprios benefícios.

Dentro dessa premissa, no contexto atual do processo civil, especialmente nas demandas judiciais contra o Estado e suas entidades, o tema dos chamados “privilégios” processuais do Estado se refere aos excessivos benefícios concedidos à Fazenda Pública. Na prática, isso constitui uma afronta aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

O autoritarismo inerente ao Estado, que justifica o excesso de prerrogativas processuais, reflete uma visão ultrapassada e contrária à modernização e universalização da jurisdição. O sistema atual busca alcançar uma igualdade efetiva entre as partes, visando à eficácia do processo e à harmonização social pela justiça. Esses privilégios, notadamente o reexame necessário e os morosos RPVs, frequentemente representam vestígios indesejáveis de épocas antidemocráticas. Na prática, subsistem como resultado de conveniência institucional em detrimento da população.

O objetivo do processo judicial é concretizar os direitos das partes de maneira efetiva. Portanto, o processo somente cumpre sua verdadeira essência quando fundamentado na igualdade e em um procedimento legítimo. Nesse sentido, não deve haver espaço no cenário jurídico para elementos que possam de alguma forma sugerir arbitrariedade ou preterição, ou seja, tratamento desigual aos litigantes.

No século XXI, não é mais admissível a existência de privilégios. O Estado Democrático de Direito está em constante modernização em busca de facilitar a incorporação

do direito na vida dos cidadãos. Portanto, o campo da ciência jurídica, especialmente o direito processual civil, deve trilhar um caminho justo e igualitário no acesso à ordem jurídica. Isso exige a eliminação das desigualdades dos conflitos, garantindo à parte vencedora aquilo que almejava ao entrar com a ação judicial: celeridade.

Atualmente, o processo não é mais considerado apenas uma técnica, mas principalmente um meio de acesso do cidadão à justiça. Consequentemente, os procedimentos de recurso e pagamento (execuções), aplicados ao litigante privado e ao cidadão comum, também devem ser estendidos ao Estado para assegurar a igualdade entre as partes. Em uma sociedade que busca eliminar privilégios, tal abordagem é essencial.

Com base nesses importantes pilares, não será tido como justo um processo conduzido sem que, na prática, esteja efetivamente garantida a igualdade de prerrogativas e de armas à disposição dos litigantes, ou seja, deve haver a paridade de armas, e não a obrigatoriedade de recurso e o julgamento e decisões em desfavor do Estado por um colegiado.

Nesta premissa, vejamos os ensinamentos do professor Cândido Rangel Dinamarco:

Não há legalidade no exercício do poder, quando o ato imperativo da autoridade estatal não tiver sido precedido de bastantes oportunidades de defesa e participação verdadeiramente igualitária, outorgadas ao sujeito a ser atingido por seus efeitos.

Sob essa perspectiva, o estudo do tema da isonomia processual em relação ao Reexame Necessário e à obrigação de pagamento, incluindo a execução, parte do pressuposto fundamental de que não se busca rejeitar a desigualdade em si, mas sim repelir a desigualdade injustificada. O objetivo é nivelar as partes em litígios envolvendo a Fazenda Pública e assegurar a aplicação do princípio da paridade de armas.

Por fim, com um enfoque claramente direcionado ao processo e seus objetivos primordiais, serão analisados alguns dos privilégios processuais do Estado. Além disso, na medida do possível, serão apresentadas considerações sobre uma das áreas mais debatidas e intrigantes: o Reexame Necessário e a morosa quitação de valores através do RPV.

RESUMO HISTÓRICO

Considerando as informações apresentadas em introdução, torna-se necessário uma breve explanação histórica sobre reexame necessário e ao pagamento de requisição de pequeno valor.

Em prêmio merece destaque a origem do instituto do reexame necessário, onde, conta a história que, também denominado no Código de Processo Civil revogado apelação ex officio, teve sua origem no Direito Medieval, mas a sua utilização foi mais incisiva em Portugal, em meados do século XIV. Foi pensado inicialmente para o direito penal em razão da grande quantidade de poderes atribuídos ao magistrado no processo inquisitório, razão pela qual era necessária a criação de um instrumento para corrigir tal rigor.

Assim, em 12 de março de 1355, foi criada, por meio das Ordenações Afonsinas, a apelação ex officio, onde, o juiz era obrigado a interpor recurso contra suas próprias

sentenças que tivessem julgado crimes de natureza pública ou cuja apuração se iniciasse por devassa.

Já no século XVI, mais precisamente no ano de 1521, as Ordenações Afonsinas foram substituídas pelas ordens de Dom Manuel e estas, pelas Filipinas em 1603.

Em todas foi mantida a apelação ex officio.

Já no Brasil, o Código Filipino vigeu do período colonial até pouco tempo depois da independência.

Com a independência brasileira, em 1822, teve início no país um movimento pela criação de leis próprias. A inovação, no direito pátrio, foi a transposição da apelação ex officio do sistema penal para o processo civil.

A análise da legislação indica que o reexame necessário teve sua primeira aparição no sistema processual civil brasileiro na Lei de 04 de outubro de 1831, que, em seu art. 90, previa que o juiz deveria recorrer de ofício da sentença que proferisse contra a Fazenda Nacional, se excedesse a sua alçada.

Art. 90. Fica extinto o actual Erario e o Conselho da Fazenda. As justificações n'este Tribunal serão feitas perante os juizes Territoriaes, com audiência do Procurador Fiscal; e as Sentenças que nele se proferirem a favor dos justificantes, serão sempre appelladas ex-officio para a Relação do Districto, sob pena de nulidade.

A partir da promulgação da Constituição Republicana de 1891, o reexame necessário acabou por ter sido encampado por praticamente todos os Códigos Estaduais.

Todavia, a fragmentação da legislação processual não foi mantida por muito tempo. A Constituição de 1934 acabou por unificá-la e prever, ainda que de modo tímido, o reexame necessário em seu artigo 76, parágrafo único e artigo 144, parágrafo único, o que foi mantido pela Constituição de 1937 no artigo 101, parágrafo único. Ainda, em 1939, com a promulgação do Código de Processo Civil, o reexame necessário foi previsto com validade para todo o território nacional.

Ainda, em 26 de dezembro de 2001 foi promulgada a Lei 10.352, responsável por uma das minirreformas do CPC e pela alteração do artigo 475, onde passou a definir o reexame necessário, assim mantido pela alteração do novo código de processo civil, precisamente no mesmo art. 496.

Já com relação ao pagamento da RPV, cuja sigla significa Requisição de Pequeno Valor, foi criada pela Emenda Constitucional 37 do ano de 2002, tendo como finalidade facilitar o pagamento de condenações de pequenos valores, a fim de trazer maior celeridade e eficácia às decisões judiciais.

PRINCÍPIO DE ISONOMIA

O princípio da isonomia é fundamental para que a aplicação da legislação pelo Poder Judiciário se dê a partir de cada indivíduo, levando em consideração suas particularidades.

Para que uma legislação seja eficiente para a garantia dos direitos de uma população, ela precisa criar mecanismos que garantam que as particularidades de cada

indivíduo serão notadas para a sua aplicação. Dentro do direito brasileiro, o princípio da isonomia é o que garante isso.

Conforme as premissas inicialmente expostas em fase introdutória, o presente estudo buscará destacar a igualdade ante o ente público e o cidadão, abordando que o princípio constitucional da isonomia deve estar obrigatoriamente sempre atento ao devido processo legal entre os litigantes, ou seja, o Estado e o povo, assim, essa premissa é ratificada pelo professor Paulo Henrique dos Santos Lucon (s.d) vejamos:

A tutela constitucional do processo realiza-se através de sua observância, que estabelecerá padrões políticos e éticos destinados a também traçar o modo de ser do processo.

Destarte, o presente estudo busca entender e demonstrar que o processo civil em conjunto com os demais ramos do Direito, devem zelar e sempre buscar ideais da igualdade e celeridade para a devida efetividade do rito processual para a efetivação da justiça.

No tocante ao princípio da isonomia entre as partes, o professor Cândido Rangel Dinamarco (s.d) afirma:

Ficam encarregados o legislador e o juiz, aos quais cabe a dúplice responsabilidade de não criar desigualdades e de neutralizar as que porventura existam.

Assim, correto o posicionamento do mestre Cândido Rangel, visto que, deve-se tratar com igualdade os iguais e desigualmente os desiguais, na medida dessas desigualdades, onde, mesmo estando o Estado em posição de superioridade perante o cidadão comum, tem posição de privilégio sendo tratado com desigualdade mesmo diante de superioridade.

As palavras do jurista brasileiro Ruy Barbosa de Oliveira, escritas dentro do seu livro “Oração aos Moços”, provavelmente explicam da maneira mais clara o que é a isonomia e como ela deve ser encarada dentro do âmbito jurídico:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. (OLIVEIRA, 2011)

Veja o art. 5º, caput, de nossa Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Já com relação ao ramo processual civil, o princípio da isonomia vem positivado no artigo 125, inc. I, onde dispõe que compete ao juiz dirigir o processo de modo a “assegurar às partes igualdade de tratamento”.

Nesta Premissa processualista, a igualdade entre as partes está voltada à paridade de tratamento entre as partes e seus procuradores, principalmente com o intuito de obstar abusos na aplicação e desenvolvimento de normas, bem como, na sua interpretação.

Portanto, o princípio deve ser de forma responsável aplicada na relação jurídica e processual, oferecendo às partes um tratamento de inteira igualdade, pois, será ele que analisará os direitos e responsabilidades das partes para a efetivação da justiça sempre obedecendo e observado a paridade entre os litigantes.

Assim, nessa linha de pensamento, tomando as iniciativas relativas às demandas entre o Estado e o cidadão devem respeitar a paridade de tratamento, principalmente com relação ao reexame necessário e ao recebimento de valores no tocante do pagamento do RPV.

REEXAME NECESSÁRIO

Antes da explanação do mérito da ofensa ao princípio de Isonomia com relação ao instituto do Reexame Necessário, é imperioso destacar a disposição contida no art. 496 do Código de Processo Civil onde se enuncia duas hipóteses de cabimento deste instituto, ou seja, sentenças contrárias à Fazenda Pública e às sentenças de procedência de embargos à execução fiscal.

Nessa premissa, a razão de ser do instituto diz respeito à proteção do interesse público em juízo.

A doutrina mais balizada explica que:

A remessa obrigatória intenta proteger os interesses da sociedade juridicamente titularizados nas pessoas públicas, fazendo com que a sentença prolatada no primeiro grau suba à instância superior para ser reanalisada na parte contrária ao erário, evitando que uma decisão juridicamente falha prejudique a sociedade. (OLIVEIRA, 2011, p. 174).

A disposição contida no Código de Processo Civil é a da observância da remessa necessária de sentenças contrárias à União, Estados, Municípios e Distrito Federal, bem como suas autarquias e fundações de direito público.

Conforma acima narrado, a disposição do art. 496 enuncia duas hipóteses de cabimento do reexame de ofício que podem ser reconduzidas a uma. No inciso I, mencionam-se as sentenças contrárias à Fazenda Pública. No inciso II, alude-se às sentenças de procedência de embargos à execução fiscal.

Reexame necessário e o princípio da isonomia

A defesa da ideia apresentada nesse artigo e de que o reexame necessário deve ser extirpado do ordenamento jurídico levando em consideração apenas o princípio da isonomia formal, e não o da igualdade material.

Esses questionamentos partiram das observações acerca da obrigatoriedade do reexame de sentenças desfavoráveis à fazenda pública frente aos princípios processuais civis insculpidos na Constituição Federal, em especial, do princípio da isonomia entre as partes. Seria a previsão do reexame necessário constitucional? Teria ele sido recepcionado pela atual Constituição Federal? Haveria motivos para subsistir na nova ordem constitucional? Esses e outros questionamentos deram início aos trabalhos.

Em decorrência de tais questionamentos, o duplo grau de jurisdição obrigatório deveria ser completamente revisto pelo ordenamento jurídico. As razões são muitas para as devidas análises e as corretas modificações, pois, apenas posterga o trânsito em julgado da sentença, pois dificilmente os tribunais de justiça reformam as decisões do juízo de

primeira instância, bem como protelar o cumprimento de decisão frente e o cidadão comum, e, ainda, visto como ônus ao Erário, pois há a incidência de juros de mora e de correção monetária.

Assim, considerando as raras reformas, pelos Tribunais, o acréscimo dos juros e da correção monetária, bem como, a postergação de um cumprimento em relação ao cidadão onde este em casos de perda de prazo para recorrer sofrerá com o trânsito em julgado, demonstrando assim a ofensa ao princípio da Isonomia, a solução não poderia ser outra no que pese a reanálise e a extinção do reexame necessário do âmbito do processo civil.

Desta forma, em razão de necessidade da reanálise e extinção do reexame necessário do ordenamento jurídico, visto a ofensa ao princípio da Isonomia, ainda, vai contrário a uma vasta gama de princípios trazida pela inauguração do Estado Democrático de Direito com a nova ordem constitucional podendo-se destacar a celeridade, a economia e a igualdade processual.

É sabido que, embora a Fazenda Pública ainda que esteja decadente no sentido do seu funcionamento com servidores poucos produtivos e com pouco material para trabalho, o cidadão não pode sofrer as consequências da ineficiência do Estado que deve ser aparelhar melhor, com número de procuradores satisfatório para que possa cumprir com os prazos de recurso e de pagamento da mesma forma do cidadão, ou seja, em igualdade, para que não disparidade com o particular.

Portanto, é de extrema necessidade a intervenção supletiva do Estado, por meio dos seus legisladores, para conter essas diferenças de ordem processual e colocar o cidadão comum e paridade de armar com a fazenda pública.

PAGAMENTO DE RPV (REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR)

Atítulo de informação e esclarecimento, antes da apresentação do mérito da ausência de isonomia no tocante ao pagamento do valores devidos pelo Estado, considerando o obrigatoriedade do cidadão comum arcar com o valor devido no prazo de 3 ou 15 dias, a requisição de pequeno valor (RPV) é uma forma de pagamento que se faz pelo ente público em razão de uma dívida reconhecida por sentença judicial transitada em julgado, que possibilita à parte vitoriosa receber o crédito da condenação independentemente da expedição de precatório, em razão de seu menor valor.

Nesta premissa, fica claro que a expedição de um RPV, significa um pagamento realizado pelo ente publico em razão de uma dívida reconhecida por sentença judicial definitiva em que não se pode mais recorrer, ou seja, não pode levar meses para a realização de um pagamento de um pequeno valor, enquanto o cidadão tem prazo de poucos dias parar com o adimplemento de um valor sob pena de restrições, ou seja, novamente em clara ofenda ao princípio da Isonomia.

Ainda, esclarecendo o instituto do RPV, se alguém é credor do Estado até certo limite, poderá requisitar que se faça a execução contra a Fazenda Pública mediante Requisição de Pequeno Valor, onde é pago o devido em vários meses.

Nesta premissa, cada Ente Público, o município, o Estado e a união, na qualidade de devedor, tem autonomia para fixar por meio de Lei o valor a ser pago a título de RPV.

Abaixo informo os limites para que seja possível requisitar a RPV são os seguintes:

- a) Até 60 salários mínimos, se o crédito for contra a Fazenda Pública federal;
- b) Até 40 salários mínimos, se o crédito for contra a Fazenda Pública estadual;
- c) Até 30 salários mínimos, se o crédito for contra a Fazenda Pública municipal.

Assim, resta demonstrando e conceituado o instituto do RPV, ou seja, Requisições de Pequeno Valor, que devem ser pagas em até 60 dias corridos, onde, na maioria das vezes esse prazo não é respeitado, diferente do cidadão comum que não respeitando o prazo estipulado para pagamento sofre com serias restrições e bloqueios financeiros.

RPV e o princípio da isonomia

Não parece justo e razoável que a União possa protelar o pagamento de uma dívida por meses, por mais tempo do que aquele que o credor aguardou durante um longo processo na Justiça, sobretudo se analisarmos que qualquer cidadão deve quitar dívidas contraídas com o Estado prontamente.

O pagamento de RPV é uma dívida contraída pelos governos nas esferas federal, estaduais e municipais quando são condenados pela Justiça a fazer um determinado pagamento após o trânsito em julgado de uma ação.

O problema de tudo isso é que a maioria dos credores passaram anos aguardando uma decisão da Justiça para receber estes pagamentos. No momento em que a União é compelida a pagar, ela tem a liberdade para postergar o pagamento e passar meses para quitar o total da dívida em quanto o cidadão é obrigado a pagar a sua dívida de imediato, principalmente com decorrência de execuções fiscais, onde geralmente vem acompanhando de negativação em dívida ativa.

Portanto, não parece justo que o Ente Público possa protelar o pagamento de dívidas por mais tempo do que aquele que o credor aguardou durante um longo processo na Justiça, sobretudo se analisarmos que qualquer cidadão deve quitar suas dívidas contraídas com o Estado prontamente – sob pena de sofrer confisco.

Nesta premissa, resta demonstrado a imensa desigualdade entre o Estado e cidadão no tocante a demanda judicial, tanto no reexame necessário e ao pagamento de valores devidos, sempre demonstrando ofensa ao princípio de Isonomia e por consequência dos princípios da celeridade, a economia e a igualdade processual.

Por fim, qual seria então a lógica da morosidade para o pagamento do RPV, desigualdade nas relações jurídicas entre Estado e cidadãos, ou seja, clara ofensa ao princípio da Isonomia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise e discussões do tema proposto neste artigo, as conclusões e descobertas relacionadas à violação do princípio da igualdade no contexto do Reexame Necessário e do pagamento de Requisição de Pequeno Valor foram devidamente apresentadas. As deduções derivadas dos resultados obtidos ou discutidas ao longo da análise do tópico foram claramente delineadas de maneira concisa.

Neste ponto, a disparidade entre o Estado e o cidadão no âmbito das demandas judiciais foi demonstrada, evidenciando o tratamento desigual dado ao cidadão, uma parte vulnerável no contexto da disputa. Ficou claro e esclarecido que a abordagem aplicada ao Reexame Necessário e ao pagamento de RPV no processo judicial necessita de revisão.

Dessa forma, torna-se evidente que o Estado está gradualmente se distanciando de sua função social de assegurar a segurança e os direitos individuais de seus membros. Em contrapartida, o Estado tem exercido um poder excessivamente forte e autoritário, impondo uma subordinação que foi minuciosamente examinada e questionada ao longo deste artigo. É notável o desgaste emocional e físico que os demandantes enfrentam quando litigam contra o Estado, visto que eles ficam à mercê do tempo, sem perspectiva de resolução de seus problemas. Isso resulta em uma perda da tão aclamada isonomia da Justiça, desequilibrando a balança do direito, que deveria representar igualdade, em favor do lado mais poderoso, ou seja, os órgãos públicos.

Além disso, tornou-se evidente que há motivos para análises aprofundadas sobre mudanças. Quando o Estado está na posição de réu em demandas judiciais ou devedor, é beneficiado por diversas prerrogativas que têm o potencial de atrasar o andamento do processo. No entanto, essa vantagem não se manifesta quando o Estado é o vencedor do processo. Nesse caso, normas favorecem a efetivação de seus direitos.

Portanto, as prerrogativas processuais fundamentadas em bases injustificáveis no atual estágio de desenvolvimento do Estado brasileiro foram discutidas. As prerrogativas substanciais, como o duplo grau de jurisdição e o pagamento de requisições de pequeno valor, estão baseadas em premissas equivocadas.

Consequentemente, as diversas ideias desenvolvidas ao longo deste trabalho foram relacionadas e sintetizadas, destacando os principais resultados, juntamente com os comentários e contribuições oferecidos pela pesquisa.

REFERÊNCIAS

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, parecer denominado Legitimidade extraordinária - contraditório e processo administrativo - tutela específica - tutela antecipada, 1998, não publicado.

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, Garantia do tratamento paritário das partes, in *Garantias constitucionais do processo civil*, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, 1a ed., 2a tir., Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 91.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de processo civil*, no prelo, capítulo VII, item n. 82.

MOTTA, Marianna Martini. Do reexame necessário à luz da Constituição Federal: tratamento desigual (i)legítimo da Fazenda Pública. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3823, 19 dez. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26194>. Acesso em: 3 jun. 2023.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O reexame necessário à luz da duração razoável do processo: uma análise baseada na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Curitiba: Juruá, 2011.

Sites Consultados:

<https://blog.meuprecatorio.com.br/como-funciona-a-expedicao-de-rpv/>

<https://canalmynews.com.br/dialogos/precatorios-e-desigualdade-juridica-entre-estado-e-cidadaos/>

<https://jus.com.br/artigos/26194/do-reexame-necessario-a-luz-da-constituicao-federal#:~:text=1.,Origem%20histórica%20do%20reexame%20necessário,em%20meados%20do%20século%20XIV.>

<https://www.projuris.com.br/blog/principio-da-isonomia/>

<https://www.migalhas.com.br/depeso/235769/reexame-necessario--hipoteses-de-cabimento-no-cpc-15.>

<https://jus.com.br/artigos/26194/do-reexame-necessario-a-luz-da-constituicao-federal>

Coisa julgada, ação rescisória e o princípio da estabilização das decisões judiciais

Res judicata, rescissory action and the stabilizing of judicial decisions principle

Alessandra Frei Silva

RESUMO

No presente estudo serão analisados os meios pelos quais o ato jurídico pode adquirir a estabilidade, sendo elas a estabilização, preclusão e coisa julgada, de forma que será definida a diferença entre esses três institutos, bem como será estudada a importância da estabilidade do ato jurídico para o ordenamento processual civil brasileiro, a relevância do princípio da estabilização das decisões judiciais e também serão abordados aspectos da Ação Rescisória, com as suas hipóteses de aplicação e sobretudo o impacto dessa ação quanto à estabilização das decisões judiciais no sentido de se analisar se a Ação Rescisória rompe ou não com a segurança e estabilidade que se espera do ato jurídico.

Palavras-chave: estabilização. segurança. ação rescisória. ordenamento processual. direito.

ABSTRACT

In the presente study will be analyzed the means by which the legal act may acquire the stability, that are the stabilization, preclusion and res judicata, so that will be defined the difference between these three institutes, as well as the importance of the stability of the legal act for the brasilian civil procedural order will be studied, the relevance of the stabilizing of judicial decisions principle and also will be approached the aspects of the rescission action, with its hypotheses of application and above all, the impact of this action on the stabilization of the judicial decisions in the sense of analysing if the rescisori action breaks or not with the security and stability that is expected from the legal act.

Keywords: stabilization. segurança. rescissory action. procedural order. direito.



INTRODUÇÃO

O estudo busca analisar as formas pelas quais o ato jurídico adquire a estabilidade, sendo elas a preclusão, estabilização e coisa julgada, sendo a estabilidade uma exigência de segurança jurídica.

Para que haja compreensão no que diz respeito ao instituto da coisa julgada e conseqüentemente seja analisado se há uma estabilidade relativa da decisão judicial quando da ação rescisória, é importante traçar alguns aspectos importantes acerca das formas pelas quais o ato jurídico adquire estabilidade, motivo pelo qual nesse trabalho também é adequada a abordagem acerca da preclusão.

A estabilidade como uma exigência de segurança jurídica inclusive encontra amparo constitucional, posto que em seu art. 5º, há a expressa determinação no sentido de que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada. Portanto, quando se trata de segurança, não é uma referência apenas ao resguardo da vida, da moral, da integridade física das pessoas, mas também a necessidade de proteção ao ordenamento jurídico para que assim se alcance a segurança jurídica da forma como se espera.

A segurança jurídica, portanto, forma um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que não é possível falar em democracia numa situação em que os atos jurídicos e decisões judiciais se alternem a todo momento sem seguir um padrão para casos concretos semelhantes.

Desse modo, partindo-se de um estudo breve sobre a preclusão, que é a perda o direito de se exercer um ato jurídico e tecendo as modalidades de preclusão, estuda-se a coisa julgada, que é o grau máximo de estabilidade do ato jurídico e a qual se subdivide em coisa julgada formal e coisa julgada material,

A coisa julgada material é ainda mais estável do que a primeira, pois só a partir de um estudo mais aprofundado sobre a coisa julgada é que será possível avançar no estudo sobre a ação rescisória propriamente, já que essa é uma ação que se aplica a algumas situações específicas e previamente elencadas nas quais já não cabe mais recurso, ou seja, em decisões em que ocorreu o trânsito em julgado.

Assim, o instituto da ação rescisória tomou destaque ainda maior em nosso ordenamento com o advento do CPC/2015, o qual acabou por ampliar o taxativo rol de cabimento de sua aplicação

Nesse sentido, a ação rescisória sendo uma ação autônoma de impugnação da decisão judicial pode vir no sentido de romper com a estabilidade que é o ideal do ato jurídico, entretanto o presente artigo objetiva analisar se em que pese haja esse rompimento com a estabilidade, se de fato há ou não prejuízo da segurança jurídica com a aplicação da ação rescisória.

ESTABILIZAÇÃO

A estabilização trata-se de um fenômeno, configurando-se uma exigência de segurança jurídica, uma vez que os atos jurídicos tendem a adquirir essa estabilidade.

Conforme Câmara (2015, p. 299-300), o fenômeno da estabilidade atinge tanto os atos jurídicos de direito privado, a exemplo do que ocorre num estatuto de sociedade anônima, um contrato, os quais não podem ser alterados pura e simplesmente; bem como atos jurídicos de direito público, a exemplo do que acontece com decisões judiciais, atos administrativos e etc., sendo certo que a estabilidade pode se dar por diferentes graus, o que equivale a dizer que há atos mais estáveis do que outros.

Para a estabilidade do ato processual, podem ser elencadas três formas de se conferir: a preclusão, a coisa julgada e a estabilização.

A estabilização encontra previsão no art. 303, que trata da estabilização da tutela antecipada e também no art. 357, § 1º, CPC, que trata da estabilização da decisão de saneamento e organização do processo.

As partes possuem, após a decisão que declara saneado o processo, cinco dias para pedir ajustes ou esclarecimentos, conforme estabelece o mencionado art. 357, § 1º, CPC, e com isso, torna-se impossível voltar a tratar do teor da decisão no mesmo grau de jurisdição, tendo em vista, ainda, que a situação não comporta agravo de instrumento, exceto quanto dispor sobre distribuição do ônus da prova, cabendo as partes apenas a apelação caso queiram discutir a decisão.

Esse fundamento é essencial para o devido processo legal, e a sua própria organização, uma vez que há a fase introdutória para cognição do objeto, a fase principal que cuida da instrução probatória com o julgamento da lide, assim, a decisão precisa possuir certa estabilidade, de modo que o processo se desenvolva em tempo adequado para que se chegue a um resultado dentro desse tempo.

Portanto, uma vez que se passe o prazo de 5 dias conferido às partes para que requeiram mudanças ou esclarecimentos, a decisão torna-se estável, de modo a vincular absolutamente o juízo de primeiro grau.

No que diz respeito à estabilização causada pela tutela antecipada, quando da decisão em que se concede a tutela antecipada não se interpõe recurso, a decisão continuará eficaz e apenas poderá ser repelida por processo autônomo em que haja decisão que a reveja, reforme ou ainda que a invalide, sendo certo que referido processo precisa ser aberto no prazo de dois anos contados do conhecimento da decisão que extinguiu o processo que deferiu a tutela antecipada.

Diante dos dois casos expostos, pode-se compreender que há dois níveis diferentes de estabilidade, porém, cabe destacar que nenhum desses níveis de estabilidade alcança o grau de estabilidade da chamada *coisa julgada*.

PRECLUSÃO

Trata-se da perda do direito de se exercer um ato processual. Como resultado dessa sempre ocorrerá uma estabilidade.

A preclusão tem como fundamento lógico a questão de que o processo é um fluxo continuado, que vai ao encontro da prestação da atividade jurisdicional, almeja, além de outros objetivos, ser efetivo e célere.

Nas lições de Assumpção Neves (2016, p. 906):

A preclusão é fenômeno que merece ser compreendido como a perda da possibilidade da prática de algum ato processual pelo transcurso de um prazo (preclusão temporal), pela sua prática incompleta ou equivocada (preclusão consumativa), ou pela prática de algum ato incompatível com o que deveria ter sido praticado (preclusão lógica).

Já nos dizeres de Bedaque (2010, p. 130):

A preclusão não se pode ver na atualidade como uma sanção, senão como uma limitação das faculdades das partes justificada precisamente na realidade desfavorável do processo (princípios de bilateralidade, contradição e igualdade de armas processuais). Resulta plenamente compatível com o princípio da audiência – *audiatur et altera pars* – que deve ser respeitado por todas as partes no processo, já que para evitar sua vulneração basta conter a possibilidade de contradizer ou ser ouvidas com independência de que a parte haja uso ou não desta faculdade.

Pelo entendimento de Bedaque, a preclusão configura-se como um fenômeno processual e não como uma sanção, ou seja, é fenômeno que diz respeito à organização do processo, sendo assim, possui uma natureza negativa pelo fato de não se constituir em sanção, ao passo que quando a preclusão caracteriza vantagem para a outra parte do processo, nesse sentido haveria de fato o viés positivo do fenômeno.

Devemos salientar inclusive que a doutrina enumera vários tipos de preclusão, sendo as mais comuns a preclusão lógica, preclusão consumativa e a preclusão temporal, de modo que a partir de então pode ser feita uma breve análise dos tipos de preclusão para maior esclarecimento.

Portanto, a preclusão lógica ocorre quando o indivíduo perde a oportunidade de exercer um ato considerado incompatível com outro ato previamente praticado, e como exemplo dessa situação pode ser citado o caso de indivíduo que aceita a sentença em que perdeu o processo e depois resolve recorrer.

A preclusão consumativa acontece quando o sujeito não pode mais exercer um ato pelo motivo de já ter praticado esse mesmo ato anteriormente. Por exemplo, em face do princípio da unirecorribilidade, não pode a parte vencida interpor dois recursos simultâneos contra a mesma sentença, exceto quando trata-se de interposição de recurso especial e recurso extraordinário, conforme dispõe o art. 1.031, CPC. E, de fato, cabe a preclusão consumativa em face dos próprios atos do magistrado, o qual não pode voltar a decidir sobre sentença na qual já ocorreu a estabilidade, sendo a decisão de saneamento e organização do processo.

Já a preclusão temporal diz respeito à perda do direito de praticar determinado ato processual justamente em razão da perda do prazo de exercê-lo.

Alguns autores mencionam também a preclusão por fases do processo (ROCHA, 2011, p. 18), a qual ocorre no momento em que um ato processual se torna inviável quando o processo chegou a uma determinada fase que é incompatível com o ato.

Ainda, nos dizeres de Chiovenda (2002, p.406), “preclusão é a “perda ou extinção, ou consumação, o que se prefira dizer, de uma faculdade processual, pelo fato de terem sido alcançados os limites assinalados por lei para o seu exercício”

Enquanto a preclusão produz uma estabilidade endoprocessual, a coisa julgada produz estabilidade que se projeta externamente ao processo, a estabilidade exoprocessual.

Com esse entendimento percebe-se que em regra a lei proíbe, a nova prática de atos processuais que já praticados, ou que se deixaram de praticar, ou, até mesmo os atos que acabam contradizendo atos anteriormente praticados pelos sujeitos do processo.

COISA JULGADA

A coisa julgada possui um conceito estabelecido pelo artigo 6º, parágrafo 3º, LINDB, o qual dispõe que: “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.”

O artigo 502, CPC/2015 conceitua a coisa julgada como “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Nas palavras de Almeida (2013):

Há que pontuar: toda demanda causa perturbação social, primeiramente porque o conflito não pôde ser resolvido aquém do judiciário, e também pela incerteza gerada pelo processo em aberto, enquanto não é resolvido. Isto nos remete ainda à necessidade de que os conflitos se resolvam em tempo hábil a estabelecer a paz social, já que processos que se prolongam por 20, 30 anos acabam perdendo a essência de pacificação, muitas vezes ocasionando mais tensão que a que havia antes do ingresso no judiciário.

Nesse entendimento, pode ser analisado que o autor se encontra em condição de vantagem na ânsia de litigar e o réu em posição de desvantagem. A coisa julgada então surge como uma forma de se evitar esse ânimo pelo litígio.

Portanto, pode ser compreendido que o fundamento da coisa julgada está na segurança jurídica e no princípio da estabilização das decisões judiciais, uma vez que a regra no Direito Processual Civil brasileiro é de que as decisões judiciais são recorríveis, ou seja, contra a maioria das decisões cabe algum recurso, entretanto, a decisão judicial pode tornar-se irrecorrível em algumas situações, como por exemplo, com a perda do prazo para a interposição do recurso em razão da preclusão ou ainda depois de esgotarem todos os meios cabíveis.

Conforme esclarece Chiovenda (1998, p. 452)

A coisa julgada é a eficácia própria da sentença que acolhe ou rejeita a demanda, e consiste em que, pela suprema exigência da ordem e da segurança da vida social, a situação das partes fixadas pelo juiz com respeito ao bem da vida (res), que foi objeto de contestação, não mais pode, daí por diante, contestar...

Na mesma linha de entendimento, Bulos (2012, p. 633) esclarece que “a coisa julgada é uma qualidade dos efeitos do julgamento.

E prossegue esclarecendo que “consiste no fenômeno processual da imutabilidade e indiscutibilidade da sentença, colocada em abrigo dos recursos definitivamente preclusos e dos efeitos produzidos pela decisão judicial”. Conseqüentemente, há presunção absoluta de que o direito foi aplicado corretamente ao caso concreto.

No entendimento de Carnelutti (200, p. 406):

Res iudicata é, na realidade, o litígio julgado, ou seja, o litígio depois da decisão; ou mais precisamente, levando em conta a estrutura diversa entre o latim e o italiano, o juízo dado sobre o litígio, ou sejam, sua decisão. Em outras palavras: o ato e, por sua vez, o efeito de decidir, que realiza o Juiz em torno do litígio

Logo, temos o trânsito em julgado da decisão judicial quando esta passa de um estado de recorribilidade para irrecorribilidade, e depois de haver o trânsito em julgado, ocorre o fenômeno da coisa julgada, ou caso julgado, o qual consiste numa estabilidade ainda maior conferida à decisão judicial em questão.

Assim, a coisa julgada é a estabilidade da sentença que não admite mais recurso. Porém, deve ser mencionado que nem todas as sentenças alcançam essa mesma estabilidade, ainda que sejam irrecorríveis. Ademais, com o fundamento na estabilização das decisões judiciais, a coisa julgada acontece para que o litígio não dure eternamente, ou seja, no sentido de que a justiça possa colocar um fim àquele conflito.

Coisa julgada formal e coisa julgada material

A coisa julgada formal consiste na estabilidade que atinge determinadas sentenças terminativas que não resolvem o mérito da causa, trata-se de uma condição prévia da coisa julgada material (LIEBMANN, 2006, p. 57), e por isso podem acontecer simultaneamente a coisa julgada formal e material, mas nem sempre isso acontece e identifica-se pelo fato de o conteúdo da decisão judicial, que se torna imutável e indiscutível, ser uma questão formal, ou seja, há vícios relacionados com os pressupostos processuais e/ou as condições da ação.

De acordo com Vitagliano (2008, p. 64-65), a coisa julgada formal acontece quando cessarem todos os recursos que a lei processual prevê, seja porque foram usados todos esses recursos ou em razão do decurso do prazo para a sua interposição, ou seja, a coisa julgada formal é a imutabilidade da decisão dentro do mesmo processo em razão da ausência de meios de impugnação possíveis.

Já a coisa julgada material, dotada de estabilidade ainda mais forte do que a coisa julgada formal acontece quando na decisão o que se torna imutável e indiscutível é o próprio mérito, ou seja, a questão principal do processo, o qual é mostrado pelas partes ao juiz para que seja resolvido, de forma que o conteúdo dessa decisão não pode mais ser discutido seja em que processo for.

Conforme Nery Jr e Andrade Nery (2004, p.865), a coisa julgada material é a característica que torna imutável e indiscutível o comando que surge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário, extraordinário, ou à remessa necessária.

Nos ensinamentos de Zufelato (2011, p. 27), a coisa julgada é dotada de finalidade muito prática e em decorrência de utilidade social, se faz necessário impor um limite à discutibilidade de uma decisão judicial, de modo que possa haver a certeza pela decisão no sentido de se evitar que haja uma eterna discussão sobre determinado assunto, razão pela qual somente a sentença de mérito vai ser capaz de transitar em julgado, tendo em vista ser

a única que cumpriu o dever de se proporcionar um provimento jurisdicional, de forma que todas as demais sentenças que acabam não discutindo o mérito da questão são incapazes de adquirirem a imutabilidade.

Portanto, coisa julgada material possui estabilidade maior do que a coisa julgada formal em razão de que nem que seja sanado o vício seria possível demandar novamente.

NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO RESCISÓRIA

A ação rescisória tem natureza jurídica de demanda autônoma de impugnação das decisões judiciais transitadas em julgado, com o objetivo de desfazer um julgado, podendo até reabrir o mesmo para uma nova discussão.

Conforme ensinam Didier Jr e Cunha (2016, p. 421)

A ação rescisória é a ação autônoma de impugnação, que tem por objetivos a desconstituição de decisão judicial transitada em julgado e, eventualmente, o rejuízo da causa. Ela não é um recurso, exatamente porque dá origem a um novo processo para impugnar a decisão judicial...

Nas palavras de Leite (2004, p. 778):

A verdade, porém, é que a ação rescisória não se confunde com o recurso. Trata-se na verdade de uma ação, pois o recurso constitui um meio de impugnação de decisão judicial na mesma relação jurídica, isto é, “dentro” do mesmo processo, ao passo que a rescisória, embora também seja um meio de impugnação de decisão judicial, só se presta a fazê-lo e outra relação processual, ou seja, “fora” do processo em que se deu a decisão impugnada.

Neste diapasão, tanto os recursos como a ação rescisória são tidos como formas de impugnação, porém são distintos, na medida em que a ação rescisória não é um recurso em razão de que gera outro processo, ou seja, ela é interposta ao final de um processo em uma outra ação apenas depois do trânsito em julgado da última decisão judicial.

Mesmo versando sobre questões previamente debatidas, a ação rescisória realiza-se sendo discutida em processo distinto (apartado) daquele em que se está objetivando desconstituir a sentença.

Assim, a ação rescisória necessita da coisa julgada, ao contrário do recurso, o qual impossibilita o trânsito em julgado. A coisa julgada material impossibilita que haja debate acerca de conteúdo já decidido, e a ação rescisória faz sumir a coisa julgada, reabrindo a possibilidade de se debater sobre o que já havia sido decidido em sentença, ou seja, a ação rescisória tira o obstáculo que é a coisa julgada, de modo que o conteúdo possa ser rediscutido.

Nesta linha de inteligência, a ação rescisória pode desconstituir a coisa julgada material, fenômeno que estabiliza as decisões judiciais, de maneira que estas se tornam imutáveis.

Portanto, a ação rescisória é demanda desconstitutiva, pois cancela a decisão proferida pelo juízo de primeira instância e o substitui pela decisão judicial do tribunal, a quem compete originariamente o seu julgamento, sendo dotada, a princípio, de eficácia *extinctiva*.

Hipóteses de cabimento da ação rescisória

O art. 966, CPC/2015 prevê as hipóteses de cabimento da ação rescisória, sendo que o inciso I estabelece seu cabimento quando a decisão for proferida por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz.

O inciso II trata da decisão proferida por juízo impedido ou absolutamente incompetente, de modo que eiva de vícios o processo. É certo, ainda, que no caso de decisão colegiada, se um dos julgadores for considerado impedido e tenha proferido voto vencido, não deve haver a rescisão do julgado (ALVIM, 2016, p. 324).

Já a terceira hipótese de cabimento da ação rescisória trata da possibilidade de ajuizamento da ação rescisória quando a decisão judicial de mérito resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes com o fim de fraudar a lei.

Há também o cabimento de ação rescisória previsto no mesmo artigo pelos incisos seguintes, nos casos em que houver ofensa à coisa julgada; quando a decisão de mérito transitada em julgado violar manifestamente norma de jurídica; quando for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou que venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; quando o autor obtiver, após o trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso e que essa prova seja capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável, e a última hipótese versa sobre quando a decisão for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

Nesse sentido, pode ser compreendido que a ação rescisória possui o objetivo maior de proteger o sistema jurídico, muito mais do que corrigir uma injustiça atribuída à parte lesada, pois ao analisarmos cada um dos incisos do art. 966, CPC, é possível notar que apenas o inciso VII, o qual trata do cabimento da ação rescisória quando o autor obtiver, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, sendo o documento capaz de lhe assegurar pronunciamento favorável, possui o condão de proteger exclusivamente à parte.

Rodrigues, Fernandes, Bueno (2019) afirmam na mesma linha de entendimento que “Nesse íterim, afastar a possibilidade de propositura de ação rescisória em face de decisão, *mutatis mutandis*, meritória, de cognição sumária e não exauriente, mas definitiva, eivada de vícios graves, seria, sobremaneira, prejudicial aos interessados e à ordem jurídica justa.”

Os demais incisos do art. 966, CPC de fato procuram proteção ao ordenamento jurídico de modo a evitar que uma decisão seja proferida com o vício de impedimento ou incompetência absoluta do juiz, quando ofende a coisa julgada e as demais hipóteses de cabimento.

Iudicium Rescindens e Iudicium Rescisorium

Como parte do estudo introdutório da ação rescisória, compete-nos distinguir os juízos: juízo rescindente (*iudicium rescindens*) e o juízo rescisório (*iudicium resciscorium*). Desse modo, compete ao tribunal, para processar a ação rescisória, exercer os dois juízos:

Juízo de admissibilidade e juízo de mérito quanto ao pedido de rescisão da decisão, sendo este o juízo rescindente (que ocorre em todas as ações rescisórias) e, em alguns casos, ainda é necessário o juízo de rejuízo da causa, que seria um terceiro juízo chamado de juízo decisório, o qual substitui aquele que for anulado, de tal forma que a decisão do juízo rescindente pode obstar o exercício do juízo rescisório, conforme explica Carvalho (2017).

O pedido de rescisão dá ensejo ao juízo rescindendo, que objetiva desconstituir uma decisão prolatada. Nesse caso, a natureza da ação será desconstitutiva negativa. Porém, caso haja igualmente o pedido de rejuízo, o qual provoca o juízo rescisório, a natureza da ação será consoante esse pedido: constitutiva, condenatória ou meramente declaratória.

Portanto, pode ser assimilado que o juízo rescindente antecede o juízo decisório, e a depender da decisão proferida e sede de juízo rescindente, pode obstar que seja exercido o juízo rescisório.

A ação rescisória e a relatividade da segurança jurídica e da estabilização das decisões judiciais

O primordial aspecto trazido à baila no que diz respeito à temática acerca da ação rescisória diz respeito justamente ao debate da estabilidade e harmonia do ordenamento jurídico e da questão da justiça, com opiniões respaldadas com argumentos convincentes dos dois lados. Os primeiros creem principalmente na ideia da segurança, preterindo este conceito ao da própria justiça, já os últimos defendem a permanência da justiça ao invés do conceito de segurança jurídica. Deve ser salientado que ainda que haja divergência de pensamentos e opiniões, os que defendem um dos conceitos não condenam totalmente o outro lado, apenas dão maior importância e destaque ao que se encaixa em sua teoria.

Graças ao fato de que os indivíduos podem ter acesso à informação acerca de como uma determinada Corte julga um caso, é que este indivíduo vai poder determinar se vai abrir ou não um processo, ele vai avaliar se é recomendável ou não, graças a jurisprudência e etc., o que permite uma certa previsibilidade; de outro lado, a estabilização da decisão judicial, temos que ela torna o sistema muito mais coerente e adequado, sem a necessidade de refazer decisões a cada instante.

Com a formação da coisa julgada, não é mais possível alterar a demanda ou tornar a discuti-la na maioria dos casos, gerando a esperada segurança jurídica para todas as partes envolvidas no processo.

A ação rescisória trata principalmente sobre a relativização da coisa julgada, consoante já ressaltado. A relativização da coisa julgada e o entendimento do ponto contraditório torna possível a compreensão acerca do fundamento e natureza jurídica da rescisória. A fundamentação da rescisória é a própria relativização, uma vez que não deve ser conferida tamanha força e impacto a uma decisão de mérito transitada em julgado se essa estiver atingida de algum defeito previsto no rol taxativo do CPC/2015.

Assim, o estado de segurança jurídica é um ideal esperado, porém pode ser relativizado em determinadas situações, como são os casos em que cabe a ação rescisória,

posto que é muito mais interessante que as decisões que são eivadas de vícios sejam corrigidas de modo que assim possa se alcançar o estado ideal de segurança jurídica e estabilidade de forma a se resguardar o sistema jurídico. De nada adianta a decisão manter-se estável sendo carregada de defeitos. Isso não pode ser considerado segurança jurídica, e nesse sentido a ação rescisória vem para corrigir esses problemas, sendo cabível contra qualquer decisão de mérito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através desse estudo pôde ser compreendido que o ato jurídico possui meios de atingir a estabilidade, sendo eles a preclusão, estabilização e a coisa julgada, sendo certo que cada um desses institutos confere um grau de estabilidade distinto do outro, com importante destaque no que diz respeito a estabilidade pela coisa julgada.

Na mesma linha de entendimento, ao passo em que a coisa julgada faz com que o conflito entre as partes se torne imutável, restou evidente que tal compreensão acerca do tema não pode ser vista de forma absoluta, em razão de que determinados princípios e valores que cercam a sociedade acabam permitindo uma certa flexibilização do direito em casos específicos. De modo que a coisa julgada igualmente acaba flexibilizada em certas situações, conforme foi destrinchado no corpo do presente estudo.

Feito o estudo acerca da coisa julgada, ficou esclarecido que quando de sua ocorrência há o grau máximo de estabilidade que o ato jurídico pode atingir, de modo que apenas em situações pontuais e específicas a coisa julgada pode ser rompida, e nesse ponto tornou-se essencial o estudo da ação rescisória para que pudesse ser analisado se ela vem a prejudicar ou não a estabilidade das decisões judiciais.

A ação rescisória é de extrema relevância para o nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que contesta decisões judiciais eivadas de vícios e que acabam impossibilitando a ocorrência de uma justiça justa e prejudicando o atendimento ao direito da parte. Desse modo, a ação rescisória é instrumento que contribui para uma tutela jurisdicional prestada de forma eficiente.

Ainda, é de se destacar que a ampliação das possibilidades do manejo da ação rescisória no CPC/2015 para que qualquer decisão de mérito possa ser impugnada, trata-se de uma inovação, um aprimoramento na verdade, de modo que haja ainda preservação de direitos e garantias fundamentais.

Por todo o exposto pode ser concluído que a ação rescisória é instituto muito relevante sobretudo no que concerne à proteção ao sistema jurídico, muito mais do que uma garantia de correção de injustiças, tendo em vista que por meio da ação rescisória é possível o desfazimento de uma decisão já transitada em julgado e da qual já não cabe mais recurso.

Deve ser lembrado que o rol de cabimento da ação rescisória previsto no art. 966, CPC, de forma que ainda que a decisão esteja eivada de vícios, sendo esses vícios alheios àqueles previstos no rol taxativo não há que se falar em cabimento da ação rescisória, tendo em vista o princípio constitucional da segurança jurídica.

Com a possibilidade de se corrigir os vícios de uma decisão judicial de mérito em novas hipóteses de cabimento da ação rescisória, o CPC está aprimorando o instituto, de forma que finalmente seja alcançada a tão esperada estabilidade da decisão judicial, ao mesmo tempo em que se alcança a segurança jurídica com igualdade às partes e de forma justa e garantindo a supremacia da Constituição e a prevalência de um devido processo legal.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Laís Fernandes. A extensão da coisa julgada no novo CPC e a extinção da ação declaratória incidental: uma medida de segurança jurídica. Revista eletrônica de direito processual. p. 342, n.12. v. 12. 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8684/6556>. Acesso em 20 de jun. 2020.
- ALVIM, Arruda. Novo contencioso cível no CPC 2015 – São Paulo: RT, 2016.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>
- BRASIL. Lei nº 13.105/2015, Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 mar. 2020.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional/Uadi Lammêgo Bulos. – 7. ed. rev. e atual. De acordo com a Emenda Constitucional n. 0/2012 – São Paulo: Saraiva, 2012.
- CALAMANDREI, Piero. La cassazione civile. Milano, Roma: Fratrelli Bocca Editori.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro/Alexandre Freitas Câmara. – São Paulo: Atlas, 2015.
- CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. São Paulo: Classic Book, 2000.
- CARVALHO, Samantha de Araújo. Da ampliação do cabimento da ação rescisória no cpc de 2015 e a (in) segurança jurídica no sistema processual brasileiro. In: Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual, n. 207, 2017.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Campinas: Bookseller, 2002.
- CHIOVENDA, Guiseppo. Instituições de direito processual civil. Trad. De Paolo Capitaneio, com anotações de Enrico Túlio Liberman. São Paulo: Bookseller, 1998 com anotações de Enrico Túlio Liebman. São Paulo: Bookseller, 1998.
- Didier Jr. Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho – v. 1. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

LIEBMAN, Enrico Túlio. Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016.

MORAES, Alexandre, Direito Constitucional, 21 ed. São Paulo: Atlas; 2007

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, Manual de direito processual civil. Salvador: JusPodivm, 2016;

Prates, Marília Zanella. A coisa julgada no direito comparado: Brasil e Estados Unidos. Salvador: JusPodivm, 2013.

ROCHA, Raquel Heck Mariano da. Preclusão do processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

RODRIGUES, J.; FERNANDES. R. L.; BUENO, F. F. Tutela antecipada antecedente: Estabilização x ação rescisória. Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR. Umuarama. v. 22, n. 2, p. 241-255, jul./dez. 2019.

TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: Ed. RT, 2005.

THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v.3.

VITAGLIANO, José Arnaldo. Coisa Julgada e Ação Anulatória. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

YARSHELL, Flávio Luiz. Ação Rescisória. São Paulo: Malheiros, 2005.

ZUFELATO, Camilo. Coisa julgada coletiva. São Paulo: Saraiva, 2011. Coleção direito e processo. Coordenador: Cassio Scarpinella Bueno.

Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito contra atos do poder público

Alessandra Frei Silva

Doutoranda em Direito (UNIJUÍ). Advogada

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar os impactos de catástrofes ambientais para toda a coletividade. Analisa o dano ambiental como sendo irreparável, motivo pelo qual se torna imperiosa a adoção de técnicas processuais capazes de evitar a sua ocorrência. A tutela inibitória e a tutela de remoção do ilícito são tidas como tutelas específicas destinadas a prevenir a ocorrência não somente do dano, mas também do ilícito, se antecipando a sua prática. O estudo também analisa os impactos dos acidentes com rompimentos de barragens e a necessidade de estudos prévios para evitar que esses danos se repitam, tendo em vista as suas graves consequências para toda a comunidade e até mesmo para a humanidade.

Palavras-chave: tutela inibitória. remoção do ilícito. dano ambiental. prevenção.

INTRODUÇÃO

É importante que a atividade empreendedora de extração de elementos contaminados esteja sempre em consonância com a proteção de um meio ambiente sadio e equilibrado, na medida em que consiste em atividade essencial para o desenvolvimento econômico.

Portanto, catástrofes como as que ocorreram nas cidades de Brumadinho e Mariana, Minas Gerais, são inadmissíveis, e justamente em razão do enorme prejuízo causado, o empreendedor merece responder objetivamente na esfera cível pelos danos causados, seja no âmbito da degradação ambiental ou em relação aos danos patrimoniais e morais ocasionados.

DESASTRES COM ROMPIMENTOS DE BARRAGENS

Nesse sentido, independente de dolo ou culpa, é imperioso o seu dever de indenizar, justamente em vista de seu dever de preservar as barragens de contenção dos minérios, na medida em que, conforme bem salienta De Paula (2020, p. 78), a responsabilidade da empresa mineradora é objetiva pelo mero desempenho da atividade extrativa de minério, de forma que ao exercer a referida atividade a mineradora internaliza o custo



concernente à contenção dos rejeitos.

De Paula (2020, p. 77-79) ensina que pela teoria do risco abstrato da responsabilidade ambiental o empreendedor, o qual pratica a atividade poluidora consistente na extração de elementos contaminantes necessita garantir a correta destinação dos resíduos tóxicos, ao mesmo tempo em que a referida atividade é essencial ao progresso econômico, ela não pode ser inviabilizada se há meios de contornar os riscos para que o meio ambiente sofra o menor impacto possível.

Milaré (2018, p. 436-437) aduz que o risco abstrato é também chamado de dano ambiental futuro, e então para o gerenciamento desses riscos abstratos, os quais são imprevisíveis e incertos, é necessário que os mesmos sejam levados ao que o autor denomina de ordem jurídica transcendental, uma responsabilidade intergeracional, a qual irá dispor sobre em quais proposições irão se desenvolver as próximas gerações.

Então no caso do rompimento de barragem, pouco importa qual foi a sua causa, pois pela teoria do risco abstrato, aplicando-se a responsabilidade civil objetiva, conforme infere-se do artigo 14, parágrafo 1º, da Lei nº 6.938/1981 e solidária ao empreendedor por meio do artigo 3º, I, da Constituição Federal, de forma que o mesmo deve responsabilizar-se pelos danos ambientais provocados por sua atividade e também pelos danos patrimoniais que porventura forem gerados.

É por essa razão que um Estudo Prévio de Impacto Ambiental bem como o estudo de impacto de vizinhança realizados com atenção e comprometimento se tornam ferramentas valiosas para evitar a ocorrência de desastres dessa natureza, e conseqüentemente, a tutela inibitória, observando-se os estudos anteriormente realizados, pode efetivamente contribuir para que o ilícito não seja praticado e assim também não ocorra o dano dessa proporção.

Tutela inibitória contra atos do Poder Público

O Poder executivo exerce papel de destaque no que concerne à proteção ambiental, uma vez que compete à Administração Pública aplicar o seu poder de polícia e o poder regulamentar como forma de proteger o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado. Assim, o artigo 225, §1º, I a VII, da Carta Magna traz à baila o que Bulos (2012, p. 1601) denomina de “encargos inadiáveis” cuja implementação compete às três esferas de Poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário.

Nesse sentido, o autor preconiza que administrar é aplicar a lei de ofício, mas ao mesmo tempo também consiste em aplicar a norma de forma individualizada ao caso concreto, dadas as particularidades de cada caso.

Por outro lado, a partir do ato de administrar, surge o poder de polícia, que pelo autor pode ser definido como uma competência genérica da Administração Pública como forma de policiar, limitar e condicionar a utilização dos bens públicos, e também o poder regulamentar, o qual consiste na possibilidade de escolha atribuída ao Chefe do Poder Executivo deixar explícitas as leis que os atos possam ser realizados de forma adequada, e então regular aquilo que ficou omissis ou incompreendido pelo Poder Legislativo.

Portanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, a Administração Pública passou a ter a obrigação, o dever de agir em prol do meio ambiente, estando vinculada à imposição de proteger o meio ambiente.

O Poder Público detém o dever de exercer o controle do poluidor, e para o cumprimento de tal obrigação a ele são impostas determinadas medidas visando a manutenção e restauração do meio ambiente de modo que seu consumo seja feito de forma equilibrada, e pela leitura do artigo 23, caput, VI da Constituição Federal, resta evidente a responsabilidade solidária que existe entre todos os entes da Administração Pública no que concerne à proteção ambiental, de forma que a ação desses órgãos se concretiza por meio de seu poder de polícia administrativa, restringindo determinados direitos individuais em prol da sociedade (MILARÉ, 2018).

Logo, quando há vinculação entre o que a lei regula e a atuação da Administração Pública, a obrigando a agir com determinado comportamento, não existe a insindicabilidade desse agir ou não agir, até mesmo em razão de que havendo essa determinação sobre determinada postura a ser adotada pela Administração Pública, não há margem para discussão de ordem técnica ou política (PRUDENTE, 2006).

Milaré (2018, p. 181) assevera:

Não mais tem o Poder Público uma mera faculdade na matéria, mas está atado por verdadeiro dever. Quanto à possibilidade de ação positiva de defesa e preservação, sua atuação transforma-se de discricionária em vinculada. Sai da esfera da conveniência e oportunidade para ingressar num campo estritamente delimitado, o da imposição, onde só cabe um único, e nada mais que único, comportamento: defender e proteger o meio ambiente. Não cabe, pois, à Administração deixar de proteger e preservar o meio ambiente a pretexto de que tal não se encontra entre suas prioridades públicas. Repita-se, a matéria não mais se insere no campo da discricionariedade administrativa. O poder público, a partir da Constituição de 1988, não atua porque quer, mas porque assim lhe é determinado pelo legislador maior.

Assim, tendo em vista a eficácia vertical dos direitos fundamentais é que surge o dever do Poder Público em zelar pelo meio ambiente em benefício da sociedade. Se a Administração Pública simplesmente “fechar os olhos” para situações que impliquem degradação ambiental, compete também ao cidadão o dever de cobrar do Poder Público uma postura de fazer ou deixar de fazer algo para a preservação ambiental.

O cidadão não pode mais ser considerado como um mero titular passivo do direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado; com o advento da Constituição Federal de 1988, o cidadão passou a ter voz ativa, com a “função” de defender o meio ambiente e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, podendo valer-se, para tanto, da tutela inibitória contra atos da Administração Pública a fim de zelar pelo bem comum do povo.

Cambi (2020, p. 32-38) explica que os direitos fundamentais podem ser analisados na dimensão vertical (Estado-cidadão) e também na dimensão horizontal, ou seja, na esfera jurídica privada, entre pessoas e entidades não estatais, as quais se situam em posição de igualdade formal.

Entretanto é nítido que existem distinções nesses panoramas na medida em que a relação entre o cidadão e o Estado consiste em relação entre um titular de direitos fundamentais e um não titular de direitos fundamentais, o que resulta em dizer que o Estado

se torna limitado, competindo a ele a garantia dos direitos fundamentais inerentes a qualquer pessoa humana.

Ainda, Marinoni (2018, p. 119-120) cita que a eficácia vertical dos direitos fundamentais encontra-se presente na vinculação do legislador, do administrador e também do juiz, por outro lado o autor explica que a sua eficácia horizontal encontra-se nas relações entre particulares e também recebe o nome de “eficácia privada”, em que pese há entendimentos no sentido de considerar que diante de grande desigualdade econômica e/ou social entre os referidos particulares, também existiria uma hipótese de eficácia vertical.

Diante do desequilíbrio presumido entre as partes (cidadão e Estado), é que o Estado acaba sendo visto como uma ameaça aos direitos dos indivíduos, diferença de poderes que se torna mais paritária diante da existência dos direitos fundamentais assegurados às pessoas.

Nessa senda, é justamente por essa razão que numa relação de desigualdade de condições, tal como ocorre nas questões ambientais ou em questões que envolvem direitos do consumidor, a proteção dos direitos fundamentais deve ser mais efetiva, em detrimento da autonomia da vontade (CAMBI, 2020, p. 36).

Imagine-se a situação de uma empresa concessionária do Poder Público que esteja realizando obras em rodovias de um determinado estado da federação. Seria razoável que em nome da autonomia da vontade essa empresa contratada pelo Poder Público realizasse as obras que bem entendesse mesmo que elas estivessem provocando sérios danos à uma Área de Preservação Permanente nas proximidades? É evidente que não, uma vez que diante dessa atitude, os danos seriam irreparáveis e deve prevalecer a proteção ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Sob esse prisma, Marinoni (2018, p. 125) ainda explica que o meio ambiente exige muito mais do que apenas prestações fáticas por parte do Estado, as quais o autor denomina de prestações em sentido estrito, defendendo que o meio ambiente necessita de medidas normativas que visem a sua proteção bem como direcionadas a permitir a participação na organização através de procedimentos adequados.

Da mesma forma, a dispensa de estudo de impacto ambiental para instalar obra ou praticar atividade que tem potencial de causar degradação ambiental significativa é apta a ensejar a intervenção de uma ação inibitória, da mesma forma que um estudo de impacto ambiental que não atenda aos requisitos do artigo 5º e 6º da Resolução nº 1/198 do CONAMA.

Ademais, cumpre esclarecer acerca da possibilidade de ação inibitória quando a Administração Pública é omissa quanto à proteção do direito ambiental, nesse sentido a ação inibitória vai impor um fazer contra a Administração Pública que se manteve inerte para proteger, por exemplo, uma área de preservação permanente.

Marinoni (2019, p. 94) ensina que por inteligência do artigo 225 da Constituição Federal, não há margem para a Administração Pública atuar com discricionariedade no que diz respeito à exigência ou não de estudo de impacto ambiental quando tratar-se de pedido de licenciamento de atividade ou obra com potencial de causar significativa degradação

ambiental. Assim a exigência de estudo de impacto ambiental é de suma importância do qual a Administração Pública não pode abrir mão quando estiver diante dessas situações.

Se o estudo de impacto ambiental é uma das formas de se assegurar a efetividade do direito fundamental a um meio ambiente sadio e equilibrado, o mesmo consiste em pressuposto de validade do ato administrativo do licenciamento ambiental.

Nessa senda, sempre que a Administração Pública deixar de tomar alguma medida que deveria ter tomado com a finalidade de resguardar o meio ambiente, tem-se a possibilidade de ingressar na esfera judicial para que sua atuação seja questionada.

Marinoni (2019, p. 100) aduz, inclusive, que mesmo quando tratar-se da hipótese de ato discricionário, o Poder Público não pode simplesmente fazer ou deixar de fazer algo necessário por mera liberdade ou com alegação de indisponibilidade orçamentária. Infere-se que a Administração Pública exerce função pública e, por isso, possui o dever de agir com a escolha da melhor solução possível diante do caso concreto, uma vez que quando o legislador pode previamente saber qual o comportamento deve ser adotado, o mesmo regula a atitude a ser tomada pela Administração Pública como um ato vinculado, de forma que apenas se estabelece a discricionariedade quando não é possível ao legislador saber de antemão qual a melhor prática a se adotar.

Assim, havendo omissão ilícita por parte do Administrador Público e a mesma tiver que ser consertada com a finalidade de se evitar a geração de danos, ou que eles se perpetuem no tempo, deverá ser ajuizada a ação inibitória com a finalidade de se prevenir a continuação do ilícito.

Deve ser rememorado, ainda, que tratando-se de questões ambientais, o perigo da demora em se conceder a providência jurisdicional pode acarretar em danos imensuráveis, de forma que em razão disso, ainda que não seja possível demonstrar de plano através de algum documento sobre a obrigação da Administração Pública no que diz respeito a uma possível omissão de sua parte, ainda assim nada obsta a que seja concedida a tutela inibitória, inclusive em razão de o meio ambiente demandar uma decisão inadiável nesse sentido, de forma que caberá ao magistrado averiguar acerca das alegações do autor e do réu, para decidir em sede de juízo preliminar e perfunctório.

Marinoni, na mesma linha de entendimento, conclui que a ação que visa impor um dever de fazer à Administração Pública não consiste em mera ação de fazer, em que pese haja quem defenda essa ideia. Pois na verdade ação visa a efetivação desse dever através da atuação de uma norma cujo conteúdo é preventivo, de modo que com isso se evita uma omissão ilícita que provoque danos ao meio ambiente, já que a tutela jurisdicional que se pretende vai impor o adimplemento de um dever por parte da Administração de forma que a violação a um direito fundamental seja cessada em razão da contínua omissão por parte do Poder Público e por isso consiste na tutela inibitória, e não simples ação de fazer.

Busca-se também, levantar questionamentos sobre a situação de que um determinado dever se configure para a Administração Pública como um ato discricionário, pois em que pese o ato não seja vinculado, a Administração Pública necessita avaliar a situação a fim de tomar a decisão que melhor atende a proteção do meio ambiente, não podendo usar a situação de ato discricionário para eximir-se de suas responsabilidades.

Milaré (2018, p. 460-461) preconiza no mesmo entendimento que o Estado, tendo em vista o seu dever de regular e impedir o surgimento do dano ambiental, também pode ser responsabilizado diante da conduta de terceiros, cabendo ao Poder Público o direito à ação de regresso contra o causador direto do dano, uma vez que o dano tenha sido reparado, fato que consiste numa forma de se evitar que a coletividade arque com o ônus que deve competir a quem foi o maior responsável pelo dano ambiental em questão, voltando-se à ideia embutida no princípio do poluidor-pagador.

Entretanto, ressalta o autor que na prática do direito ambiental é plausível que se acione o Estado apenas quando for impossível que se acione judicialmente aquele que poluiu de forma direta o meio ambiente, conforme as regras da responsabilidade solidária, uma vez que é mais coerente e lógico que se responsabilize primeiramente aquele que mais auferiu lucros pela prática da atividade causadora do dano, já que responsabilizar o Estado poderia ser entendido como uma forma de penalizar a própria sociedade, que é a pagadora das contas, tributos e impostos.

Tutela inibitória corretiva (preventiva de dano)

Impende salientar que o processo é produto da realidade econômico-social e por conta disso essa realidade impõe ao Judiciário uma noção distinta daquela que defende que o provimento jurisdicional deve ser assegurado para reprimir danos ao direito do autor da demanda, uma vez que conforme já salientado nos tópicos anteriores, muitos direitos em razão de sua própria natureza não podem ser convertidos em valores monetários (PINTO; FARIA, 2016).

Dessume-se que a tutela inibitória nos moldes do Processo Civil/2015 surge como uma ferramenta processual apta a fazer valer a garantia fundamental do direito de ação que se encontra prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Assim, não basta que haja apenas a determinação constitucionalmente prevista de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, sem que haja na prática meios para que a pessoa possa se socorrer ao judiciário para fazer valer seu direito. É necessário que haja a previsão técnica dos instrumentos jurídicos que devam ser utilizados para tanto.

Marinoni (2018, p. 176) esclarece que:

Na verdade, há direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional e, assim, direito fundamental à tutela preventiva, o qual incide sobre o legislador – obrigando - o a instituir as técnicas processuais capazes de permitir a tutela preventiva – e sobre o juiz – obrigando-o a interpretar as normas processuais de modo a delas retirar instrumentos processuais que realmente viabilizem a concessão de tutela de prevenção.

O Código de Processo Civil ao prever o instituto da tutela inibitória atinge o objetivo de efetivar determinados direitos do sujeito ativo da demanda, uma vez que com o advento dos novos direitos, tais como acontece com o direito ambiental e o direito do consumidor, as ferramentas repressivas juridicamente previstas podem não ser suficientes e não atender ao resultado útil do processo, de maneira que a tutela inibitória é a única ferramenta capaz de prevenir o ilícito antes mesmo que o dano aconteça, sendo assim, uma forma de se evitar a autotutela (PINTO; FARIA, 2016).

É forçoso ressaltar, conforme esclarece Marinoni (2019, p. 25), que os tribunais no Brasil têm decidido que a tutela inibitória dispensa a comprovação de dolo ou culpa, bastando ao sujeito ativo do processo que ele faça prova do ato antijurídico cometido ou que está prestes a ser cometido, pelo sujeito passivo, sobretudo em observância do próprio parágrafo único do artigo 497 do Código de Processo Civil.

Assim, Marinoni (2019, p. 24-25) explica que os critérios de dolo e culpa no processo civil correspondem a critérios para a sanção ressarcitória, e não para a tutela inibitória, de forma que se a tutela inibitória visa prevenir o ilícito, não há motivo para se questionar sobre dolo ou culpa, e o mesmo ocorre com a tutela de remoção do ilícito.

Pinto e Faria (2016) asseveram que a tutela inibitória consiste em imediata consequência dessa concepção jurisdicional, pois é um provimento de caráter satisfativo que está intrinsecamente relacionado com o direito material e visa resguardar de modo preventivo direitos extrapatrimoniais, como é o meio ambiente, contra atos ilícitos, na medida em que os direitos extrapatrimoniais não podem ser meramente convertidos em valor monetário.

Logo, explicam que o sujeito ativo da demanda, através de cognição exauriente, irá requerer ao sujeito passivo o adimplemento de uma prestação de fazer, por meio da tutela inibitória positiva, ou de uma prestação de não fazer, através de tutela inibitória negativa, e até mesmo por meio de uma cumulação de prestação de fazer com prestação de não fazer, estando o réu sujeito ao pagamento de multa ou outras penalidades que se mostrarem imperiosas para que o processo alcance o seu resultado útil inibindo-se o ato antijurídico.

Assim, para que haja a recuperação ambiental em sua forma natural, através da imposição de prestações de fazer ou de não fazer, se almejará reaver a capacidade funcional do meio ambiente em caso de ocorrência de dano, assim, com a reconstituição dos ecossistemas que foram lesados, busca-se o equilíbrio ecológico tal como antes da ocorrência do dano, de forma a possibilitar meios para que o meio ambiente tenha asseguradas as suas faculdades de autorregeneração (CARDIN; BARBOSA, 2008).

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2020, p. 501-502) fazem uma analogia entre a tutela inibitória que impõe fazer e/ou não fazer, com as chamadas *prohibitory injunction* e *mandatory injunction*, sendo respectivamente uma ordem que impõe um fazer e um não fazer, e que existem no direito estadunidense, explicando que a *injunction* é dotada de grande sucesso em razão de sua flexibilidade o que a torna capaz de se adaptar aos mais variados casos que necessitam de tutela.

Nesse sentido, verifica-se que é por intermédio de prestações que tenham por objeto um mero fazer da Administração Pública sem repercussão diante de terceiros, ou ainda através de atividades e normas que visem resguardar o meio ambiente contra terceiros que se concretiza o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, de forma que se conclui que somente mediante essas prestações por parte do Poder Público é que esse direito é efetivado (MARINONI, 2018, p. 231).

O Processo Civil ao dispor da tutela inibitória como uma ferramenta processual corretiva a fim de prevenir o dano, admite que tal instrumento seja aplicado objetivando a imposição que pode ser de um fazer ou de um não fazer, ou ainda de ambos cumulativamente,

e, portanto, Marinoni (2018, p. 234) assevera que mesmo no caso de uma prestação por parte do Poder Público que tenha repercussão perante terceiros, ou seja, uma prestação que obrigue o particular a atendê-la, ainda assim a norma de direito material não perde a sua natureza, e isso ocorre em razão de que o papel da jurisdição será, como denomina o autor, de “realização do desejo preventivo” da norma violada, independente de tratar-se de um fazer ou não-fazer.

Estudo de impacto ambiental

Para que seja analisado cientificamente se uma determinada atividade é passível de causar um dano ambiental irreversível, é importante que se lance mão de estudos como o de impacto ambiental e de impacto de vizinhança.

Primeiramente cumpre ressaltar que os dois não se confundem, pois o estudo de impacto ambiental é mais amplo e, portanto, engloba o estudo de impacto de vizinhança, de forma que o inverso não é verdadeiro, uma vez que não é todo e qualquer estudo de impacto de vizinhança que será considerado um estudo de impacto ambiental.

Será através desses dois principais mecanismos de controle científico do meio ambiente que os profissionais de maneira interdisciplinar vão poder averiguar sobre os benefícios e/ou prejuízos que determinada atividade pode causar.

Assim, o presente tópico se justifica no trabalho tendo em vista que entende-se que a aplicação da tutela inibitória, medida mais drástica, só se justifica se for embasada em preciso conteúdo em relatórios confeccionados por profissionais que envolvem áreas como engenharia, geologia, geografia etc., pois com base em dados científicos haverá de fato a comprovação se uma determinada prática pode trazer dano irreversível ao meio ambiente, e assim justificaria a aplicação de tutela inibitória para obstar uma ameaça concreta ao meio ambiente.

Nesse sentido, De Paula (2020, p. 417) explica que no processo ambiental a prova pericial tem muita relevância, pois será apenas através desse meio de prova que será possível aferir sobre o risco de uma determinada prática, produto ou substância ao meio ambiente em termos de toxicidade e nocividade, permitindo-se, através da perícia que se saiba de antemão sobre as chances de risco que uma atividade pode provocar, bem como identificar quais seriam esses riscos.

Milaré (2018, p. 1021) esclarece que licenciamento é instrumento de política do meio ambiente, o qual deve se subordinar aos pressupostos normativos que estão previamente e nitidamente determinados, cujo objetivo precípua consiste em regular, disciplinar o implemento de práticas empreendedoras e econômicas que possam causar danos ambientais.

Por todo o exposto é que na pesquisa em comento entende-se que o estudo de impacto ambiental, bem como o estudo de impacto de vizinhança, pode ser considerado tipos de prova pericial, posto que tanto as demais provas periciais, como o estudo de impacto ambiental e estudo de impacto de vizinhança, necessitam ser realizados por profissionais técnicos de áreas especializadas, com a diferença básica de que os estudos são realizados previamente à atividade em questão.

O Anexo I da Resolução nº 237/1997 do em seu artigo 3º trouxe um rol bem amplo de atividades que obrigatoriamente devem estar subordinadas ao licenciamento ambiental para o seu funcionamento, contudo sem condicioná-las à realização obrigatória de Estudo prévio de impacto ambiental.

Assim, há a autonomia para o competente órgão ambiental avaliar se dispensa ou não determinada atividade da confecção do estudo de impacto ambiental, caso trate-se de atividade que não é potencialmente nociva ao meio ambiente (FIORILLO, 2020, p. 265).

Assim, entende-se que o estudo de impacto ambiental é importante para precaver o meio ambiente de determinadas catástrofes, todavia a sua exigência não se mostra plausível para toda e qualquer atividade; o estudo de impacto ambiental deve existir para as atividades que possuam potencial de degradar o meio ambiente de forma por ele intolerável. Se assim não fosse, haveria a exigência de estudo de impacto ambiental para toda e qualquer atividade econômica e isso poderia gerar um caos, na medida em que muitas pessoas não suportariam arcar com os altos custos para a realização dos estudos e assim não teriam como dar início aos seus empreendimentos, comprometendo toda a comunidade que também depende de seus serviços e produtos.

Em que pese a relação constante da Resolução do CONAMA de nº 237/1997 tratar-se de rol exemplificativo e não taxativo, é bem verdade que esse fato não pode servir para sustentar a exigência de licenciamento e por conseguinte, de estudo de impacto ambiental para qualquer prática empresarial e/ou econômica, pois deve ser bem delineado que apenas as atividades potencialmente degradantes do meio ambiente e que possam ser encaixadas no rol do CONAMA, é que não prescindem de licenciamento e para essas, é importante a exigência do estudo de impacto ambiental para complementação.

Nessa senda, Fiorillo (2020, p. 264-265) assevera que o artigo 3º da Resolução CONAMA nº 237/1997 ampliou a lista de atividades que obrigatoriamente devem se sujeitar ao licenciamento ambiental sem, contudo, relacionar o licenciamento com a realização do EIA/RIMA, de forma que as atividades abrangidas pelo anexo I da referida resolução necessitam passar pelo licenciamento ambiental nos termos do artigo 2º, § 1º da resolução, que por força do mencionado artigo 3º pode ter ou não o amparo de EIA/RIMA.

Mas o fato é que o Estudo de Impacto Ambiental, assim como o Estudo de Impacto de Vizinhança, constitui provas periciais e por isso, quando se fala na questão ambiental, especialmente o Estudo de Impacto Ambiental enquanto prova pericial ganha enorme relevância, sendo que através da referida prova será possível aferir se determinada atividade tem potencial de causar um dano ambiental presente ou futuro, consoante Jônatas Luiz Moreira de Paula (2020, p. 417).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela presente pesquisa, não se justifica que se lance mão de tutela inibitória apenas por medo e temores, pois uma atitude irracional e impensada pode provocar danos maiores do que o próprio risco que a atividade em questão poderia causar ao meio ambiente, acarretando a paralisação de atividades econômicas importantes causando o

desemprego de inúmeras pessoas, ou ainda, poderia prejudicar uma pessoa de ter acesso a uma moradia, no caso de tutela inibitória objetivando que a mesma não construa em determinada localidade, o que só deve se justificar se houver embasamento por meio de estudo de impacto ambiental e/ou estudo de impacto de vizinhança.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

BECK, Ulrich. Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 10 fev. 2021.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 27 jan. 2021.

BULOS, Uadi Lammego. Curso de direito constitucional. 7ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. 3ª ed. São Paulo: D'Plácido, 2020.

CARDIN, Valéria Silva; BARBOSA, Haroldo Camargo. Formas de reparação do dano ambiental. Revista de ciências jurídicas – UEM, Maringá, v. 6, nº 2, p. 156-178, jul./dez. 2008. Disponível em: https://site.mppr.mp.br/arquivos/File/bacias_hidrograficas/3_Doutrina/Artigo_Ambiental_Reparacao_Dano_3.pdf. Acesso em: 05 out. 2021.

CHAVES, Luciana Oliveira. Tutela inibitória antecipada na ação civil pública ambiental. 2010. 144 f. Dissertação (Mestrado) Programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/1032/1/Luciana%20Oliveira%20Chaves.pdf>. Acesso em: 17 set. 2021.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 20ª ed.

GERMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Tutela inibitória: a eficácia da jurisdição pela superação da perspectiva monetizante. REVISTA CEJ, Brasília, nº 73, p. 85-94, set/dez. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.73.09.pdf. Acesso em: 17 set. 2021.

LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental do individual ao coletivo extrapatrimonial. 1999. 362f. Tese (Doutorado) Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1999. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/80511>. Acesso em: 04 out. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

MILARÉ, Edis. Direito do ambiente. 11ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Curso de direito processual ambiental. 3ª ed. São Paulo: Editora D'Plácido, 2020.

PINTO, Edson Antônio Souza; FARIA, Daniella Lopes de. A tutela inibitória e os seus fundamentos no novo código de processo civil. Revista de processo, São Paulo, v. 252, p. 303-318. Fev. 2016. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3276906/mod_resource/content/1/A%20TUTELA%20INIBIT%20C%3%93RIA%20E%20OS%20SEUS%20FUNDAMENTOS%20NO%20NOVO%20C%3%93DIGO%20DE%20PROCESSO%20CIVIL.pdf. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. Teoria da jurisdição cível. São Paulo: Editora D'Plácido, 2020.

A resolução dos conflitos através do método da arbitragem à luz do código de processo civil

Alessandra Frei Silva

RESUMO

O presente estudo busca analisar os institutos dos meios adequados de solução de conflitos previstos no Código de Processo Civil de 2015, especialmente a arbitragem. Através de uma abordagem técnica, pretende-se demonstrar que a arbitragem existe no ordenamento jurídico desde 1996, porém apenas com o advento do novo Código de Processo Civil é que se tornou mais relevante a adoção do instituto. Verifica-se a sua aplicabilidade a casos complexos, além de demonstrar sua importância no que diz respeito ao alcance da pacificação social porquanto trata-se de método de heterocomposição dos conflitos, de modo a analisar os benefícios de sua utilização e a sua eficiência aplicada ao caso concreto. Analisa-se a questão da cláusula arbitral cheia e da cláusula arbitral vazia bem como suas diferenças. Também se objetiva o estudo dos meios adequados de solução de conflitos diante dos problemas sociais da atualidade e a sua importância no que diz respeito à contribuição para uma diminuição de processos no âmbito do poder judiciário. Optou-se pela metodologia dedutiva com base em pesquisa bibliográfica através de doutrina bem como de legislação infraconstitucional.

Palavras-chave: arbitragem. pacificação social. mediação.

ABSTRACT

This study aims to analyze the institutes of the appropriate means of conflict resolution provided for in the Code of Civil Procedure 2015, especially arbitration. Through a technical approach, it is intended to demonstrate that arbitration has existed in the legal system since 1996, but only with the advent of the new Code of Civil Procedure has become more relevant adoption of the institute. Its applicability is verified in complex cases, besides demonstrating its importance with regard to the scope of social pacification because it is a method of heterocomposition of conflicts, in order to analyze the benefits of its use and its efficiency applied to the specific case. It analyses the issue of the full arbitration clause and the empty arbitration clause and its differences is addressed. It is also aimed at studying the appropriate means of resolving conflicts in the face of social problems today and their importance with regard to the contribution to a reduction of processes within the judiciary. It was opted for the deductive methodology based on bibliographic research through doctrine as well as infraconstitutional legislation.

Keywords: arbitration. social pacification. mediation.



INTRODUÇÃO

Os conflitos existem em razão da própria existência de uma vida social. Em outras palavras, pode ser dito que o conflito é inerente à natureza e não restrito aos seres humanos, uma vez que conflitos existem até mesmo entre animais na selva, os quais disputam por alimento, reprodução e etc.

Na espécie humana não é diferente disso, com a gravidade de que a vida na humanidade tem se tornado cada vez mais complexa com o passar do tempo. Se na Era Pré-histórica poderiam ser vistos conflitos de ordem alimentar e reprodutiva, com a globalização, diferenças de ideias e pensamentos e interesses distintos entre os mais variados grupamentos humanos, é natural que conflitos possam surgir.

Com a jurisdição, a qual consiste num meio de solução de conflitos através da heterocomposição, criou-se uma cultura do litígio em nosso país, sobretudo com o advento do CPC/1973, e que acabou perpetuando-se pelo ensino jurídico nas universidades de modo que qualquer litígio por mais simples que fosse, começou a ser levado para solução pelo Poder Judiciário, fato este que até na atualidade ainda persiste, em que pese seja possível afirmar que com o CPC/2015 busca-se alterar esse posicionamento pela cultura do litígio de modo a atenuar a quantidade de ações que chegam ao Poder Judiciário.

O elevado número de processos que chegam ao Poder Judiciário acaba tornando-se um verdadeiro problema para os operadores do direito e também para a sociedade como um todo, na medida em que os profissionais da área se sobrecarregam de afazeres e a sociedade acaba tendo uma resposta que muitas vezes demora para ser alcançada, sendo certo que muitas causas complexas que realmente necessitam do Poder Judiciário para serem solucionadas, acabam de igual forma sendo prejudicadas em razão do imenso volume de demandas que acaba gerando como consequência a morosidade para a solução do litígio.

Dessa forma, em razão da demora da tutela jurisdicional que se pretende, sobretudo após o CPC/2015, as pessoas estão começando a mudar a sua forma de pensar, uma vez que este veio para incentivar os meios consensuais de conflitos, portanto muitas vezes ao invés de se levar uma causa pequena ou de baixa complexidade ao Poder Judiciário, as partes acabam valendo-se da mediação, conciliação ou ainda da arbitragem, como uma forma de se atingir uma resposta em um período de tempo menor, razão pela qual o presente estudo se faz relevante.

METODOLOGIA

O artigo em comento foi realizado a partir de pesquisa exploratória através de levantamento de informações sobre o tema, mormente o método teve como base pesquisa bibliográfica, sobretudo amparada nos estudos de Elpídio Donizetti e Humberto Theodoro Júnior.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Consensualidade como requisito de validade

Ninguém pode ser obrigado a se submeter a qualquer dos meios adequados de solução de conflitos, seja a conciliação, mediação ou arbitragem. Assim, a manifestação de vontade das partes é fundamento da arbitragem, no sentido de que caso haja recusa por uma das partes acerca do seu cumprimento e essa parte queira levar a questão ao Judiciário, a outra parte fica resguardada se de fato houve consentimento quando elas convencionaram a arbitragem, de modo que o STF entende que o acesso à justiça não é violado nesse caso quando as partes estipulam livremente pela submissão de seus conflitos ao juízo arbitral, situação na qual portanto, pode ser afastada a jurisdição do Estado.

Nessa senda, é imprescindível que para a validade da convenção de arbitragem as partes devem manifestar-se livremente acerca da sua estipulação, pois só assim elas ficaram vinculadas a essa convenção de arbitragem (CARDOSO, 2013, p. 16).

Em outras palavras, a falta de consentimento eiva de vício a convenção de arbitragem, à qual será considerada nula e ineficaz, de modo que a consensualidade é o mais importante ponto de partida para que se possa fazer uma análise mais aprofundada acerca do instituto da arbitragem em nosso ordenamento jurídico vigente.

Aspectos relevantes na Arbitragem

A arbitragem é o meio adequado de solução de conflitos mais antigo, uma vez que é regulado pela Lei 9.037/1996, mas que passou a ganhar mais notoriedade e importância em razão do CPC/2015, o qual estabelece logo em seu artigo 3º, parágrafos 1º, 2º e 3º, que a lei permite a arbitragem na forma da lei, bem como que deverá sempre haver a promoção por parte do Estado da solução consensual dos conflitos, e ainda determina que a conciliação, mediação e outros métodos de solução de consensual de conflitos (incluindo-se a arbitragem), deverão ser estimulados não apenas pelo Estado na figura dos juízes, defensores públicos e membros do Ministério Público, mas também pelos advogados até mesmo no curso do processo judicial.

Assim, não resta dúvidas de que o instituto da arbitragem é consolidado, bem-sucedido e excelente forma de solução de litígios no Brasil e adotada inclusive por empresas de grande porte. Hodiernamente, a arbitragem é muito utilizada quando o litígio é complexo e necessita de solução rápida e eficiente, sobretudo quando se trata de questões que envolvam partes de nacionalidades distintas ou ainda de grandes investimentos internacionais.

Conforme esclarece Theodoro Júnior (1999), a arbitragem consiste em um meio alternativo de solução de conflitos por meio da atribuição de poderes conferidos a uma terceira pessoa, sendo que esse vai intervir naquela controvérsia de modo a decidir sem que haja intervenção do Estado, e munida de imparcialidade, de modo que a decisão proferida pelo juízo arbitral é dotada da mesma eficácia da sentença judicial, sendo cabível a utilização do juízo arbitral sempre que objetivar-se solucionar conflitos concernentes a direito patrimonial disponível.

Por esse entendimento, a arbitragem é um meio extrajudicial de solução dos conflitos, na medida em que a sua solução prescinde da jurisdição estatal. Porém no que consiste à nomenclatura de meio alternativo de solução de conflitos, é de se pensar que não se mostra muito aplicável atualmente, tendo em vista que com o CPC 2015 atribui a característica de métodos consensuais de solução de conflitos.

Na medida em que as partes podem optar ou não livremente pelo uso da arbitragem bem como dos outros meios de solução de conflitos, e devendo esses meios serem exaustivamente incentivados pelos operadores do direito por expressa disposição do CPC/2015, não se tratam mais de meios alternativos mesmo, mas sim meios consensuais de solução de conflitos pois dependem apenas da vontade das partes e deveriam ser uma regra e não uma simples alternativa em relação ao processo judicial.

Ao escolher o juiz para solucionar a sua controvérsia, as partes possuem optar pelo juiz com a melhor qualificação e conhecimento técnico possível, ao passo que na jurisdição estatal essa escolha não é possível, de modo que muitas vezes uma sentença proferida por um juízo arbitral pode se tornar muito mais interessante e justa do que a sentença proferida por um juiz que não possui a capacidade técnica necessária para tratar do assunto, o qual pode abranger inúmeros aspectos: esporte, tecnologia, investimentos, etc.

Ademais, é de se mencionar que uma denominação mais plausível e razoável na atualidade acerca de arbitragem, mediação e conciliação consiste justamente na abordagem exposta por Donizetti (2019), o qual esclarece que arbitragem é o julgamento do conflito por terceira pessoa que atua imparcialmente, configurando-se espécie de heterocomposição de conflitos, mas que se consagra através de procedimentos mais simplificados e com menos formalidade quando comparado ao processo judicial.

Nessa mesma linha de inteligência, está previsto como requisito para a instituição da arbitragem que as partes sejam maiores e capazes, nos termos do art. 1º, da lei 9.3017/1996, de modo que é inviável a representação ou assistência aos incapazes para o procedimento da arbitragem.

Nesse sentido,

Vale também destacar que por mais que o Estatuto do Deficiente tenha promovido a inclusão e modificação considerável na sistemática de incapacidades no âmbito do Código Civil, tal alteração não teve o condão de alterar a amplitude e o alcance do art. 1.º da Lei de Arbitragem: havendo quaisquer ruídos na liberdade de disposição da parte envolvida – ou algum tipo de checagem pelo Poder Judiciário se tal vontade está sendo exercida de maneira correta e sem vícios, tal como ocorre da tomada de decisão apoiada, previsto no art. 1.783-A do CC – não nos parece compatível com o escopo e a própria função social da arbitragem. A representação legal derivada de direito de família – que socorrem os curatelados, menores de idade, incapazes nos termos do Código Civil e Estatuto da Pessoa com deficiência – não autoriza a celebração de convenção de arbitragem e, ela existindo, deverá ser declarada nula pelo próprio Tribunal, baseando-se, neste caso, no princípio da competência-competência. (MELO, 2017)

Ademais, para a formulação da arbitragem é necessária a convenção de arbitragem, a qual se subdivide em cláusula compromissória e compromisso arbitral. Com a convenção de arbitragem, dá início à extinção do processo judicial sem resolução do mérito.

A convenção de arbitragem, portanto é o marco inicial para que se possa dar início com o procedimento, sendo, portanto, indispensável e consistindo em um gênero no qual

a cláusula compromissória e o compromisso arbitral são espécies, conforme pode ser subentendido pelo art. 3º da lei 9.307/1996.

Nesse sentido, conforme entendimento jurisprudencial:

A convenção de arbitragem é a fonte ordinária do direito processual arbitral, espécie destinada à solução privada dos conflitos de interesses e que tem por fundamento maior autonomia da vontade das partes. Estas, espontaneamente, optam em submeter os litígios existentes ou que venham a surgir nas relações negociais à decisão de um árbitro, dispondo da jurisdição estatal (STF, 2002).

Ou seja, não há que se falar em arbitragem sem a existência da convenção de arbitragem.

A materialização da convenção de arbitragem pode se manifestar através da fórmula prevista no art. 4º, da lei 9.307/1996, com a chamada cláusula compromissória e que acontece quando as partes estabelecem no contrato, previamente, que desejam submeter à arbitragem as divergências que porventura surgirem em decorrência daquele contrato.

Já o compromisso arbitral, é a outra forma pela qual a convenção de arbitragem pode se materializar e está previsto no art. 9º da referida lei, e que existe quando não há cláusula arbitral e as partes já estão diante de uma controvérsia por conta do contrato e por isso resolvem submeter esse litígio à arbitragem, ou seja, as partes estão diante de um conflito atual e concreto.

Desta feita, existindo a cláusula compromissória não haverá necessidade de existir o compromisso arbitral, trata-se de uma diferença temporal, uma vez que aquela objetiva estipular de antemão a aplicação da arbitragem diante de qualquer conflito que puder acontecer a posteriori.

Deve ser salientado a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato no qual estiver inserida, sendo que se o contrato for considerado nulo, tal fato não anula necessariamente essa cláusula compromissória, permanecendo, portanto, válida e eficaz, conforme expressamente prevê o art. 8º da lei.

É importante destacar que pode ser objetos de convenção de arbitragem qualquer direito patrimonial que seja disponível. Isso equivale a dizer que, de outra banda, é vedada a arbitragem para tratar por exemplo de questões que envolvam direito de família, ou qualquer outra questão que não possua caráter exclusivamente patrimonial, conforme bem determina o art. 852, do Código Civil bem como o art. 1º da lei de Arbitragem, de modo que pode ser aduzido que se trata de uma das limitações no que concerne à arbitragem, posto que não será qualquer questão que vai poder ser resolvida por essa via.

Desse modo, conforme esclarece Nanni (2011), deve-se ter cautela quando da elaboração da convenção de arbitragem, uma vez que uma falha é possível gerar as chamadas “cláusulas patológicas”, as quais acabam prejudicando a aplicação da arbitragem quando surge a controvérsia, motivo pelo qual o ideal é que a cláusula arbitral seja bem elaborada de modo a não permitir nenhuma brecha ou manobra por alguma das partes.

Quando surge o conflito não resta dúvidas de que a sintonia de outrora que deu ensejo à elaboração do contrato pelas partes não será a mesma de antes, de tal sorte que

uma brecha na cláusula pode dar ensejo a muitas tentativas em não se cumprir o que fora avençado.

Acerca da celeridade que a arbitragem proporciona para a solução dos litígios, a lei 9.307/1996 estabelece que quem estipula o prazo para que a sentença seja proferida são as próprias partes, e no caso de ausência de disposição nesse sentido, o art. 23 da Lei determina que o prazo será de até seis meses para que seja proferida a sentença arbitral, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Indubitavelmente essa previsão é fator que confere maior celeridade para a solução da controvérsia, tendo em vista que muitas demandas no Poder Judiciário atualmente levam muito mais tempo para serem solucionadas, inclusive quando se trata de ações no Juizado de Pequenas Causas.

Cláusula arbitral vazia e cláusula arbitral cheia

A cláusula arbitral vazia é também chamada de cláusula arbitral incompleta. Com essa cláusula, não há a disposição acerca de como se dará o procedimento da arbitragem, não há a indicação da forma ou do lugar da arbitragem ou da escolha dos árbitros, por exemplo.

Nesse sentido, quando se fala em cláusula arbitral vazia não há essa disposição contratual acerca de algum elemento essencial como os anteriormente citados e é justamente por essa razão que a cláusula arbitral vazia acaba gerando controvérsias, na medida em que nada foi acordado acerca do procedimento anteriormente, de modo que cabe à parte apenas e tão somente acionar o Poder Judiciário para que essas lacunas sejam preenchidas e solucionadas, situação essa que acaba gerando maior desgaste às partes e igualmente mais morosidade, de tal sorte que a cláusula arbitral cheia é sempre mais recomendável de ser aplicada.

Assim, sendo vazia a cláusula, numa situação em que são precárias as informações sobre a instituição do juízo arbitral, por disposição do art. 6º da Lei de Arbitragem uma parte pode vir a intimar a outra para que complementem a cláusula arbitral, com dia, hora e local agendados. Assim, há essa disposição legal para que a parte que desejar possa procurar a outra para se instaurar o juízo arbitral sem a necessidade de valer-se do Poder Judiciário.

A cláusula compromissória seja ela vazia ou cheia possui o condão de por si só instituir o juízo arbitral entre as partes, ou seja, ela possui força vinculante entre as partes para que se institua a arbitragem, de tal sorte que sendo vazia a cláusula arbitral e uma das partes procurando a outra para que complementem a cláusula antes da ocorrência do litígio, elas podem finalizar o que falta e caso não haja nenhum conflito concreto, fala-se apenas em cláusula compromissória e não em compromisso arbitral.

Portanto, a cláusula compromissória é capaz de instituir o juízo arbitral, porém para se dar início à arbitragem é primordial que haja a convenção das partes no que concerne à escolha dos árbitros, e à câmara arbitral, por exemplo. Uma vez solucionadas essas lacunas, será possível realizar o compromisso arbitral.

Para que uma cláusula arbitral seja considerada cheia é necessário que possua a prévia indicação do árbitro ou do procedimento, mas não apenas isso conforme está previsto

no art. 10 da Lei de Arbitragem. É necessário também que haja a indicação das partes, indicação da matéria que é objeto do litígio, identificação do árbitro ou do procedimento para que faça essa escolha bem como a indicação do lugar em que será proferida a sentença arbitral (SANTOS, 2007).

Assim, a Lei de arbitragem trouxe uma grande inovação na medida que conferiu maior autonomia às partes para a solução de seus conflitos sem a necessidade de acionar o Poder Judiciário, e isso de forma muitas vezes mais rápida com o benefício ainda de poderem por si próprias definirem o árbitro de acordo com suas preferências e aptidões técnicas para lidar com a questão.

Outrossim, a arbitragem ganhou destaque ainda maior com o advento do Novo CPC, o qual veio a reafirmar e resgatar a importância da adoção dos meios adequados de solução de conflitos tanto pela escolha das próprias partes bem como estabelecendo que haja o incentivo por parte dos operadores do direito para o uso desses meios como forma de desafogar o Poder Judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto foi possível concluir que o Novo Código de Processo Civil privilegia os chamados meios adequados de solução de conflitos, de forma a evitar a avalanche de processos no Judiciário.

Verificou-se que a arbitragem, mediação e conciliação, não devem ser considerados meros meios alternativos de solução de conflitos, pois o próprio diploma processual estabelece que a adoção de tais meios para solucionar controvérsias seja a regra, tornando o processo judicial uma exceção a ser invocada apenas como *última ratio*.

Foi possível compreender que a arbitragem entre os três institutos apresentados, caracteriza-se como sendo o mais elaborado e mais complexo, sobretudo em razão ser aplicável a grandes contratos inclusive na esfera internacional. Por outro lado, em que pese a arbitragem exista no ordenamento jurídico pátrio desde 1996, já que regulada pela Lei nº Lei 9.037/1996, foi somente com o advento do Código de Processo Civil de 2015 que passou a ganhar mais notoriedade.

Ainda sobre a arbitragem, entendeu-se que a cláusula arbitral cheia é deveras mais recomendada, na medida em que não dará margem para controvérsias no que diz respeito ao procedimento arbitral pretendido pelas partes, sendo benéfica para evitar divergências futuras.

Nesse sentido, a adoção dos meios adequados de solução de conflitos são uma inovação e sua prática deve ser incentivada e aplicada pelos operadores do direito, uma vez que em que pese haja uma certa relutância sobretudo em relação a determinados profissionais quando de sua adoção, pois imagina-se que haverá uma perda da reserva de mercado, tal premissa não é verdadeira, pois na verdade os meios adequados de solução de conflitos consistem em vasto campo de trabalho a ser desbravado.

REFERÊNCIAS

ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do judiciário. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Doi: 10.11606/D.2.2014.tde-27012015-163101. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27012015-163101/publico/DissertacaoMariaCecilia_de_AraujoAsperti.pdf. Acesso em: 07 out. 2021.

BRASIL. (1996). Lei nº 9307, de 23 de setembro de 1996: Lei de arbitragem. Brasília, DF.

CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem: resolução CNJ 125/2010 (e respectiva emenda de 31 de janeiro de 2013); mediação e conciliação. 3ª ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 41.

CARDOSO, Paula Butti. Limites subjetivos da convenção de arbitragem. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 184 f. 2013. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23032017-145153/publico/VERSAO_COMPLETA_PAULA_BUTTI_CARDOSO.pdf. Acesso em: 07 out. 2021.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 29 e 99.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2004.

DONIZETTI, Elpídio. Entenda o conceito de arbitragem. Migalhas, 2019. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/317064/entenda-o-conceito-de-arbitragem>. Acesso em: 07 de agosto de 2020.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. Rdc.p. 1, novembro/1999. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_02_05.pdf. Acesso em: 01 de agosto de 2020.

LIMA, Adriely Nascimento. Convenção arbitral: cláusula compromissória e compromisso arbitral. Núcleo de estudos em arbitragem e processo internacional. Disponível em <http://www.direito.ufes.br/sites/direito.ufes.br/files/field/anexo/Semin%C3%A1rio%2030.07%20-%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20de%20arbitragem.pdf>. Acesso em 01 de agosto de 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; Sérgio Cruz Arenhart; Daniel Mitidiero. Curso de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MELO, Diogo Leonardo de. Restrições à representação na celebração da convenção de arbitragem. Revista de arbitragem e mediação. 2017, vol. 50. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.50.08.PDF. Acesso em 07 de agosto de 2020.

NANNI, Giovanni Etori. Os cuidados na elaboração da cláusula arbitral. Conjur, 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-jun-17/arbitragem-nao-fundada-equidade-sim-lei>. Acesso em 02 de agosto de 2020.

NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Comentários ao Código de Processo Civil, Revista dos Tribunais. 2015.

RAMOS, Caio Pazinato Gregório. Controle da jurisdição do árbitro pelo Poder Judiciário antes da sentença arbitral no direito brasileiro. 2019. 323 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi. Sobre a cláusula compromissória cheia. RIPE – Revista do instituto de pesquisas e estudos, v. 41, n. 47, p 267-296, Bauru, 2007. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16023325.pdf>. Acesso em: 04 de agosto de 2020.

Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno – Sentença Estrangeira Contestada nº 6.75307 – Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, Acórdão de 13/06/2002, DJe de 04/10/2002, Ementa nº 2085-2.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Método, 2008.

_____. Mediação de conflitos. São Paulo: Atlas, 2013.

WYPUCH, Gustavo Henrique. Arbitragem internacional: leis modelos da UNCITRAL e IA-A. Revista Brasileira de Direito Internacional, v. 2. Nº2, p. 416-434, São Paulo, 2005. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/dint/article/viewFile/5320/4032>. Acesso em: 07 out. 2021.

ZANELATO, Thiago Del Pozzo. A internacionalidade da arbitragem à luz do direito brasileiro. 2020. 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 20120.

Dissolução irregular da sociedade e a responsabilidade tributária: tema selecionado pelo Superior Tribunal de Justiça para decisão sob a sistemática de recursos repetitivos - REsp 1.377.019/SP

Cibele Rezende Moreira

Advogada OAB/SE nº 7897; Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT; Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Faculdade Guanambi

RESUMO

O presente estudo objetivou demonstrar os entendimentos mais recentes do Superior Tribunal de Justiça – STJ sobre a responsabilidade tributária do sócio gerente nos casos de redirecionamento da execução fiscal fundado na dissolução irregular da empresa. Em rápida síntese, o trabalho visa refletir sobre os critérios adotados pela jurisprudência atual do mencionado Tribunal para a identificação do sócio alcançável pelo redirecionamento e os efeitos do REsp 1.377.019/SP que determinou a suspensão da tramitação dos feitos executivos que versem sobre a questão, nos termos do art. 1.037, II, NCPC.

Palavras-chave: execução fiscal. dissolução irregular. redirecionamento. responsabilização do sócio gerente. recursos repetitivos.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade tributária do sócio gerente depende de critérios legalmente previstos, havendo de ser demonstrado comprovadamente que o gestor deu causa à exação através da prática de atos com excesso de poder, contrários à lei, contrato social ou estatutos, nos termos previstos no art. 135 do Código Tributário Nacional – CTN.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se dividido em dois entendimentos distintos: 1) o sócio gerente estará sujeito ao redirecionamento da execução fiscal se gestor à época do fato gerador e, cumulativamente, no período da dissolução irregular; 2) o sócio gerente estará sujeito ao redirecionamento da execução fiscal se gestor no período da dissolução irregular, sendo irrelevante se ele geria a empresa à época do fato gerador.



Adissonância entre os julgados das turmas do STJ gerou a necessidade de selecionar um julgamento como representativo da presente controvérsia e mais recentemente, através do Resp. 1.377.019/SP, o tema passou a tramitar sob a sistemática de recursos repetitivos.

Como consequência, a filiação do magistrado a qualquer dessas correntes de entendimento conduz a execução fiscal a um resultado diferente sob o ponto de vista do redirecionamento do feito.

O presente estudo, sem intenção de filiação a qualquer das correntes acima expressas, demonstrará, inicialmente e de forma sucinta, as definições dos institutos jurídicos aqui empregados e, ao final, alguns julgados do STJ com reflexões sobre os seus efeitos nas execuções fiscais e respectivos desdobramentos.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Como regra, tem-se que é inconfundível a pessoa jurídica e seus respectivos sócios, vez que perante o ordenamento jurídico, a separação entre as personalidades jurídicas define a responsabilidade por suas próprias obrigações. Desse modo, os sujeitos passivos da obrigação tributária são identificados no artigo 121 do CTN:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I – Contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitui o respectivo fato gerador;

II – Responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Acerca da conceituação jurídica dos possíveis sujeitos passivos, temos lição doutrinária de Ricardo Alexandre (2016):

[...] será contribuinte quando tiver relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; caso contrário, será denominado responsável. Em ambos os casos, a sujeição passiva depende de expressa previsão legal. Assim, o responsável integra a relação jurídico-tributária como devedor de um tributo, sem possuir relação pessoal e direta com o respectivo fato gerador (ALEXANDRE, 2016, p. 311).

É assente o entendimento de que não é o simples inadimplemento da empresa que permite que o sócio com poderes de gerência seja responsabilizado pelos tributos devidos. É necessário que reste demonstrado de forma inequívoca que este agiu com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I – As pessoas referidas no artigo anterior;

II – Os mandatários, prepostos e empregados;

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Em seu estudo, Borba (1997) conclui que a responsabilidade imputada ao gestor, nos termos do art. 135, III, não discrepa da regra geral esculpida no ordenamento jurídico:

[...] não discrepa da regra geral (art. 1016 do Código Civil) ao estabelecer que os diretores, gerentes ou representantes são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatuto. (BORBA, 1997, p. 110)

Importante frisar que não basta ser sócio, pois a responsabilização só é possível se o sócio tem poderes de gestão, caso contrário, é simples integrante da pessoa jurídica, conforme ensinamento doutrinário: “A mera condição de “sócio” é insuficiente, até porque o dispositivo não menciona tal termo. Se o sócio existe, mas não é diretor, nem gerente, não deve ser responsabilizado (SABBAG, 2013, p. 882)

Conclui-se, portanto, que se a pessoa jurídica não cumpriu com suas obrigações tributárias por circunstâncias alheias à vontade e forma de administrar de seu sócio/diretor/gerente, como é o caso clássico das circunstâncias do próprio mercado, crise financeira do país e outros fatos, o empresário agindo dentro da lei, contrato social e estatuto, não terá seus bens particulares comprometidos para quitação dos débitos, uma vez que não resta caracterizada a sonegação e infração à lei, mas mera inadimplência de tributos.

Especificamente, o STJ se manifestou: Súmula 430. “O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”.

A dissolução irregular caracteriza-se como ato infracional por violar a lei e o próprio STJ apontou como causa que possibilita o redirecionamento da execução fiscal com a Súmula 435: “Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”.

Confira-se o ensinamento de Sabbag (2011):

Hodiernamente, a tendência jurisprudencial, na trilha da doutrina majoritária, é pacífica e diversa, conforme se explicou. Por fim, diga-se que a jurisprudência tem acolhido como inequívocos exemplos de “infração à lei”: (I) empregador que desconta o IRRF ou contribuição previdenciária e não os recolhe ao Erário; (II) a dissolução irregular da sociedade, deixando débitos tributários pendentes e nenhum patrimônio para garantir seu pagamento. (SABBAG, 2011, p. 738).

Ressalto que para a configuração da dissolução irregular da empresa devedora, basta que esta deixe de comunicar seu novo endereço à repartição fiscal e de proceder à baixa na Junta Comercial, fato que pode ser constatado pelo oficial de justiça ao cumprir diligências determinadas na execução fiscal, especialmente no ato de citação. Ainda, a constatação da dissolução irregular pode ser feita em qualquer momento processual, ou seja, a pessoa jurídica foi citada no início do processo e no decorrer do processamento do feito ocorreu a dissolução.

O STJ, aplicando o princípio da presunção de legitimidade dos atos do agente público, tem o entendimento pacífico de que a certidão do oficial de justiça é suficiente para atestar que a empresa encerrou irregularmente suas atividades, dando azo ao redirecionamento da execução fiscal. A Fazenda Pública também utiliza como indício de

prova da dissolução irregular, a ausência de declaração do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica, com a justificativa de que se não há rendimentos auferidos, não há atividade empresarial.

Trago à colação jurisprudências sobre o tema:

EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS ARTS. 618, I, E 794, I, DO CPC/73. RAZÕES DE RECURSO QUE NÃO IMPUGNAM, ESPECIFICAMENTE, O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO, EM FACE DO SÓCIO-GERENTE. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, DIANTE DO CONTEXTO FÁTICO DOS AUTOS, CONCLUIU PELA COMPROVAÇÃO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESSA PARTE, IMPROVIDO. I. Agravo Regimental interposto em 30/09/2014, contra decisão publicada em 25/09/2014, na vigência do CPC/73. II. Interposto Agravo Regimental com razões que não impugnam, especificamente, o fundamento da decisão agravada, mormente quanto à ausência de prequestionamento dos arts. 618, I, e 794, I, do CPC/73, não prospera o inconformismo, em face da Súmula 182 desta Corte. III. Na esteira da jurisprudência do STJ, “é firme a orientação no sentido de que a dissolução irregular da empresa sem deixar bens para garantir os débitos, ao contrário do simples inadimplemento do tributo, enseja o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios-gerentes, independentemente de restar caracterizada a existência de culpa ou dolo por parte desses” (STJ, AgRg no AREsp 743.185/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/09/2015). IV. Nos termos da Súmula 435 do STJ, “presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”. V. No caso dos autos, consoante se extrai da premissa fática delineada pelo Tribunal de origem, verifica-se que foi autorizado o redirecionamento da Execução Fiscal contra o sócio-gerente, em virtude da constatação de que houve a dissolução irregular da sociedade empresária, que deixou de funcionar no seu domicílio fiscal. VI. Nesses termos, os argumentos utilizados pela parte recorrente, relativos à inexistência de prova, demonstrando a efetiva dissolução irregular da empresa, somente poderiam ter sua procedência verificada mediante o necessário reexame de matéria fática, não cabendo a esta Corte, a fim de alcançar conclusão diversa, reavaliar o conjunto probatório dos autos, em conformidade com a Súmula 7/STJ. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 427.479/MT, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/03/2015. VII. Agravo Regimental parcialmente conhecido, e, nessa parte, improvido. (STJ, AGARESP 201401302882, DJE 21/06/2016).

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. CITAÇÃO POR AVISO DE RECEBIMENTO. AR DEVOLVIDO. INSUFICIÊNCIA DE INDÍCIO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR A AUTORIZAR A MEDIDA. 1. Para o redirecionamento da execução fiscal ao sócio, buscando sua responsabilização subsidiária, conforme previsto no art. 135 do CTN, é indispensável que este tenha agido com excesso de poderes ou infringido a lei, o contrato social ou o estatuto da empresa. 2. Conforme fixado no REsp 1371128/RS (Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 17/9/2014 - representativo de controvérsia), a dissolução irregular da empresa caracteriza infração à lei, de modo que, comprovada tal circunstância, tem-se por possível o redirecionamento pretendido pelo Fisco-credor. 3. Inobstante, “(...) há que se verificar a incidência desse entendimento diante de cada caso concreto, não sendo razoável se proceder ao redirecionamento da execução fiscal, baseando-se, tão somente, em simples devolução de AR-postal sem cumprimento, impondo-se, nesse particular, que se utilizem meios outros para verificação, localização e citação da sociedade empresária.” (AgRg no AgRg no REsp 1358007/SP, Rel. Min. Og. Fernandes, Segunda Turma, DJe de 18/12/2013). 4. Agravo regimental não provido (STJ, AGARESP 201501139150, DJE 14/12/2015)

EMEN: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DIRETA. INTERRUPT-

ÇÃO. EFEITOS. RESPONSABILIDADE PELA DEMORA, NA EFETIVAÇÃO DO PROCEDIMENTO CITATÓRIO, QUE FOI IMPUTADA, NO ACÓRDÃO RECORRIDO, AO MECANISMO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL, DO JUÍZO DE VALOR CONCRETO, EXARADO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SÚMULA 7/STJ. CITAÇÃO. INSUCESSO. EMPRESA QUE NÃO MAIS FUNCIONA NO ENDEREÇO CONSTANTE DOS REGISTROS OFICIAIS. CERTIDÃO LAVRADA POR OFICIAL DE JUSTIÇA. INDÍCIO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. REDIRECIONAMENTO. SÓCIO-GERENTE. POSSIBILIDADE. SÚMULA 435/STJ AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Hipótese em que o acórdão recorrido, em face dos elementos fáticos dos autos, efetivamente concluiu que a demora, na realização do procedimento citatório, deve ser atribuída à máquina judiciária. Na forma da jurisprudência do STJ, descabe reexaminar, em sede de Recurso Especial, o juízo de valor concreto, efetuado nas instâncias ordinárias, acerca da efetiva atribuição de responsabilidade pela demora na realização do procedimento citatório, em razão da vedação contida na Súmula 7/STJ. Assim, proclama a jurisprudência do STJ que “a verificação de responsabilidade pela demora na prática dos atos processuais implica indispensável reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, na estreita via do recurso especial, ante o disposto na Súmula 07/STJ” (STJ, REsp 1.102.431/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 01/02/2010). II. Consoante a jurisprudência do STJ, “em execução fiscal, certificada pelo oficial de justiça a não localização da empresa executada no endereço fornecido ao Fisco como domicílio fiscal para a citação, presume-se (juris tantum) a ocorrência de dissolução irregular a ensejar o redirecionamento da execução aos sócios, na forma do art. 135, do CTN. Precedentes: EREsp 852.437/RS, Primeira Seção. Rel. Min. Castro Meira, julgado em 22.10.2008; REsp 1343058/BA, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 09.10.2012”, constituindo “obrigação dos gestores das empresas manter atualizados os respectivos cadastros junto aos órgãos de registros públicos e ao Fisco, incluindo os atos relativos à mudança de endereço dos estabelecimentos e, especialmente, os referentes à dissolução da sociedade. Precedente: EREsp 716412/PR, Primeira Seção. Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 12.9.2007” (STJ, REsp 1374744/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 17/12/2013). III. De aplicar, na hipótese vertente, à luz dos balizamentos estabelecidos, os dizeres da Súmula 435/STJ: “Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”. IV - Agravo Regimental improvido (STJ, AGRESP 201102755138, DJE 16/03/2016).

RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. DEFINIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO. DISSONÂNCIA ENTRE OS JULGAMENTOS DO STJ

Não restam dúvidas de que o sócio gerente pode ser responsabilizado pelas dívidas tributárias da pessoa jurídica, desde que enquadrado no previsto no artigo 135 do CTN, neste sentido observam Ricardo Alexandre (2016) e Luciano Amaro (2014):

Há casos em que a sujeição passiva do terceiro decorre da sua atuação em desconformidade com o direito, levando-se à condição de responsável pessoal pelo próprio tributo devido (e não apenas pela multa eventualmente cabível). (ALEXANDRE, 2016, p. 349)

Para que a responsabilidade se desloque do contribuinte para o terceiro, é preciso que o ato por este praticado escape totalmente das atribuições de gestão ou administração, o que frequentemente se dá em situações nas quais o representado ou administrado é (no plano privado), assim como o Fisco (no plano público), vítima de ilicitude praticada pelo representante ou administrador. (AMARO, 2014, p. 221)

Nesse ponto, cabe analisar como identificar o sócio ou os sócios que estarão sujeitos ao redirecionamento da execução fiscal e, principalmente qual critério adotar com base na jurisprudência do STJ.

De início há de se esclarecer que esta dúvida só ocorre quando houve mudança de titularidade da gerência, uma vez que se desde a data da constituição da pessoa jurídica até à época do fato gerador a gerência esteve concentrada no(s) mesmo(s) sócio(s) não há controvérsia a dirimir, bastando o magistrado verificar na documentação juntada pelo exequente junto com o pedido de redirecionamento quem é o administrador, proferir a decisão do redirecionamento para o sócio responsável mandando citá-lo nos termos da Lei nº 6.830/80 – Lei de Execução Fiscal (LEF).

Chamo à atenção ao fato de que não é apenas com o pedido da Fazenda Pública que o juiz defere, a decisão é fundamentada na previsão legal e na documentação juntada pelo exequente, uma vez que, relembro, é medida excepcional a responsabilização do sócio pelas dívidas tributárias devidas pela empresa. Ressalto também que o procedimento admite a realização do chamado “bloco construtivo” que enseja medidas de bloqueio *on line* realizada pelo BacenJud, restrição de veículos pelo Renajud e indisponibilização de bens pelo Cadastro Nacional de Bens – CNIB, dentre outras medidas.

Então o cerne do problema é responder ao quesito: Qual sócio gerente será alcançável pelo redirecionamento, ante a modificação do encargo entre a época do fato gerador e a dissolução irregular da empresa?

Há duas linhas de entendimento do STJ ainda não pacificadas:

- a) a primeira decorre da circunstância de que o que importa é identificar o gestor que estava na época da dissolução irregular, sendo irrelevante se sequer compunha os quadros da pessoa jurídica à época do fato gerador.
- b) a segunda jurisprudência demonstra necessidade de requisitos cumulativos, ou seja, que o gestor a ter seu nome incluído no polo passivo do executivo fiscal estivesse na época do fato gerador e da dissolução irregular.

Ao leitor desatento, pode não parecer complexa a definição, mas na prática é e, principalmente, porque o desdobramento da execução fiscal pode seguir caminhos bem diferentes, desde a paralisação do processo com base no art. 40 da LEF ou mesmo a satisfação integral do débito levando a extinção do executivo pelo pagamento.

O que a exequente busca incessantemente é conseguir responsabilizar o sócio com poderes de gestão que efetivamente tenha bens suficientes para garantir a execução, pois se todas as tentativas de localização de bens que já foram efetuadas em relação à pessoa jurídica restaram frustradas, só resta o redirecionamento para que o feito tenha seu prosseguimento normal e não fique paralisado sujeito à prescrição intercorrente. Segundo Cândido Dinamarco (2001, p.31): “executar é dar efetividade e execução”.

Destacamos as recentes decisões do STJ que demonstram a existências dessas duas correntes de entendimento:

EMENTA: RECURSO FUNDADO NO CPC/73. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. SÓCIOS QUE NÃO INTEGRAVAM A SOCIEDADE EMPRESÁRIA À ÉPOCA DOS FATOS GERADORES. REDIRECIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. O Plenário do STJ, na sessão de 09.03.2016, definiu que o regime recursal será determinado pela data da publicação da decisão impugnada (Enunciado Administrativo n. 2/STJ). Logo, no caso, aplica-se o CPC/73. 2. Não é possível o redirecionamento da execução fiscal a sócio que não integrava a sociedade empresária à época da ocorrência dos fatos geradores, porquanto o redirecionamento em tal hipótese pressupõe o exercício de gerência pelo sócio da

empresa à época da ocorrência dos fatos geradores das obrigações e da dissolução irregular da empresa. Precedentes: AgRg no REsp 1529041/CE, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 12/4/2016, DJe 19/4/2016; AgRg no AREsp 841.408/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 15/3/2016, DJe 29/3/2016; AgRg no AREsp 790.661/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 5/11/2015, DJe 18/11/2015; AgRg no AREsp 648.070/SC, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, julgado em 8/9/2015, DJe 23/9/2015. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, AGRESP 201500477663, DJE 08/06/2016)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. PEDIDO DE REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL FUNDADO NA DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE EXECUTADA. PRESSUPOSIÇÃO DE PERMANÊNCIA DO SÓCIO NA ADMINISTRAÇÃO DA EMPRESA NO MOMENTO DA OCORRÊNCIA DA DISSOLUÇÃO E DE SEU EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE GERÊNCIA À ÉPOCA DO FATO GERADOR DO TRIBUTO. SÚMULA N. 83/STJ. INCIDÊNCIA. I - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual o pedido de redirecionamento da execução fiscal, quando fundado na dissolução irregular da sociedade executada, pressupõe não apenas a permanência do sócio na administração da empresa no momento da ocorrência da dissolução, como que tenha ele exercido a função de gerência à época do fato gerador do tributo. II - O recurso especial, interposto pela alínea a e/ou pela alínea c, do inciso III, do art. 105, da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência dessa Corte, a teor da Súmula n. 83/STJ. III - A Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada. IV - Agravo Regimental improvido (STJ, AGARESP 201502815189, DJE 14/12/2015)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ARTS. 134, VII, DO CTN; 4º DA LEF; 10 DO DECRETO N. 3.708/19; 50, 1.052 E 1.080 DO CC/02. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. PRESUNÇÃO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR NOS TERMOS DA SÚMULA 435/STJ. REDIRECIONAMENTO AO SÓCIO-GERENTE QUE EXERCIA ESSE ENCARGO POR OCASIÃO DO ATO PRESUMIDOR DA DISSOLUÇÃO. POSSIBILIDADE. DATA DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR OU VENCIMENTO DO TRIBUTO. IRRELEVÂNCIA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Hipótese em que o Tribunal de origem afastou a responsabilidade dos sócios-gerentes da sociedade contribuinte executada por entender que estes, embora ocupassem a gerência no momento da dissolução irregular presumida, não exerciam a direção da entidade por ocasião da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária ou do vencimento do respectivo tributo. 2. Os arts. 134, VII, do CTN; 4º da LEF; 10 do Decreto n. 3.708/19; 50, 1.052 e 1.080 do CC/02 não foram objeto de análise ou apreciação pelo Tribunal de origem, o que revela a ausência de prequestionamento. Incidência dos verbetes 282 e 356 da Súmula do STF. 3. O pedido de redirecionamento da execução fiscal, quando fundado na dissolução irregular ou em ato que presuma sua ocorrência - encerramento das atividades empresariais no domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes (Súmula 435/STJ) -, pressupõe a permanência do sócio na administração da sociedade no momento dessa dissolução ou do ato presumidor de sua ocorrência, uma vez que, nos termos do art. 135, caput, III, CTN, combinado com a orientação constante da Súmula 435/STJ, o que desencadeia a responsabilidade tributária é a infração de lei evidenciada na existência ou presunção de ocorrência de referido fato. 4. Consideram-se irrelevantes para a definição da responsabilidade por dissolução irregular (ou sua presunção) a data da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, bem como o momento em que vencido o prazo para pagamento do respectivo débito. 5. No caso concreto dos autos, o Tribunal de origem, à luz do contexto fático-probatório, concluiu que as pessoas contra quem se formulou o pedido de redirecionamento gerenciavam a sociedade no momento da constatação do ato presumidor da dissolução irregular. 6. Recurso especial da Fazenda Nacional provido (STJ, RESP - RECURSO ESPECIAL - 1520257, DJE 23/06/2015).

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA N. 284/STF. EXECUÇÃO FISCAL.

REDIRECIONAMENTO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA. RESPONSABILIDADE DO GESTOR. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973. II - A jurisprudência desta Corte considera que quando a arguição de ofensa ao dispositivo de lei federal é genérica, sem demonstração efetiva da contrariedade, aplica-se, por analogia, o entendimento da Súmula n. 284, do Supremo Tribunal Federal. III - O acórdão recorrido está em confronto com o entendimento desta Corte, segundo o qual o pedido de redirecionamento da execução fiscal, quando fundado na dissolução irregular da sociedade executada, pressupõe não só que o sócio tenha exercido a função de gerência à época do fato gerador do tributo, como também que esteja exercendo essa função no momento da dissolução irregular da empresa. IV - A Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada. V - Agravo Regimental improvido (STJ, AGRESP 201501007904, DJE 19/04/2016).

Do exposto, percebe-se que os critérios para identificar o sócio gerente responsável pela obrigação tributária correspondem exatamente ao momento do fato gerador, o período do exercício da gerência e a data em que constatada a dissolução irregular da pessoa jurídica, variáveis que ainda não estão completamente definidas pelo STJ.

SELEÇÃO DO TEMA PARA DECISÃO SOB A SISTEMÁTICA DE RECURSOS REPETITIVOS: RESP Nº 1.377.019/SP

A questão foi submetida a julgamento, tema/repetitivo nº 962, afetando o REsp nº 1.377.019/SP em 03/10/2016, nos seguintes termos:

A questão tratada nos autos, relativa à possibilidade de redirecionamento da execução fiscal contra o sócio que, apesar de exercer a gerência da empresa devedora à época do fato tributário, dela regularmente se afastou, sem dar causa, portanto, à posterior dissolução irregular da sociedade empresária, revela caráter representativo de controvérsia de natureza repetitiva, razão pela qual afeto o julgamento do presente Recurso Especial à Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 1.063 e seguintes do CPC/2015.

A Ministra Relatora Assusete Magalhães determinou a suspensão da tramitação dos processos, individuais ou coletivos, que versem a mesma matéria, de acordo com o disposto no art. 1.037, II, do CPC/2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, ante a determinação de suspensão das execuções fiscais que estão pendentes de decisão quanto ao pedido do exequente de redirecionamento do feito para a figura do sócio gerente, há de ser concluir pelo lado positivo, uma vez que as divergências de entendimento do STJ reverberam nas decisões dos magistrados ao ponto de a mesma empresa executada em um juízo ter o redirecionamento determinado para o sócio gestor à época do fato gerador e da dissolução irregular e em outro juízo, o responsável ser o sócio gerente que estava à época da dissolução irregular.

Assim que unificado o entendimento pelo STJ, as decisões serão uniformes e o provimento jurisdicional será mais efetivo.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 20^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquematizado. 10. Ed. rev. Atual., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito societário. 3 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. V.3, São Paulo: Malheiros, 2001.

SABBAG, Eduardo de Moraes. Elementos do Direito – Direito Tributário. 9. ed. São Paulo: Ed. Premier, 2013.

SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011

Jurisprudências. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/juris/unificada>. Acesso em 01/04/2017.

Extrafiscalidade tributária ambiental: um instrumento de proteção ambiental e desenvolvimento sustentável

Environmental tax extrafiscality: an instrument of environmental protection and sustainable development

Ricardo da Silva Araújo

RESUMO

A extrafiscalidade ambiental emerge como um instrumento eficaz na promoção do equilíbrio entre desenvolvimento econômico e proteção ao meio ambiente. Ao contrário dos tributos tradicionais, cujo propósito primário é arrecadatório, a tributação extrafiscal se destina a regular comportamentos, orientando agentes econômicos a adotar práticas mais sustentáveis. Assim, este artigo tem como objetivo investigar o papel e a eficácia dos tributos extrafiscais como ferramentas de política ambiental. E, através de uma análise de distintos textos normativos, demonstrou-se que incentivos fiscais, taxações diferenciadas e créditos tributários voltados às práticas verdes têm impulsionado empresas a repensar estratégias, investir em tecnologias limpas e adotar padrões de produção mais sustentáveis. Entretanto, para que a extrafiscalidade ambiental alcance seu potencial máximo, alguns desafios precisam ser superados. A definição clara dos critérios para concessões de incentivos, a transparência nas regras e a uniformidade nas políticas entre diferentes regiões são essenciais para evitar distorções de mercado e garantir a justiça fiscal. Por fim, conclui-se que a integração da extrafiscalidade com outras políticas públicas é fundamental para uma abordagem holística da sustentabilidade. E a conjugação dos instrumentos tributários com medidas regulatórias, educacionais e de incentivo à inovação pode catalisar uma transição mais rápida e efetiva para uma economia de baixo carbono com potencial de ser uma força transformadora que alinhe interesses econômicos com imperativos ecológicos, promovendo, assim, uma sociedade mais justa e sustentável.

Palavras-chave: extrafiscalidade tributária ambiental. impostos verdes. tributação ambiental.



ABSTRACT

Environmental extrafiscality emerges as an effective tool in promoting a balance between economic development and environmental protection. Unlike traditional taxes, whose primary purpose is revenue collection, extra-fiscal taxation aims to regulate behaviors, guiding economic agents to adopt more sustainable practices. Thus, this article investigates the role and effectiveness of extra-fiscal taxes as environmental policy tools. And, through an analysis of various normative texts, it was demonstrated that fiscal incentives, differentiated tax rates, and tax credits aimed at green practices have driven companies to rethink strategies, invest in clean technologies, and adopt more sustainable production standards. However, for environmental extrafiscality to reach its maximum potential, some challenges need to be overcome. Clear criteria for granting incentives, transparency in rules, and uniformity in policies across different regions are essential to avoid market distortions and ensure fiscal fairness. In conclusion, integrating extrafiscality with other public policies is crucial for a holistic approach to sustainability. And the combination of tax instruments with regulatory, educational, and innovation-promoting measures can catalyze a faster and more effective transition to a low-carbon economy with the potential to be a transformative force that aligns economic interests with ecological imperatives and promotes a more just and sustainable society.

Keywords: environmental tax extrafiscality. green taxes. environmental taxation.

INTRODUÇÃO

A crescente degradação ambiental evidenciou a necessidade de políticas públicas eficazes que produzam, concomitantemente, o desenvolvimento econômico e a sustentabilidade. Nesse contexto, a extrafiscalidade surge como um instrumento capaz de utilizar o sistema tributário para alcançar fins não fiscais, especialmente a proteção ambiental.

Assim, a extrafiscalidade é um conceito fiscal associado ao uso não apenas para fins arrecadatórios, mas principalmente para alcançar outros objetivos de políticas públicas. Embora deva-se reconhecer que os termos “extrafiscalidade ambiental” e “extrafiscalidade tributária”, mesmo que pariformes, são usualmente aplicados em contextos diferentes, focando o primeiro especificamente em objetivos ambientais, e o segundo em um escopo mais amplo, que traz à luz o uso de instrumentos tributários para qualquer finalidade além da arrecadação.

Portanto, a extrafiscalidade ambiental remonta à proteção do meio ambiente e promoção de práticas sustentáveis, fazendo uso de impostos sobre emissões de poluentes, taxas sobre produtos não ecologicamente corretos, bem como de incentivos fiscais para empresas que adotem práticas sustentáveis, entre outros, como instrumentos.

Já a extrafiscalidade tributária busca atingir diversas metas de políticas públicas, que variam entre incentivar ou desincentivar determinados comportamentos econômicos até alcançar os objetivos sociais ou culturais almejados. E, para tanto, usam-se impostos diferenciados sobre certos produtos de modo que o seu consumo seja desencorajado. Ademais, incentivos e isenções fiscais também podem ser aplicados em setores específicos

da economia e organizações sem fins lucrativos, além de diversas outras entidades públicas ou privadas.

Destarte (s.d), compreende-se também que a extrafiscalidade ambiental é, na verdade, um subconjunto da extrafiscalidade tributária, uma vez que ambas se referem ao uso de instrumentos fiscais com objetivos além da simples arrecadação. Em muitos países, por exemplo, a legislação tributária é utilizada como um poderoso instrumento de política pública onde, através da imposição, isenção ou redução de impostos, governos podem influenciar o comportamento de empresas e indivíduos orientando-os na direção dos objetivos específicos almejados pelo Estado. Porém, é essencial que essas políticas sejam bem planejadas e implementadas de modo a evitar distorções indesejadas na economia e assegurar que o sucesso nos resultados seja satisfatoriamente alcançado.

Desta forma, considerando a crescente preocupação global em relação às mudanças climáticas e degradação ambiental, a extrafiscalidade tributária ambiental surgiu como uma ferramenta promissora para promover práticas mais sustentáveis. No entanto, questiona-se até que ponto a implementação de medidas extrafiscais pode efetivamente contribuir para uma transição ecológica, sem criar desequilíbrios econômicos ou sobrecarregar injustamente certos segmentos da sociedade.

Essa questão traz à luz a tensão inerente entre a promoção de objetivos ambientais e os potenciais impactos econômicos e sociais das medidas tributárias. Ao mesmo tempo em que a extrafiscalidade pode ser vista como uma ferramenta poderosa para influenciar o comportamento de empresas e indivíduos em direção à sustentabilidade, é fundamental considerar seus efeitos colaterais, tais como possíveis aumentos nos preços para o consumidor, efeitos sobre a competitividade de certos setores e as implicações à equidade social.

Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo investigar e apontar a aplicabilidade e eficácia do tributo verde, exemplificando os benefícios fiscais tributários ambientais para entender se a extrafiscalidade pode realmente ser um recurso de proteção ambiental e desenvolvimento sustentável a ser respaldado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A metodologia empregada tem por abordagem a pesquisa exploratória, utilizando como principal instrumento a revisão de fontes documentais sob a operacionalização da extrafiscalidade tributária ambiental, os principais exemplos de extrafiscalidade e suas vantagens e desvantagens, observando o arcabouço normativo legal levantado, sendo do tipo bibliográfica, porquanto revisa a literatura e a legislação especializada da temática.

A EXTRAFISCALIDADE TRIBUTÁRIA AMBIENTAL

A extrafiscalidade refere-se à utilização de instrumentos fiscais não para arrecadar receitas, mas para alcançar outros objetivos, como regular comportamentos. No contexto ambiental, implica no uso de impostos, taxas e contribuições para incentivar práticas ecológicas ou desincentivar condutas prejudiciais ao meio ambiente.¹

¹ EKINS, Paul; SPECK, Speck. *Environmental Tax Reform: A Policy for Green Growth*. Oxford University Press. 2010.

Assim, emerge como uma ferramenta estratégica para governos em todo o mundo que buscam promover a sustentabilidade, alavancando o sistema fiscal para alcançar objetivos ecológicos. Esta estratégia tem se mostrado eficaz em orientar comportamentos econômicos para a redução de impactos.²

Nessa toada, diversos países implementaram impostos ambientais que tendem a desestimular atividades prejudiciais ao ambiente como a taxaço de emissões de carbono, que resultou em uma notável diminuição nas suas emissões e incentivou a transição para fontes de energia renováveis, bem como a adoção de taxas e impostos sobre emissões de carbono como uma forma de internalizar os custos externos das emissões de gases de efeito estufa como, por exemplo, na Suécia, onde foi introduzido, no ano de 1991, um imposto sobre o carbono que é frequentemente citado como uma das razões para o sucesso do país na redução de seus lançamentos.^{3, 4, 5}

Se por um lado busca promover práticas mais sustentáveis, a extrafiscalidade ambiental também pode ter implicações econômicas significativas, uma vez que taxas e impostos ambientais podem impulsionar a inovação e criar mercados para tecnologias verdes. Logo, se mal implementadas, essas ferramentas são capazes de resultar em encargos econômicos, especialmente para indústrias tradicionais e consumidores finais.^{6, 7}

A extrafiscalidade, embora eficaz em muitos aspectos, pode apresentar desafios de equidade. Taxas ambientais regressivas, por exemplo, podem ter um impacto desproporcional sobre as camadas mais pobres da população, que gastam uma parcela maior de sua renda em bens básicos. Assim, é crucial que as políticas sejam desenhadas considerando seus efeitos distributivos.⁸

Nesse sentido, a aplicação da extrafiscalidade ambiental é vasta, abrangendo uma variedade de questões, desde mudanças climáticas até poluição plástica. E quando bem projetada, essa ferramenta pode promover a sustentabilidade enquanto atende aos desafios econômicos e sociais específicos de cada contexto.⁹

TRIBUTAÇÃO VERDE

A Tributação Verde faz referência à imposição de tributos sobre bens e atividades prejudiciais ao meio ambiente, como emissões de carbono e poluição industrial. Esses tributos têm o efeito duplo ao arrecadar receitas e reduzir atividades nocivas, surgindo como uma resposta política à necessidade crescente de combate às mudanças climáticas e promoção da sustentabilidade ambiental por meio de ferramentas econômicas. Tal

² RING, Irene. *Integrating local ecological services into intergovernmental fiscal transfers: The case of the ecological ICMS in Brazil*. *Land Use Policy*. 25(4), 485-497. 2008.

³ MENANTEAU, Philippe; FINON, Dominique; LAMY, Marie-Laure Lamy. *Prices versus quantities: choosing policies for promoting the development of renewable energy*. *Energy Policy*. 31(8), 799-812. 2003.

⁴ STERN, Nicholas. *The Economics of Climate Change: The Stern Review*. Cambridge University Press. 2007.

⁵ ANDERSSON, Julius. *Carbon Taxes and CO² Emissions: Sweden as a case study*. *American Economic Journal: Economic Policy*. 11(4), 1-30. 2019.

⁶ GALLAGHER, Kelly Sims; MUEHLEGGGER, Erich. *Giving green to get green? Incentives and consumer adoption of hybrid vehicle technology*. *Journal of Environmental Economics and Management*. 61(1), 1-15. 2011.

⁷ FULLERTON, Don; METCALF, Gilbert. *Environmental controls, scarcity rents, and pre-existing distortions*. *Journal of Public Economics*. 80(2), 249-267. 2001.

⁸ CONVERY, Frank; MCDONNELL, Simon; FERREIRA, Susana. *The most popular tax in Europe? Lessons from the Irish plastic bags levy*. *Environmental and Resource Economics*. 38(1), 1-11. 2007.

⁹ GOULDER, Lawrence; PARRY, Ian. *Instrument choice in environmental policy*. *Review of Environmental Economics and Policy*. 2(2), 152-174. 2008.

instrumento fiscal pretende, essencialmente, internalizar os custos externos das atividades humanas no ambiente, modificando comportamentos e práticas industriais.¹⁰

Nesse sentido, a tributação verde possui como essência a reflexão dos custos ambientais nas atividades econômicas que causam danos ao ecossistema. Ao fazer isso, o princípio poluidor-pagador¹¹ é instaurado, incentivando práticas mais limpas e sustentáveis. E ao tornar a poluição e o uso insustentável de recursos mais onerosos, a tributação verde promove inovação e a adoção de tecnologias e práticas mais limpas.¹²

Impostos sobre variados poluentes têm sido propostos ou implementados em diversas jurisdições para combater as mudanças climáticas. Tais impostos têm o potencial não apenas de reduzir emissões, mas também de gerar receitas que podem ser reinvestidas em tecnologias limpas ou devolvidas à população. Da mesma forma, taxas sobre sacolas plásticas ou produtos plásticos de uso único têm demonstrado sucesso na redução da poluição plástica em diversos países.^{13, 14}

No entanto, a tributação verde não está isenta de desafios. Uma crítica comum é que tais impostos podem ser regressivos, impactando desproporcionalmente as camadas mais pobres da sociedade. Adicionalmente, também há preocupações sobre a competitividade internacional, especialmente se algumas jurisdições não adotarem medidas semelhantes. Assim, a tributação verde representa uma abordagem promissora e pragmática para abordar desafios ambientais. Contudo, sua implementação exige uma consideração cuidadosa dos impactos econômicos, sociais e distributivos para garantir que os objetivos ambientais sejam alcançados de maneira justa e eficaz.¹⁵

BENEFÍCIOS FISCAIS

Incentivos fiscais para práticas sustentáveis, como redução de impostos para empresas que adotam tecnologias limpas ou para produtos eco-friendly¹⁶, podem conduzir a uma economia mais verde, representando assim uma estratégia governamental para encorajar empresas e indivíduos a adotar comportamentos e operações mais amigáveis ao

10 PIGOU, Arthur Cecil. *The Economics of Welfare*. Macmillan and Co., Limited. London. 1932.

11 De acordo com a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. *Recommendation of the Council on Guiding Principles concerning International Economic Aspects of Environmental Policies*. C(72)128. 1972, o princípio “poluidor-pagador” é um conceito central na política ambiental e na economia ecológica. Este princípio estabelece que aquele que causa poluição ou degradação ambiental deve arcar com os custos de prevenção, reparação ou mitigação, independentemente de existirem leis que proibam ou regulamentem a atividade poluidora. A ideia é que, ao internalizar os custos ambientais das atividades humanas, incentiva-se uma produção e consumo mais sustentáveis, pois os poluidores serão financeiramente responsabilizados pelos danos que causam ao meio ambiente. Isso ajuda a assegurar que os preços de bens e serviços reflitam seu verdadeiro custo ambiental e incentiva inovações e práticas que reduzam o impacto ambiental. Este princípio é frequentemente associado à Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que o adotou no início dos anos 1970. A ideia foi promulgada como uma forma de incentivar uma gestão ambiental mais eficiente nos países membros.

12 CALIENDO, Paulo. *Tributação e ordem econômica: os tributos podem ser utilizados como instrumentos de indução econômica?* Revista *Direitos Fundamentais & Democracia*. Curitiba, v. 20, n. 20, p. 193-234, jul./dez. 2016.

13 EKINS, Paul; SPECK, Speck. *Environmental Tax Reform: A Policy for Green Growth*. Oxford University Press. 2010.

14 CONVERY, Frank; MCDONNELL, Simon; FERREIRA, Susana. *The most popular tax in Europe? Lessons from the Irish plastic bags levy*. *Environmental and Resource Economics*. 38(1), 1-11. 2007.

15 FULLERTON, Don. *Environmental levies and distortionary taxation: Comment*. *The American Economic Review*. 87(4), 245-251. 1997.

16 De acordo com Pujari, D. (2006), em *Eco-innovation and new product development: understanding the influences on market performance, produtos eco-friendly, conhecidos como produtos verdes ou sustentáveis, são itens produzidos, usados e/ou descartados de maneira que minimizem o impacto ambiental. Eles buscam reduzir a pegada ecológica, tanto na produção quanto no consumo, utilizando materiais recicláveis ou biodegradáveis, evitando substâncias tóxicas, conservando energia e água e/ou reduzindo emissões de carbono. Estes produtos são projetados para ajudar a proteger e preservar o meio ambiente para gerações futuras.*

meio ambiente. E estes benefícios têm mútuas implicações positivas, tanto para a economia quanto para o ambiente.¹⁷

Ademais, um benefício fiscal eficiente se refere ao estímulo à inovação, que pode impulsionar a pesquisa e desenvolvimento de tecnologias verdes. Assim, com reduções fiscais, as empresas são mais propensas a investir em novas tecnologias sustentáveis.¹⁸

Contudo, a absorção de custos externos promove práticas sustentáveis, uma vez que os incentivos fiscais ajudam a mitigar os custos sociais da poluição e do uso excessivo de recursos, alinhando o interesse privado com o bem-estar social. Ao passo que a competitividade econômica requer que setores sustentáveis sejam mais resilientes a choques externos, como flutuações nos preços de commodities¹⁹, e abram novos mercados para produtos e serviços verdes.²⁰

Ainda quando se fala de geração de empregos, as indústrias verdes, como as de energias renováveis, têm o potencial de promover novas oportunidades profissionais que contribuem para a diversificação econômica, bem como a aptidão para promover a conservação de recursos naturais que garantam à sua disponibilidade para gerações futuras em total respeito ao princípio da sustentabilidade²¹ garantido na Constituição Federal de 1988.²²

Nessa toada, a redução de emissões, quando se observa a adoção de tecnologias limpas incentivadas, reduz os efeitos deletérios causados pelo lançamento dos gases de efeito estufa, contribuindo para os esforços globais de combate às mudanças climáticas.²³

Assim, os benefícios fiscais ambientais têm logrado êxito na preservação e conservação do meio ambiente, podendo estas vantagens assumir a forma de redução de taxas, créditos fiscais, isenções entre outros. E, como cases de sucesso é possível exemplificar o ICMS Ecológico, que é uma modalidade de repartição de receitas do ICMS, que considera critérios ambientais para sua distribuição, fazendo com que Estados como Paraná e São Paulo, que já adotaram essa modalidade, destinem uma parte do ICMS aos municípios que possuem áreas protegidas ou que desenvolvam projetos de conservação e

17 MARINHO, Yuri Rugai. *Incentivos Positivos para a Proteção ao Meio Ambiente. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.*

18 JAFFE, Adam; NEWELL, Richard; STAVINS, Roberto. *Technological Change and the Environment. In: Handbook of Environmental Economics. vol. 1, p. 461-516. 2003.*

19 De acordo com Michael Haigh e Matthew Holt, na obra intitulada *Crack spread hedging: Accounting for time-varying spillovers in the energy futures markets*, em 2002. "Commodities" referem-se a bens básicos e brutos que são usados como insumos em produção ou considerados como bens de troca dentro de uma categoria homogênea. Esses produtos têm um padrão de qualidade e são intercambiáveis com outros bens da mesma categoria. Eles são frequentemente usados como referência em negociações globais e seus preços são determinados, em grande parte, pelas forças de mercado de oferta e demanda.

20 OLIVEIRA, José Marcos Domingues. *Direito Tributário e Meio Ambiente – proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

21 De acordo com Celso Antônio Pacheco Fiorillo, em sua obra *Curso de Direito Ambiental Brasileiro* aduz que o princípio da sustentabilidade, embora não esteja explicitamente nomeado na Constituição Federal de 1988, é decorrente de uma série de disposições que contemplam a ideia de desenvolvimento sustentável, onde o conceito é entendido como o desenvolvimento capaz de atender às necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atender suas próprias necessidades. Nesse sentido, a Constituição Federal abraça essa visão ao determinar que é dever do poder público e da coletividade a defesa e a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações ao dispor, em seu artigo 225 que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

22 PINTO, Keziah Alessandra Vianna Silva; SELLMANN, Milena Zampieri. *Tributo como instrumento para assegurar o direito fundamental ao meio ambiente*. In: YOSHIDA, Consuelo Y. M.; RAMPAZZO, Lino (Orgs.). *O direito e a dignidade humana: aspectos éticos e socioambientais*. Campinas, SP: Editora Alínea, 2012.

23 STAVINS, Robert. *Experience with market-based environmental policy instruments. Handbook of Environmental Economics. 1, 355-435. 2003.*

educação ambiental.²⁴

Em outra espécie, a Lei de nº 9.393/96, que dispõe do Imposto sobre Propriedade Territorial Rural – ITR, prevê que propriedades rurais com áreas de preservação permanente e de reserva legal possam ter uma redução no seu valor. A intenção aqui é desonerar os proprietários que destinam parte de suas terras para conservação.²⁵

Ademais, a Lei 7.794/12 que trata a Política Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica – PNAPO, busca promover sistemas sustentáveis de produção agropecuária e pode incluir incentivos fiscais para produtores que optem por práticas agroecológicas. Bem como a Zona Franca Verde, criada pela Lei 11.732/2008, concede incentivos fiscais para empresas que produzam com insumos de origem regional nos estados da Amazônia Legal. Essa medida visa incentivar a utilização sustentável dos recursos da região.^{26, 27}

Outro tipo exemplar de benefício fiscal ambiental ocorre com a desoneração de equipamentos verdes que tem promovido, em diversas legislações nacionais, a isenção ou redução de equipamentos voltados à geração de energia limpa ou tecnologias sustentáveis.²⁸

Assim é possível perceber que a adoção de benefícios fiscais ambientais trata necessariamente de uma tentativa de alinhamento político, fazendo atualmente o sistema fiscal torna-se uma condição sine qua non à conservação ambiental. Ressaltando-se que a tendência é que mais incentivos similares sejam criados, visando uma integração cada vez intrínseca entre economia e ecologia.

VANTAGENS E DESVANTAGENS DA EXTRAFISCALIDADE AMBIENTAL

A extrafiscalidade ambiental traz à administração pública a oportunidade de mudança de paradigma que a faça alcançar seus objetivos de políticas públicas, especialmente ao se aduzir o conceito de sustentabilidade, em sua acepção ecológica. Assim, como vantagens desse instrumento, pontua-se, dentre outras, a internalização de externalidades negativas, que ao tributar atividades potencialmente poluidoras, faz com que os agentes econômicos internalizem os custos dos impactos ambientais promovidos ao meio ambiente.²⁹

Ademais, o incentivo a práticas sustentáveis em empresas ou outros setores, possui pleno respaldo estatal ao direcionar o mercado para modelos de negócio mais limpos e eficientes.³⁰

24 RIBAS, Lídia Maria Rodrigues. *Defesa Ambiental: Utilização de Instrumentos Tributários*. In: TORRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

25 BRASIL. Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996. *Lei da Propriedade Territorial Rural – ITR. Dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR, sobre pagamento da dívida representada por Títulos da Dívida Agrária e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 out. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 05 nov. 2022.

26 _____. Decreto nº 7.794, de 20 de agosto de 2012. *Institui a Política Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7794.htm. Acesso em: 25/08/2023.

27 _____. Lei nº 11.732, de 30 de junho de 2008. *Altera as Leis nos 11.508, de 20 de julho de 2007, que dispõe sobre o regime tributário, cambial e administrativo das Zonas de Processamento de Exportação, e 8.256, de 25 de novembro de 1991, que cria áreas de livre comércio nos municípios de Boa Vista e Bonfim, no Estado de Roraima; e dá outras providências*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Lei/L11732.htm. Acesso em: 24/08/2023.

28 _____. Lei nº 7.798, de 10 de julho de 1989. *Altera a legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e dá outras providências*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7798.htm. Acesso em 24/08/2023.

29 MUKAI, Toshio. *Direito urbano e ambiental*. 4. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

30 OLIVEIRA, José Marcos Domingues. *Direito Tributário e Meio Ambiente – proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

O estímulo à inovação e a flexibilidade também são vantagens observadas através das extrafiscalidades ambientais, a primeira impulsionando o investimento em pesquisa e desenvolvimento de tecnologias mais limpas, uma vez que empresas podem buscar evitar taxações ou aproveitar benefícios fiscais. E a segunda permite uma abordagem mais flexível do que regulamentações diretas, pois oferece a agentes econômicos diversas opções para alcançar conformidades.³¹

Porém esses instrumentos fiscais que são projetados para internalizar os custos ambientais externos e induzir comportamentos mais sustentáveis também apresentam desvantagens. Dentre elas, o impacto regressivo, em que os impostos ambientais, especialmente aqueles sobre bens e serviços essenciais, podem ter um impacto regressivo, afetando desproporcionalmente os grupos de renda mais baixa.³²

Ademais a incerteza na efetividade pode não ser sempre eficaz em alcançar objetivos ambientais, especialmente se as taxas não estiverem corretamente alinhadas com os custos externos reais. Bem como os desafios administrativos, cuja implementação dos instrumentos extrafiscais pode ser complexa e cara, especialmente em países com sistemas administrativos menos desenvolvidos.^{33, 34}

Já a competitividade é uma preocupação constante, uma vez que impostos ou taxas ambientais tendem a prejudicar a segurança operacional das empresas e levar à “fuga de carbono”, onde as empresas transferem a produção para jurisdições com regulamentações menos rígidas. E nesse sentido, a dificuldade em estabelecer preços corretos é constante ao pressupor que o nível correto para taxas ou impostos pode ser desafiador, especialmente quando se trata de custos externos que são difíceis de quantificar.^{35, 36}

Por fim, as distorções econômicas através da introdução de impostos e subsídios ambientais pode criar deformações no mercado e resultar em consequências econômicas não intencionais e que prejudiquem o desenvolvimento econômico.³⁷

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo da extrafiscalidade tributária ambiental, que engloba temas tão relevantes como tributação verde, benefícios fiscais e as várias vantagens e desvantagens da extrafiscalidade ambiental, é fundamental em nossa era de crescente consciência ecológica e responsabilidade socioambiental. Através de esta análise, percebe-se claramente a capacidade da tributação verde de orientar comportamentos econômicos, incentivando práticas sustentáveis e desencorajando ações prejudiciais ao meio ambiente.

Os benefícios fiscais emergem como ferramentas poderosas para estimular

31 JAFFE, Adam; NEWELL, Richard; STAVINS, Roberto. *Technological Change and the Environment*. In: *Handbook of Environmental Economics*. vol. 1, p. 461-516. 2003.

32 FULLERTON, Don; METCALF, Gilbert. *Environmental controls, scarcity rents, and pre-existing distortions*. *Journal of Public Economics*. 80(2), 249-267. 2001.

33 STAVINS, Robert. *Experience with market-based environmental policy instruments*. *Handbook of Environmental Economics*. 1, 355-435. 2003.

34 STERN, Nicholas. *The Economics of Climate Change: The Stern Review*. Cambridge University Press. 2007.

35 EKINS, Paul; SPECK, Speck. *Environmental Tax Reform: A Policy for Green Growth*. Oxford University Press. 2010.

36 HANLEY, Nick; SHOGREN, Jason; WHITE, Ben. *Environmental economics in theory and practice*. Palgrave Macmillan. 2007.

37 BOVENBERG, Lans; GOULDER, Lawrence. *Environmental taxation and regulation*. *Handbook of public economics*. 3, 1471-1545. 2002.

inovações e investimentos em tecnologias limpas e práticas sustentáveis. Quando bem aplicados, têm o potencial de transformar setores inteiros da economia, conduzindo a um desenvolvimento mais alinhado com as necessidades do nosso planeta.

Entretanto, as desvantagens também foram abordadas, incluindo a possibilidade de distorções de mercado, desafios na implementação e monitoramento, e a necessidade de constante atualização à luz das rápidas mudanças tecnológicas e ambientais.

Por fim, conclui-se que, enquanto a extrafiscalidade tributária ambiental apresenta imensas possibilidades como instrumento de política pública, sua implementação e gestão requerem atenção meticulosa e adaptação contínua. É crucial que os formuladores de políticas continuem a dialogar com especialistas ambientais, industriais e a sociedade civil para garantir que a tributação sirva tanto às necessidades econômicas quanto às ambientais, promovendo uma sociedade mais equitativa e um futuro mais verde para todos.

REFERÊNCIAS

ANDERSSON, JULIUS. Carbon Taxes and CO2 Emissions: Sweden as a case study. *American Economic Journal: Economic Policy*. 11(4), 1-30. 2019.

ASH, Michael. Taxation, innovation and the environment. *Energy and Climate Exchange*. Bruegel. OECD. 2010.

BIRD, Lori; WÜSTENHAGEN, Rolf; AABAKKEN, Jorn. A review of international green power markets: recent experience, trends, and market drivers. *Renewable and Sustainable Energy Reviews*. 9(6), 513-536. 2005.

BRASIL. Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996. Dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR, sobre pagamento da dívida representada por Títulos da Dívida Agrária e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9393.htm. Acesso em: 25/08/2023.

BRASIL. Decreto nº 7.794, de 20 de agosto de 2012. Institui a Política Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7794.htm. Acesso em: 25/08/2023.

BRASIL. Lei nº 11.732, de 30 de junho de 2008. Altera as Leis nos 11.508, de 20 de julho de 2007, que dispõe sobre o regime tributário, cambial e administrativo das Zonas de Processamento de Exportação, e 8.256, de 25 de novembro de 1991, que cria áreas de livre comércio nos municípios de Boa Vista e Bonfim, no Estado de Roraima; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Lei/L11732.htm. Acesso em: 24/08/2023.

BRASIL. Lei nº 7.798, de 10 de julho de 1989. Altera a legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7798.htm. Acesso em 24/08/2023.

BOVENBERG, Lans; GOULDER, Lawrence. Environmental taxation and regulation. *Handbook of public economics*. 3, 1471-1545. 2002.

CALIENDO, Paulo. Tributação e ordem econômica: os tributos podem ser utilizados como instrumentos de indução econômica? *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. Curitiba, v. 20, n. 20, p. 193-234, jul./dez. 2016.

CONVERY, Frank; MCDONNELL, Simon; FERREIRA, Susana. The most popular tax in Europe? Lessons from the Irish plastic bags levy. *Environmental and Resource Economics*. 38(1), 1-11. 2007.

ELIASSON, Jonas. A cost-benefit analysis of the Stockholm congestion charging system. *Transportation Research Part A: Policy and Practice*. 43(4), 468-480. 2009.

ELINS, Paul; BARKER, Terry. Carbon taxes and carbon emissions trading. *Journal of Economic Surveys*. 15(3), 325-376. 2001.

EKINS, Paul; SPECK, Speck. *Environmental Tax Reform: A Policy for Green Growth*. Oxford University Press. 2010.

FERREIRA, Carolina Iwancow. Proteção ambiental e seus reflexos econômicos no direito tributário brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 67, p. 125-149, jul./dez. 2015.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. Editora Saraiva. 22^a ed. 2021.

FULLERTON, Don. Environmental levies and distortionary taxation: Comment. *The American Economic Review*. 87(4), 245-251. 1997.

FULLERTON, Don; METCALF, Gilbert. Environmental controls, scarcity rents, and pre-existing distortions. *Journal of Public Economics*. 80(2), 249-267. 2001.

FULLERTON, Don; LEICESTER, Andrew; SMITH, Stephen. Environmental taxes. In: *Dimensions of Tax Design: The Mirrlees Review*. Oxford University Press. 2010.

GALLAGHER, Kelly Sims; MUEHLEGGGER, Erich. Giving green to get green? Incentives and consumer adoption of hybrid vehicle technology. *Journal of Environmental Economics and Management*. 61(1), 1-15. 2011.

GOULDER, Lawrence. Markets for pollution allowances: What are the (new) lessons? *Journal of Economic Perspectives*. 27(1), 87-102. 2013.

GOULDER, Lawrence; Parry, Ian. (2008). Instrument choice in environmental policy. *Review of Environmental Economics and Policy*. 2(2), 152-174. 2008.

HAIGH, Michael; HOLT, Matthew. Crack spread hedging: Accounting for time-varying spillovers in the energy futures markets. *Journal of Applied Econometrics*. 17(3), 269-289. 2002.

HANLEY, Nick; SHOGREN, Jason; WHITE, Ben. *Environmental economics in theory and practice*. Palgrave Macmillan. 2007.

JAFFE, Adão; NEWELL, Richard; STAVINS, Robert. Environmental policy and technological change. *Environmental and Resource Economics*. 22(1-2), 41-70. 2002.

JAFFE, Adam; NEWELL, Richard; STAVINS, Roberto. Technological Change and the Environment. In: Handbook of Environmental Economics. vol. 1, p. 461-516. 2003.

MARINHO, Yuri Rugai. Incentivos Positivos para a Proteção ao Meio Ambiente. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

MENANTEAU, Philippe; FINON, Dominique; LAMY, Marie-Laure Lamy. Prices versus quantities: choosing policies for promoting the development of renewable energy. Energy Policy. 31(8), 799-812. 2003.

MUKAI, Toshio. Direito urbano e ambiental. 4. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues. Direito Tributário e Meio Ambiente – proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PARRY, Ian. (2001). The costs of restrictive trade policies in the presence of factor tax distortions. International Tax and Public Finance. 8(2), 147-170. 2001.

PIGOU, Arthur Cecil. The Economics of Welfare. Macmillan and Co., Limited. London.1932.

PINTO, Keziah Alessandra Vianna Silva; SELLMANN, Milena Zampieri. Tributo como instrumento para assegurar o direito fundamental ao meio ambiente. In: YOSHIDA, Consuelo Y. M.; RAMPAZZO, Lino (Orgs.). O direito e a dignidade humana: aspectos éticos e socioambientais. Campinas, SP: Editora Alínea, 2012.

RIBAS, Lidia Maria Rodrigues. Defesa Ambiental: Utilização de Instrumentos Tributários. In: TORRES, Heleno Taveira. Direito Tributário Ambiental. São Paulo: Malheiros, 2005.

RING, Irene. Integrating local ecological services into intergovernmental fiscal transfers: The case of the ecological ICMS in Brazil. Land Use Policy. 25(4), 485-497. 2008.

ROGERS, Peter; SILVA, Radhika; BHATIA, Ramesh. Water is an economic good: How to use prices to promote equity, efficiency, and sustainability. Water Policy. 4(1), 1-17. 2002.

SALLES, Alexandre Ottoni Teatini; MATIAS, Ariella Lopes. Uma análise da teoria das externalidades de Pigou e Coase e suas aplicações na abordagem teórica da Economia Ambiental. Informe Econômico (UFPI). Ano 24. Vol. 44. N 1. Jan/jun, 2022.

SÃO PAULO. Lei nº 13.296, de 23 de dezembro de 2008. Lei da Extrafiscalidade IPVA – São Paulo. Estabelece o tratamento tributário do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 dez. 2008. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2008/lei-13296-23.12.2008.html>. Acesso em: 07 nov. 2022.

STAVINS, Robert. Experience with market-based environmental policy instruments. Handbook of Environmental Economics. 1, 355-435. 2003.

Stern, Nicholas. The Economics of Climate Change: The Stern Review. Cambridge University Press. 2007.

Totalitarismo do fisco e a inviabilidade de defesa do contribuinte

Totalitarism of the fisco and the inability to defend the taxpayer

Danilo Oliveira Gonçalves

RESUMO

A democracia prevê a subordinação de todos ao acordo constitucional firmado na Sociedade. O fato de a administração pública também estar submetida às regras por ela comandada é condição *sine qua non* para a distinção entre o regime atual e modelos retrógrados nos quais a lei é aplicada desigualmente. A visão de que o Estado é maior que todos não parecia ser moralmente aceitável no final do século XIX e início do século XX. Surge, então, no seio do capitalismo industrial brasileiro, a percepção de que o capital privado possuía vantagens técnicas e econômicas sobre a Fazenda Pública, fazendo com que essa fosse considerada hipossuficiente perante aquele. As características do Estado Total podem ser vislumbradas em várias situações do cotidiano das sociedades. O objetivo do trabalho é mostrar três situações nas quais o Totalitarismo do Estado é visível na relação jurídico-tributária, elencando as dificuldades e inviabilidades de exercício ao direito de defesa do contribuinte. O Fisco brasileiro age de forma totalitária e em prol de dificultar a defesa do contribuinte. A solução definitiva perpassa pela releitura das funções do Direito Tributário não apenas como instrumento arrecadatório, mas principalmente como ferramenta para a concretização dos direitos e políticas públicas constitucionalmente previstas.

Palavras-chave: totalitarismo do fisco. interpretação das normas jurídico-tributárias. defesa do contribuinte. vulnerabilidade do contribuinte.

ABSTRACT

Democracy provides for the subordination of all to the constitutional agreement signed in the Society. The fact that the public administration is also subject to the rules it commands is a *sine qua non* condition for the distinction between the current regime and retrograde models in which the law is applied unequally. The view that the state is greater than all did not seem to be morally acceptable in the late 19th and early 20th centuries. Then, within Brazilian industrial capitalism, there is a perception that private capital had technical and economic advantages over the Public Treasury, making it considered hyposufficient in relation to the latter. The characteristics of



the Total State can be glimpsed in various situations in the daily lives of societies. The objective of this work is to show three situations in which the State's Totalitarianism is visible in the legal-tax relationship, listing the difficulties and impracticability of exercising the taxpayer's right of defense. The Brazilian tax authorities act in a totalitarian way and in favor of making it difficult for the taxpayer to defend himself. The definitive solution involves re-reading the functions of Tax Law not only as a collection instrument, but mainly as a tool for the realization of constitutionally provided for rights and public policies.

Keywords: tax totalitarianism. interpretation of legal and tax rules. taxpayer defense. taxpayer vulnerability.

INTRODUÇÃO

O Regime Democrático de Direito prevê que todos os indivíduos e instituições estarão subordinados ao acordo constitucional firmado entre os componentes de uma Sociedade. Tal subordinação é a própria materialização do princípio da igualdade e isonomia, nos casos específicos que o texto da Constituição trará à tona.

O fato de a administração pública também estar submetida às regras por ela comandada e aplicada é condição *sine qua non* para a distinção entre o regime atual e modelos retrógrados nos quais a lei que vale para um não necessariamente vale para outro. O adágio *the king can do no wrong* exemplifica o comportamento dominante durante séculos no qual o poder público – exemplificado pelo Rei – não seria responsabilizado pelas suas atitudes, sendo essas benéficas ou, muitas vezes, prejudiciais à coletividade.

No Brasil, em 1824, enquanto outras nações já repensavam o papel do Estado e sua relação com o bem estar social, a primeira Constituição previa a prevalência do Poder Moderador¹, o qual constituía do Imperador como sendo um indivíduo sagrado e inviolável, sendo ele – o monarca – a chave de toda a organização política.

Barroso (2017), ao realizar revisão elucidativa da conjuntura que originou as misturas entre interesses públicos e privados que culminaram na cultura do jeitinho brasileiro, fez um resumo de grande valia:

Três disfunções atávicas marcam a trajetória do Estado brasileiro: o patrimonialismo, o oficialismo e a cultura da desigualdade. O patrimonialismo remete à nossa tradição ibérica, ao modo como se estabeleciam as relações políticas, econômicas e sociais entre o Imperador e a sociedade portuguesa, em geral, e com os colonizadores do Brasil, em particular. Não havia separação entre a Fazenda do rei e a Fazenda do reino, entre bens particulares e bens do Estado. Os deveres públicos e as obrigações privadas se sobrepunham. O rei tinha participação direta e pessoal nos tributos e nos frutos obtidos na colônia. Vem desde aí a difícil separação entre esfera pública e privada, que é a marca da formação nacional. É um traço tão forte que a Constituição brasileira precisou de um dispositivo expresso para vedar que os agentes públicos utilizassem dinheiro público para promoção pessoal. A aceitação resignada do inaceitável se manifesta na máxima “rouba, mas faz”. (BARROSO, 2017),

Por mais que não seja objetivo do presente ensaio discorrer sobre o patrimonialismo institucional brasileiro, será possível traçar um paralelo entre a atuação estatal em

¹ Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e sagrada: Ele não está sujeito a responsabilidade alguma.

determinadas situações e a histórica relação privilegiada em favor das antigas oligarquias dominantes do poder político e econômico.

Por certo que essa visão patrimonialista, familiar e desigual no que se refere à coisa pública gerou boa parte dos conflitos e mazelas sociais ainda existentes no Brasil. Durante muito tempo a visão Totalitária do Estado sobre o indivíduo fora a regra na rotina do relacionamento entre o povo e as instituições que o governam. Para tanto, lembremos das revoltas que surgiram no período do Império, boa parte delas por razões fiscais e intervenções do Estado na propriedade privada. A tributação sobre as minas e a extração do ouro é um bom exemplo (GASSEN; DE OLIVEIRA, 2016).

Essa visão de que o Estado é maior que todos os seus súditos, com o passar do tempo, não parecia ser moralmente aceitável no final do século XIX e início do século XX. Surge, então, no seio do capitalismo industrial brasileiro, a percepção de que o capital privado invariavelmente possuía vantagens técnicas e econômicas sobre a Fazenda Pública estatal, fazendo com que essa, na verdade, fosse considerada hipossuficiente perante aquele.

É a teoria da debilidade da Fazenda Pública. Partindo da premissa de que se deve resguardar o interesse público e a supremacia da coletividade, criou-se ao redor da Fazenda uma aura de inviolabilidade e carência, o que, nas palavras de Marins (2009), pode ser chamado de falso axioma da debilidade da Fazenda Pública sobre o contribuinte. Essa teoria está na base das prerrogativas e, em algumas situações, privilégios da Fazenda Pública perante o particular. O que se buscará mostrar nesse trabalho é o fato de que, na verdade, o que se criou foi um conjunto de ferramentas totalitárias a favor do Ente público sob a falsa pretensão de se proteger a coletividade.

O Totalitarismo, nas palavras de Arendt (2013), inviabiliza a possibilidade de qualquer forma de concorrência ou oposição política, o que permitiria a manipulação das massas e conseqüente substituição do sistema partidário para um sistema único, baseado no medo que paralisa as discussões e espontaneidades humanas. A conseqüência, por certo, é a unicidade do Poder e espalhamento da atuação do governo totalitário para todas as esferas de existência da sociedade.

Torçamos para jamais vivenciarmos a realidade do plano de fundo do consagrado livro de Arendt. Entretanto, as características do Estado Total podem ser vislumbradas em várias situações do cotidiano das sociedades modernas, e no Brasil não poderia ser diferente. A debilidade da Fazenda nada mais é que uma justificativa “aceitável” para que o Estado muitas vezes restrinja direitos e intervenha na propriedade do particular de forma abusiva, o que, em algumas vezes, anula a capacidade de defesa do contribuinte.

Veja que o agir totalitário do Estado é sutil e está presente nas ações mais hodiernas, como, por exemplo, no processo administrativo tributário. Neste, o Estado exerce claramente sua tríplice função fiscal: o Estado (i) produz a lei que obriga o particular a cumprir determinada exação fiscal, ao mesmo tempo (ii) realiza os atos fiscais materiais visando a arrecadação e (iii) executa o título constitutivo de seu crédito e julga os conflitos que eventualmente tenham surgido.

Percebe-se, assim, que a debilidade do Estado frente ao particular é um estratagema para escamotear o Totalitarismo, vez que não existe hipossuficiência financeira – qual contribuinte consegue ser mais rico que o Estado no qual vive?! –, nem hipossuficiência técnica e muito menos carência de poder político.

O presente trabalho tem como objetivo mostrar três situações nas quais o Totalitarismo do Estado é visível na relação jurídico-tributária, elencando as dificuldades e inviabilidades de exercício ao direito básico de defesa do contribuinte. Realizou-se pesquisa bibliográfica e levantou-se teses utilizando o método lógico dedutivo, buscando-se chegar a conclusões relacionadas aos fatos e argumentos científicos expostos. O desenvolvimento do estudo foi estruturado em três partes: (I) prerrogativas processuais da fazenda nacional; (II) materialização do totalitarismo do fisco; e (III) a inviabilidade de defesa e vulnerabilidade do contribuinte. Ao final são apresentadas sugestões de soluções para os conflitos expostos.

PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA NACIONAL

A expressão “Fazenda Pública” é, há muito, utilizada no ordenamento jurídico brasileiro para indicar a presença de um Ente Público em juízo. O Código de Processo Civil de 2015, seguindo a linha dos Códigos anteriores (1939 e 1973), manteve o vocábulo para tratar das demandas nas quais figure, em um dos polos, uma pessoa jurídica de direito público interno.

Outras expressões também podem ser utilizadas para designar a presença de um ente público em demandas judiciais, como “Poder Público” e “Estado” (*lato sensu*), termos estes que tendem a dispersar a ideia de que apenas litígios tipicamente financeiros e econômicos envolvem as pessoas públicas.

Assim sendo, “Fazenda Pública” é a expressão utilizada para indicar a presença de uma pessoa jurídica de direito público interno em juízo. Tal conceituação e enquadramento implicam peculiaridades nessas demandas processuais, em virtude das prerrogativas titularizadas pelos entes e entidades públicas.

Sobre as prerrogativas, Cunha (2018) afirma:

Exatamente por atuar no processo em virtude da existência de interesse público, consulta ao próprio interesse público viabilizar o exercício dessa sua atividade no processo da melhor e mais ampla maneira possível, evitando-se condenações injustificáveis ou prejuízos incalculáveis para o Erário e, de resto, para toda a coletividade que seria beneficiada com serviços públicos custeados com tais recursos. Para que a Fazenda Pública possa, contudo, atuar da melhor e mais ampla maneira possível, é preciso que se lhe confirmem condições necessárias e suficientes a tanto. Dentre as condições oferecidas, avultam as prerrogativas processuais, identificadas, por alguns, como privilégios. Não se trata, a bem da verdade, de privilégios. Estes – os privilégios – consistem em vantagens sem fundamento, criando-se uma discriminação, com situações de desvantagens. As “vantagens” processuais conferidas à Fazenda Pública revestem o matiz de prerrogativas, pois contêm fundamento razoável, atendendo, efetivamente, ao princípio da igualdade, no sentido aristotélico de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.

Assim, a doutrina defende que, justificada a real desigualdade entre a Fazenda Pública e os particulares, afigura-se razoável (e constitucional) a previsão de regimes também diferenciados aplicáveis a ela, tendo em vista que atua na salvaguarda do interesse

público. Uma vez anotado que o legítimo interesse público mantém relação de supremacia sobre os interesses individuais e que a Administração não dispõe daquele interesse, sendo mera curadora obrigada a fielmente representá-lo, incumbe ao legislador proporcionar o arcabouço legal imprescindível ao desempenho dessa finalidade.

Uma das prerrogativas da Fazenda Pública em juízo diz respeito aos prazos processuais. Nos termos do art. 183 do Código de Processo Civil de 2015, o Poder Público goza de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, iniciando a contagem do prazo a partir da intimação pessoal. Observe que o CPC/2015 uniformizou o tratamento da matéria, de forma que, atualmente, inexistente distinção de prazo relacionada à natureza da manifestação da Fazenda Pública, se recurso, contestação ou outra espécie.

O entendimento defendido pela maioria é de que a previsão legal de prazos diferenciados para o Poder Público é constitucional, não violando o princípio da isonomia. Pelo contrário, justamente em razão da necessidade de tratamento desigual aos desiguais (na medida de suas desigualdades) é que a Advocacia Pública detém maiores prazos para se desincumbir de suas demandas, afinal, o regime jurídico de direito público atrai uma maior complexidade às questões referentes à estrutura administrativa dos entes públicos.

No que se refere à prescrição, as demandas movidas em face do Poder Público prescrevem no prazo de cinco anos. Esse prazo diferenciado visa conferir regime prescricional mais favorável ao Poder Público, protegendo, conseqüentemente, os interesses da coletividade. Em relação a demandas que tutelam direitos potestativos (ações constitutivas ou anulatórias), o prazo decadencial também é de 5 anos. Por sua vez, no que tange às ações meramente declaratórias (art. 19 e 20 CPC), não há que se falar em prazo decadencial ou prescricional.

A Fazenda também possui prerrogativas associadas aos custos do processo. O art. 91, CPC determina que *“as despesas dos atos processuais praticados a requerimento da Fazenda Pública, do Ministério Público ou da Defensoria Pública serão pagas ao final pelo vencido”*. Portanto, figurando o Poder Público como parte processual, não será exigido o pagamento de custas e emolumentos. Caso a Fazenda seja vencida, ressarcirá as despesas realizadas pela parte adversária, já que, como reconheceu o STJ, não se trata de isenção, mas de adiamento da cobrança para o final do processo, exigindo-se as quantias devidas da parte vencida na demanda.

No entanto, veja-se o disposto pelo art. 39, da Lei nº 6.830/1980: *“Art. 39 - A Fazenda Pública não está sujeita ao pagamento de custas e emolumentos. A prática dos atos judiciais de seu interesse independe de preparo ou de prévio depósito.”*

No caso específico de perícias, aplicam-se os parágrafos primeiro e segundo do art. 91, CPC. Logo, se a avaliação for requerida pela Fazenda, pelo MP ou pela Defensoria Pública: a) poderá ser realizada por entidades públicas, sem necessidade de pagamento; b) sendo realizada por particular, cabe ao ente público destinar recursos para custear a despesa. Se não houver previsão orçamentária, os honorários periciais devem ser pagos no exercício financeiro seguinte ou pelo vencido, se o processo se encerrar antes.

Acerca de outras despesas em sentido estrito para a realização de atos processuais, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento sumulado no sentido de que a Fazenda

Pública deve adiantar o pagamento. O contrário sensu, se o próprio Estado provê o serviço, a remuneração não será devida (ex. disponibilização de veículo para o transporte de oficial de justiça no cumprimento de mandados judiciais).

No tocante ao pagamento de honorários, o parágrafo 7º do art. 85, CPC, traz regra específica e determina que *“não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada”*.

A norma reproduz a previsão contida no art. 1º-D, da Lei nº 9.494/1997, que já afastava a cobrança de honorários advocatícios em execuções não embargadas pela Fazenda. O STF limitou a incidência da norma, esclarecendo que a dispensa só vigora para pagamentos sujeitos ao regime de precatórios.

Como se sabe, as condenações pecuniárias que ensejem a expedição de precatório não podem ser livremente cumpridas pela Fazenda. É necessário obedecer à ordem constitucional, a partir do cumprimento de sentença. Neste caso, não há insatisfação deliberada do crédito ou causalidade na propositura da demanda. Assim, se o ente público não se opõe à execução, não haverá pretensão resistida, sendo indevida condenação em honorários.

Nos termos do art. 1.007, CPC, pela regra geral, para interposição de recurso, exige-se a comprovação de preparo, sob pena de deserção. O parágrafo 1º do referido dispositivo dispensa de preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelo Distrito Federal, pelos Estados, pelos Municípios, e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal. Conforme o disposto pelo art. 1º-A, da Lei nº 9.494/1997, a Fazenda Pública também está dispensada de depósito prévio para fins de interposição de recurso.

O CPC prevê outra dispensa de depósito prévio, relativa à propositura de ação rescisória. De acordo com a norma processual, as pessoas jurídicas de direito público não necessitam efetuar depósito de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente (art. 968, § 1º, CPC).

Longe de buscar esgotar as diversas prerrogativas concedidas pelo legislador ou por normas infralegais à Fazenda, essa pequena explanação objetivou elencar pontos que são cruciais para o seguimento de uma ação judicial.

Vejamos que as prerrogativas citadas são exatamente os pontos de objeção que se formam perante o Contribuinte no momento que esse imagina envidar uma ação contra o Estado. É evidente que o primeiro impacto são as custas processuais (iniciais, periciais, finais, preparo...). O risco de sucumbência sempre inibe os que buscam inovar com alguma tese criativa que, eventualmente, o beneficiaria. Os prazos correm muito mais rápido, ao passo que a Fazenda, na prática, possui uma dilação temporal mais que elástica quando se pensa na dobradinha prazo em dobro e intimação pessoal.

Defende-se nesse estudo que as prerrogativas processuais da Fazenda Pública, mais do que defender os interesses da coletividade, são responsáveis, em parte,

pela morosidade dos processos no âmbito do direito público, além de refletirem o viés patrimonialista que ainda permeia as instituições públicas brasileiras, sendo que todos esses fatos se relacionam com a falta de credibilidade dessas instituições, o que culmina no próprio fracasso do sistema que as prerrogativas buscavam proteger.

Em uma visão mais moderna, Acemoglu e Robinson (2022, p. 355) propõe que a falência das instituições do Estado é a causa mais provável do fracasso de uma nação, tanto do ponto de vista econômico como social:

As nações fracassam economicamente devido ao extrativismo de suas instituições. São elas que mantêm os países pobres na pobreza e os impedem de enveredar por um caminho de crescimento econômico. É o caso, hoje, na África, de lugares como Zimbábue e Serra Leoa; na América do Sul, de países como Colômbia e Argentina; na Ásia, de lugares como Coreia do Norte e Uzbequistão; e, no Oriente Médio, de nações como o Egito. As diferenças entre esses países são evidentes. Alguns são de clima tropical, outros se encontram em latitudes temperadas. Alguns foram colônias britânicas; outros, do Japão, da Espanha e da Rússia. Apresentam as mais diversas histórias, idiomas e culturas. O que todos têm em comum são as instituições extrativistas. Em todos esses casos, a base dessas instituições é uma elite que estrutura as instituições econômicas de modo a locupletar-se e perpetuar o próprio poder, em detrimento da vasta maioria da população. As diferentes histórias e estruturas sociais desses países produzem peculiaridades na natureza das elites e nos detalhes das instituições extrativistas; entretanto, a razão da persistência dessas instituições extrativistas está sempre relacionada ao círculo vicioso, e as consequências dessas instituições em termos do empobrecimento de seus cidadãos são similares, por mais distintas que sejam em sua intensidade. (ACEMOGLU E ROBINSON, 2022, p. 355)

O que se quer deixar claro é o seguinte: as prerrogativas processuais para o Ente público podem até existir, na medida em que não inviabilizem as defesas do particular/Contribuinte. Exemplificativamente, se o preparo recursal é um fator que restringe a ânsia de um advogado privado, por que um advogado público deve se eximir de se preocupar com esse fator se ambos trabalham na mesma demanda?

Por certo que o princípio isonômico merece ser repensado profundamente e cada prerrogativa reanalisada individualmente, vez que a base para sua formação e aplicação, invariavelmente, remontam ao estado patrimonialista português (LOPES, 2018).

MATERIALIZAÇÃO DO TOTALITARISMO DO FISCO

Nesse capítulo, abordaremos, de forma exemplificativa, situações materiais e processuais nas quais a Fazenda Pública se comporta de forma Totalitária, de modo a impedir conduta diversa do contribuinte, acarretando inviabilidade de defesa e consequente restrição da ampla defesa e contraditório.

A concessão patrimonial é uma das maiores conquistas para a formação do Estado e manutenção da vida em Sociedade, como pensado pelo contratualistas clássicos (ENGELS, 2013). Por óbvio, então, que o fluxo financeiro no sentido da transferência de valores dos Contribuintes para a Fazenda é o que sustenta todas as políticas públicas que garantem o mínimo de bem-estar social.

Na base dessa “transferência voluntária” de cunho compulsório de valores está a confiança que os indivíduos depositam nas instituições. Confiança de que essas apenas

intervirão de maneira comedida no patrimônio dos Contribuintes e os compensarão com políticas de saúde, educação e segurança. Em caso de excessos ou em caso de conflitos, que sempre ocorrerão, os particulares serão ouvidos e respeitados. Esse é o pacto. Convém analisar se ele está sendo cumprindo.

Por isso se faz mister discutir-se os pontos que se seguirão, pois, mesmo sendo clichê, frase atribuída orador irlandês John Philpot Curran (1750-1817) diz que “*o preço da democracia é a eterna vigilância*”.

Inoperabilidade do § 2º, do Art. 63 da Lei 9430/1996

A Lei 9430/1996 dispõe sobre diversos institutos relacionados ao processo administrativo tributário, contribuições para seguridade social e conceitos e procedimentos aplicáveis à tributação federal.

Em seu § 2º, do Art. 63 afirma o seguinte:

Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício.

§ 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.

De forma clara, o caput do artigo 63 afirma que em caso de crédito tributário que deva ser lançado para evitar-se a decadência e sendo esse crédito alvo de medida liminar que suspendeu sua exigibilidade, não é permitido o lançamento da multa de mora.

Parece razoável a proteção ao Contribuinte. Não seria justo, e na verdade seria um contrassenso, o particular ser punido com multa sobre o não pagamento de um tributo que está com a exigibilidade suspendida por decisão judicial.

O parágrafo segundo previu, inclusive, a situação de a decisão liminar não se confirmar a favor do Contribuinte. Nesse caso, a norma estipulou em 30 dias o prazo para que o devedor pague o tributo devido. Ou seja, em caso de queda da liminar, o particular dispõe de 30 dias para pagar o tributo, sem incidência de qualquer valor referente à multa de mora.

É nesse ponto que a face Totalitária do Estado se mostra. Indiscutivelmente, a Lei não apresenta qualquer ambiguidade quanto ao prazo para regularizar o tributo e nem deixa margens para interpretação sobre a necessidade ou não de pagar a multa de mora. O prazo é de 30 dias e dentro desse lapso não há porque pagar-se multa.

O problema é que a União não dispõe, nos sistemas informatizados de recolhimento de tributos federais, de opção automática de cadastramento das decisões judiciais e cálculo do tributo sem a multa. Explica-se: imagine que um determinado tributo tenha sua data de vencimento todo dia 20 de cada mês. O contribuinte possui uma decisão liminar que garantia a não exigibilidade desse tributo. No entanto, imagine que essa liminar foi revogada dia 22 daquele mês. Pela lei, o Contribuinte terá 30 dias após o dia 22, no caso, para regularizar

o tributo que agora é devido, mas sem precisar pagar multa pela mora. Ao buscar gerar o documento de arrecadação, esse somente é emitido com a multa já inclusa, sem a opção de excluí-la.

O Contribuinte é colocado contra a parede: (a) pagar o documento de arrecadação único, sabendo que está incluído nele exação ilegal; ou (b) não pagar o tributo e a multa e ficar sujeito à inscrição, execução e impossibilidade de emissão de certidão de regularidade. É o famoso caso de “*se correr o bicho pega se ficar o bicho come*”.

Veja que por uma simples tecnicidade, ou seja, a inoperabilidade de cadastro de uma decisão judicial de revogação de liminar, na qual seria possível o próprio sistema atestar a data de publicação e realizar a contagem do prazo de 30 dias, o Contribuinte se vê totalmente desamparado, somente podendo buscar refúgio no início de um novo processo, administrativo ou judicial. Trata-se de retrabalho e clara litigiosidade excessiva, propostos pelo Estado que deveria ser célere e eficiente.

Alguns podem imaginar que basta pedir a correção do equívoco em âmbito administrativo. Por certo, que o tempo para tais ajustes, a alta demanda e burocracia prejudicam sobremaneira o Contribuinte. No final das contas, todas essas movimentações elevam os custos de conformidade e de preenchimento de obrigações tributárias acessórias no Brasil, o que o colocam no vergonhoso primeiro lugar no ranking das nações mais burocráticas do mundo (DOSHI *et al.*, 2019).

Em várias oportunidades, o Contribuinte é compelido a pagar a multa indevida, pois necessita de regularidade para participação em licitações, ou para obter um empréstimo, ou mesmo para manter seu *compliance* interno. Situação mais que injusta, pois ofende diretamente o princípio da legalidade tributária, ao cobrar exação fora dos limites legais. Shoueri (2018, p. 476) afirma inclusive que cobrar tributos fora dos marcos legais ou temporais acarreta inclusive em imposição de tributo com característica de confisco:

Na mesma linha, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos já decidiu que essa quebra da confiança, apta a atingir situações jurídicas pré-constituídas, implicaria, além de tudo, efeito confiscatório em virtude de constituir uma desarrazoada privação do patrimônio do contribuinte. Afinal, exigir, em momento posterior, recursos que, à época, eram devidos acarretaria arbitrariedade. (SHOUERI, 2018, p. 476)

O Nobre Doutrinador define como sutis as novas formas de ofensa ao princípio da legalidade:

Não faltaram exemplos, na história brasileira, em que o Executivo tentava instituir tributos não previstos em lei. O Poder Judiciário atuou bravamente, mesmo em épocas de regimes totalitários, impedindo tais abusos. Entretanto, vivem-se hoje formas mais sutis de desrespeito à legalidade. Como primeira situação em que o Princípio da Legalidade é deixado de lado, devem ser mencionadas as situações em que a falta de clareza quanto à natureza tributária da exação serve de pretexto para que se dispense a lei (SHOUERI, 2018, p. 304).

No exemplo de caso trazido, sutilmente a Fazenda torna a norma inoperante. Se for questionada sobre o porquê da cobrança da multa, o Contribuinte é informado da debilidade do sistema, além de receber a incumbência de regularizar, caso queira, a exclusão da multa via portal de atendimento aos contribuintes. Se existe um portal para solicitar o ajuste, por que não existe a opção de retirada da multa no próprio portal de recolhimento do tributo?

A resposta é simples: “se colar colou”. A Fazenda desrespeita vários princípios constitucionais por alegada impossibilidade técnica de correção ou operacionalização do que está na lei. No entanto, essas inoperâncias se estabelecem no momento que o Estado é que deve cumprir obrigações de pagar, nunca quando a obrigação de pagar é do Contribuinte.

A situação deve ser delineada: Contribuinte tem o direito de pagar o tributo sem a aplicação de multa, mas a autoridade fiscal restringe a operacionalidade tal direito. Ademais, ainda impõe restrições a emissões certidão de regularidade. Somente em ambientes Totalitários se poderia cogitar que o próprio ente que legisla e produz uma obrigação e um direito, no momento da ocorrência do fato jurídico, exija apenas a obrigação e não conceda o direito.

Respostas de Consultas que não vinculam a matéria à interpretação correta da Lei

No Sistema Tributário Nacional, há a possibilidade de o contribuinte efetuar consulta por escrito ao Fisco, para esclarecer dúvidas quanto a determinado dispositivo da legislação tributária relacionado com sua atividade.

A resposta da referida consulta, porém, somente produzia efeitos ao contribuinte consulente. Porém, a Receita Federal do Brasil, por meio da Instrução Normativa n. 2058/2021, aparentemente, modificou este quadro.

Isto porque, a partir de publicação da norma acima, a Receita Federal reconhece efeito vinculante a todas as Soluções de Consulta e Soluções de Divergência, desde que emitidas pela Coordenação Geral de Tributação – COSIT, que é o órgão que responde referidas indagações sobre a interpretação da legislação tributária e aduaneira.

O texto da Instrução Normativa mostra o seguinte:

Art. 33. As soluções de consulta proferidas pela Cosit, a partir da data de sua publicação:

I - Têm efeito vinculante no âmbito da RFB; e

II - Respaldam o sujeito passivo que as aplicar, ainda que não seja o respectivo consulente, desde que se enquadre na hipótese por elas abrangida, sem prejuízo da verificação de seu efetivo enquadramento pela autoridade fiscal em procedimento de fiscalização.

Percebe-se que a concessão dada pela Receita Federal do Brasil se restringe aos contribuintes que aplicarem a consulta e não vincula a matéria pesquisada. A distinção novamente é sutil, mas demonstra um enorme potencial de lesividade.

O que o fisco tenta fazer, por via infralegal, é vincular o Contribuinte a sua forma de interpretação da norma tributária. Somente isso. Não se vislumbra nas Soluções de Consulta nenhuma interpretação expansiva por parte da autoridade fiscal em âmbito federal. Cabe ressaltar que em nível estadual e municipal podem existir outras formas de consulta à legislação tributária.

O *modus operandi* é o seguinte: uma determinada lei tributária é promulgada; à medida que os conflitos tributários vão surgindo a RFB vai formando seu entendimento

peculiar sobre a norma. Para passar uma fachada de legalidade, o órgão emite um parecer técnico que vincula, na verdade, o seu entendimento pró-fisco sobre aquela matéria.

Em diversas oportunidades, as interpretações que são dadas aos dispositivos legais divergem dos ideais propostos pelo legislador. E as ilegalidades começam: portarias, instruções normativas, resoluções de diretoria colegiada, entre outras estratégias infralegais modificam texto expresso de Lei, violando gravemente a legalidade, anterioridade, não-confisco, moralidade, impessoalidade, além de princípios próprios da área tributária.

Portanto, ao propor efeitos vinculantes as Soluções de Consulta, a Receita está apenas afirmando que, caso o contribuinte realize tudo que ela quer da forma que ela prevê, os efeitos da norma do modo como a Fazenda Pública interpretam serão respeitados. Mesmo se tudo isso for aplicado pelo contribuinte, esse ainda poderá se submeter à verificação de seu efetivo enquadramento pela autoridade fiscal em procedimento de fiscalização.

De forma simples: imaginemos que a Lei estabeleça uma obrigação A, à qual pode ser interpretada da forma B, mais benéfica ao contribuinte, ou da forma C, mais benéfica à Fazenda. Atravessando o processo legal e judicial, a Autoridade Fiscal produz uma solução de consulta que diz que, se o Contribuinte obedecer à forma C de interpretação, ela – A Fazenda – se vinculará a esse entendimento. Isso não faz o menor sentido. Claro que a parte interessada buscará o entendimento que lhe favorece.

A pergunta que surge é: caberia à Autoridade Fiscal interpretar a Lei, muitas vezes modificando suas expressões e institutos, e ela mesmo aplicá-la como lhe convém?

Essas interpretações convenientes da RFB sobre tema específico da legislação tributária não é inovação trazida por esse ensaio. Godoi (2020) resumiu com maestria como o fisco trabalha ao escrever ensaio sobre o Parecer Normativo 4/2018:

O artigo examina criticamente o modo como a Receita Federal do Brasil interpretou, no Parecer Normativo 4/2018, o instituto da solidariedade tributária por interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, conforme o art. 124, I, do Código Tributário Nacional. A doutrina nacional sobre o tema é bastante sólida, coesa e duradoura; mesmo assim, foi ignorada por completo por esse Parecer, cujas conclusões promovem uma clara distorção do instituto, buscando aplicá-lo a situações de fraudes e sonegação fiscal, contrariamente ao claro teor do dispositivo legal. O raciocínio jurídico desenvolvido no Parecer é falho, contraditório e confuso, além de procurar transmitir a (falsa) impressão de que diversos doutrinadores estariam de acordo com suas interpretações. (DE GODOI, 2020)

Veja que o parecer emitido pela RFB no texto de palavras fortes do Ilustre Doutrinador também se originou em uma solução de consulta interna. A operação de repete: a autoridade fiscal interpreta a norma contrariando a doutrina e desviando-se completamente dos possíveis sentidos lógicos e semânticos do texto. Exatamente como ocorre no caso do efeito vinculante nas consultas.

O totalitarismo se apresenta pelo simples fato de o Estado (i) legislar a norma; ao tempo que o fisco (ii) interpreta da sua forma, ao arrepio da Lei; e (iii) o mesmo fisco aplica sanções ao Contribuinte que não se comporta da forma por ele estipulada, sem a mínima chance de participação do privado na discussão que levou à referida interpretação.

As interpretações exóticas da Fazenda Nacional, ao final, destoam das propostas consolidadas de leitura das normas tributárias, como bem positivou o Becker (1963):

O problema jurídico tributário que, no passado, mais apaixonou os estudiosos do Direito Tributário foi o da interpretação das leis tributárias. Por imaginarem que as leis tributárias deveriam ser interpretadas de modo diferente e com método especial, correram rios de tinta, pró e contra o fisco, inundando bibliotecas e afogando advogados e juízes num redemoinho de teorias e sutilezas muito belas e sonoras, no plano filosófico, político, financeiro e retórico, porém sem densidade jurídica.

Modernamente, para a tranquilidade de todos, chegou-se à conclusão, tão verdadeira quanto simples, que as leis tributárias são regras jurídicas com estrutura lógica e atuação dinâmica idênticas às demais regras jurídicas e, portanto, interpretam-se como qualquer outra lei, admitem todos os métodos de interpretação jurídica e não existe qualquer peculiar princípio de interpretação das leis tributárias.

Portanto, é totalmente válida a rediscussão sobre a aplicabilidade das Soluções de Consulta e se essas estão respeitando os princípios básicos da interpretação legal, assim como os princípios constitucionais.

Inconsistências na indicação dos conselheiros fazendários do CARF

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) é um órgão colegiado integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, tem por finalidade julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de 1ª (primeira) instância, bem como os recursos de natureza especial, que versem sobre a aplicação da legislação referente a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).

As Seções do CARF são compostas, cada uma, por 4 (quatro) Câmaras. As Câmaras poderão ser divididas em até 2 (duas) Turmas de julgamento. As Turmas de Julgamento são integradas por 8 (oito) conselheiros, sendo 4 (quatro) representantes da Fazenda Nacional e 4 (quatro) representantes dos Contribuintes.

A escolha de conselheiro representante da Fazenda Nacional recairá sobre os candidatos indicados em lista tríplice encaminhada pela RFB, e a de conselheiro representante dos Contribuintes recairá sobre os candidatos indicados em lista tríplice elaborada pelas confederações representativas de categorias econômicas e pelas centrais sindicais.

Um problema bem claro na sistemática de indicações de conselheiros fazendários se relaciona ao fato da vinculação dos Procuradores da Fazenda Nacional aos recursos produzidos em âmbito administrativo e judicial pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

Em outras palavras, os conselheiros provenientes da PGFN já entram no CARF vinculados aos recursos por eles produzidos quando ainda exercendo suas atividades na procuradoria. Essa situação pode gerar o caso absurdo de um procurador julgar um recurso onde ele próprio já atuou como recorrente.

Essa inconsistência não é susceptível de ser sanada com a atividade compensatória de conselheiros indicados pelos contribuintes. Veja que a advocacia privada, necessariamente, é individualizada. Um escritório de advocacia não está vinculado a um parecer ou opinião técnica de outro escritório.

No caso da advocacia pública, um PGFN está vinculado ao entendimento de que a Procuradoria estabeleceu, não podendo se desincumbir desse fato. Então, por lógica, ao analisar um recurso Fazendário em alguma turma do CARF, não é raro que o conselheiro esteja julgando um recurso por ele mesmo defendido.

Dinamarco (2003, p. 220) afirma que não se confundem os conceitos de imparcialidade, neutralidade e impedimento, sendo que os termos fazem parte de um sistema maior de proteção das instituições:

Imparcialidade não se confunde com neutralidade nem importa um suposto dever de ser ética ou axiologicamente neutro. A doutrina processual moderna vem enfatizando que o juiz, embora escravo da lei como tradicionalmente se diz, tem legítima liberdade para interpretar os textos desta e as concretas situações em julgamento, segundo os valores da sociedade (supra, n. 51). O sistema de pluralidade de graus de jurisdição e a publicidade dos atos processuais operam como freios a possíveis excessos e prática de parcialidades a pretexto dessa liberdade interpretativa. No julgamento dos recursos, feito por outras pessoas, não se reproduzem necessariamente os mesmos possíveis sentimentos e interesses do juiz inferior, reconstituindo-se a indispensável impessoalidade.

Nesse caso, a imparcialidade do julgador está ainda mais abalada, uma vez que está comprometido com a tese que adotou para decidir anteriormente. A Procuradoria da Fazenda Nacional, assim como o Ministério Público, atua de forma una, não sendo possível um procurador se retratar do entendimento que ele havia formado previamente.

O totalitarismo se forma no momento da impossibilidade de defesa do Contribuinte perante o juízo que analisará um determinado recurso, no qual o julgador já tem suas conclusões definidas e contrárias à argumentação do particular.

A INVIABILIDADE DE DEFESA E VULNERABILIDADE DO CONTRIBUINTE

Os exemplos citados no capítulo anterior, além da vulnerabilidade, evidenciam a ausência de competição em determinadas situações. A defesa do contribuinte se torna impossível, inviável. É premissa do estado de direito a possibilidade de expressão ampla dos seus argumentos de defesa. No entanto, apenas expor seus argumentos em uma sequência mecânica de processos não é suficiente. É necessário se garantir que existirá a possibilidade de reversão dos entendimentos dos julgadores a favor da parte que demonstrar e/ou provar o raciocínio de forma mais correta; os sistemas de cumprimento de obrigações acessórias devem refletir o que a Lei e decisões judiciais determinam; e as interpretações do fisco devem compor a discussão e não serem absolutas.

Em sua obra *Defesa e Vulnerabilidade do Contribuinte*, James Marins defende que entre alguns fatores que explicam o comportamento espoliativo do fisco, pode-se citar a redução epistemológica que acometeu o direito tributário contemporâneo. A representação máxima dessa redução está na mera classificação da tributação como direito arrecadatório, no qual a efetividade do sistema é ínsita à eficiência em trazer recursos aos cofres públicos.

Em meados do século XX, após sofrer forte influência positivista, o direito tributário foi pensado como sendo a disciplina que buscava reafirmar e realizar o Direito Arrecadatório do Estado, distanciando-se do seu próprio objetivo (*causa impositionis*). Marins argumenta que o Estado se preparou e se armou para arrecadar de forma altamente eficiente, garantido que seus próprios interesses jamais estarão impedidos.

No entanto, epistemologicamente, essa ação se contrapõe ao próprio entendimento e objetivos da formação de um Estado. A sociedade abre mão de parte de suas liberdades, entre

elas o patrimônio, para poder viver em comunidade e receber as contrapartidas acordadas. Quando o Direito Tributário se restringe ao seu perfil arrecadatório, desvinculando-se das contrapartidas, apenas se reforçarão as assimetrias entre Contribuintes e Fazenda Pública, sendo dessa forma quase impossível o tema tributação ser/estar pacificado.

Por certo que essa visão deturpada retira todo o caráter social, extrafiscal e formativo de comportamentos que o direito tributário poderia assumir. Ademais, o aproxima de interesses excessivamente políticos e ligados ao poder que a arrecadação por si só gera. Todos perdem.

Marins (2009) afirma que a vulnerabilidade se expressa de três formas básicas: (a) Vulnerabilidade Material: ressalta a hipossuficiência do contribuinte perante os institutos do direito tributário. Foca na explicação da vulnerabilidade legislativa e econômica; (b) Vulnerabilidade Formal: elenca os aspectos que demonstram as táticas predatórias da Fazenda Pública perante os Contribuintes. Foca na vulnerabilidade cognoscitiva, tecnológica e administrativa; e (c) Vulnerabilidade Processual: argumenta as diversas “falhas” do processo tributário, em seus aspectos administrativos e judiciais, que culminam no aprofundamento da assimetria entre as partes em uma ação fiscal.

Portanto, além das prerrogativas processuais elencadas e as demais que a norma prevê em favor da Fazenda Pública, as estratégias mais sutis que as procuradorias públicas e autoridades fiscais desempenham acentuam as distinções entre a defesa do Estado e a quase inviabilidade de defesa do particular.

Essa classificação das vulnerabilidades é didática, podendo ser analisada a sua aplicabilidade em um caso concreto. Imaginemos o caso de um Contribuinte que fora autuado por não ter recolhido o tributo e a multa previstos no § 2º, do Art. 63 da Lei 9430/1996. Veja que esse contribuinte não tem capacidade de alterar a norma de forma a torná-la mais segura, incluindo a previsão de operacionalização. Da mesma forma, a inoperância do sistema exemplifica a tática predatória do fisco, que se utiliza da tática do “se é duvidoso o pagamento, deve o contribuinte pagar”. Por fim, a última vulnerabilidade, a processual, é clara: a falha na concretização do processo ilide qualquer chance de composição entre as partes.

Oliveira (2022) bem resumiu o sentimento que é prevaiente na relação entre Contribuintes e fisco:

Vivemos hoje sob uma intensa pressão do Estado Fiscal, que tem o firme propósito de incrementar, a qualquer custo, a arrecadação tributária. E assumindo uma postura própria dos regimes autoritários, a Administração Pública tem impedido o exercício das garantias de ampla defesa através de taxas, burocracias, garantias ao fisco e outras formas que dificultam o acesso ao contraditório e ao devido processo legal, sob o pretexto de combater eficientemente à sonegação de tributos.

Adicionando mais alguns argumentos às ideias do pesquisador, creio que as estratégias sutis e ardilosas da Fazenda Pública visam não só combater a pretensa sonegação de tributos. O argumento mais forte, por certo, é a falácia de proteção dos interesses da coletividade. Por oportuno, citamos Nabais (2015, p.291) ao definir e defender a soberania fiscal:

A soberania fiscal é entendida como um poder de um ente que não tem acima de si qualquer outro poder e nem encontra, no plano humano, nenhum limite. Com a instauração do estado constitucional, isto é, do estado do direito, e da divisão de poderes que lhe é inerente, houve a separação da titularidade una e indivisível da soberania, que passou a “residir” no povo.

Concordamos totalmente com Nabais, no sentido de que o limite para atuação do fisco é o próprio interesse do povo.

Imaginemos a dificuldade de o Contribuinte que teve que pagar o documento de arrecadação com a multa inclusa, devido à inexistência de sistema de operacionalização para a exclusão da última. Façamos agora um paralelo com a restituição de tributos indiretos pagos a mais ou de forma indevida. Segundo (2012) aprofundou o tema em sua obra, confirmando que, invariavelmente, a Fazenda Pública atua de forma totalitária, ao nosso sentir:

É conhecido o obstáculo criado pela Fazenda Pública para a restituição de tributos indiretos. Alega-se que o contribuinte, ao vender mercadorias em cujo preço o ônus do tributo fora embutido, já foram devidamente ressarcidos ou reembolsados. Caso seja o pagamento do tributo considerado inválido, restitui-lo ao contribuinte implicaria enriquecimento sem causa deste, que receberia o reembolso duas vezes: uma do consumidor final, que o pagou embutido no preço, e outra da Fazenda, ao devolvê-lo por ser indevido. O tributo não teria sido pago, “na verdade”, pelo contribuinte que pleiteia a restituição, pelo que não poderia ser a ele devolvido, ainda que reconhecidamente indevido. (...) naturalmente, permitir que o Estado permaneça com a quantia paga a título de tributo indevido implica, por igual, enriquecimento sem causa deste. Entretanto – prossegue o argumento fazendário – entre o locupletamento do particular, e o do Estado, seria preferível este último, pois se trata do representante dos interesses de toda a coletividade.

Se já é difícil a Fazenda Pública restituir um tributo claramente pago de forma indevida, imagine a complicação que restituir uma multa de mora, mesmo a norma expressamente excluindo tal exação.

Reforçando os argumentos do Ilustre Doutrinador acima referenciado, Danilo Oliveira Gonçalves (2020) encontrou resultados semelhantes e necessidade de aplicação intransigente dos princípios constitucionais em casos que envolvam a restituição de tributos indiretos, como premissa lógica para a preservação da segurança jurídica:

Observa-se que casos controversos como o analisado nesse trabalho (exclusão de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS) permitem a visualização dos princípios e ferramentas tributárias na prática. Logo, quanto mais sedimentados estiverem esses conceitos de anterioridade, irretroatividade, legalidade, segurança e justiça, mais democrático será o processo tributário e maior será a percepção de confiança no Estado por parte da coletividade.

Assim, defende-se que não existe a possibilidade de defesa ampla e total do contribuinte enquanto uma das partes no processo (lato sensu) atuar de forma unilateral, ceifando qualquer mínima abertura para discussão e sempre ameaçando o eventual devedor, por meio de inscrições, negativas e execuções.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado brasileiro, por meio de seu fisco, age de forma totalitária e em prol de dificultar a defesa do contribuinte perante exações das quais esse – o Contribuinte – discorda.

Hannah Arendt, em *as Origens do Totalitarismo*, examina as origens históricas e as características políticas comuns dos principais regimes totalitários do século XX que marcaram o período. O termo totalitarismo, por sua vez, abrange uma quantidade mais vasta de situações.

O recorte que se fez no presente ensaio buscou ressaltar os comportamentos da Fazenda Pública que reprisam ou mimetizam as estratégias de inviabilização de conduta diversa por parte do contribuinte, típicas dos regimes totalitários. Longe de tentar comparação ao regime de terror vivenciado nos anos de Arendt, o trabalho busca acender a discussão sobre a atuação unilateral do fisco em interpretar e aplicar as normas do seu modo, desprezando princípios e direitos dos particulares.

Defendemos que não existe solução fora do cumprimento intransigente da Lei, sendo essa inspirada no pacto constitucional, por lógica seguir-se-á a vontade do povo.

De toda sorte, pequenos ajustes já poderiam ser feitos. É injustificável, diante do poderio técnico da RFB que ainda estejamos discutindo uma forma viável de emissão de guia de arrecadação discriminada de tributo. Logo, muito poderia ser pacificado se os sistemas pudessem ser ajustados de forma a refletirem o momento processual administrativo e judicial.

As soluções de consulta deveriam ser um início de discussão, e não o ponto de chegada arbitrariamente definido pelo condutor, no caso o fisco. Sugere-se que as interpretações *sui generis* da Fazenda sejam estritamente refutadas.

Por fim, a solução definitiva perpassa pela releitura das funções do Direito Tributário não apenas como instrumento arrecadatório, mas principalmente como ferramenta para a concretização dos direitos e políticas públicas constitucionalmente previstas.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. *Por que as nações fracassam*. Editora Intrínseca, 2022.

ARENDR, Hannah. *Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. Editora Companhia das Letras, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Ética e jeitinho brasileiro: por que a gente é assim*. In: *Palestra proferida na Brasil Conference*. Harvard University. 2017.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo. rev., atual e ampl.* Rio de Janeiro: Forense, p.10-11, 2018.

DE GODOI, Marciano Seabra. Solidariedade tributária por interesse comum e seu desvirtuamento pela Receita Federal: Parecer Normativo 4/2018. Revista de Informação Legislativa, v. 57, n. 225, p. 23-42, 2020.

DINAMARCO, Cândido R. Instituições de direito processual civil. Malheiros Editores, 2003.

DOSHI, Rush; KELLEY, Judith G.; SIMMONS, Beth A. The power of ranking: The ease of doing business indicator and global regulatory behavior. International Organization, v. 73, n. 3, p. 611-643, 2019.

ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Clube de Autores, 2013.

GASSEN, Valcir; Fernando DE Oliveira, Luiz. Tributação, direito tributário e inconfidência mineira no contexto das revoltas fiscais brasileiras: para além de Tiradentes. Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário (RDIET), v. 11, n. 1, 2016.

GONÇALVES, Danilo Oliveira *et al.* Segurança Jurídica, Constitucionalidade e Justiça Social da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS: Uma análise dos julgados nos TRFs. Revista Rios, v. 14, n. 27, p. 232-253, 2020.

LOPES, Amanda Mambeli *et al.* Patrimonialismo e burocracia na formação do Estado imperial brasileiro: a reforma da administração pública fazendária de 1831. 2018.

MARINS, James. Defesa e vulnerabilidade do contribuinte. Editora Dialética. São Paulo. p. 23-58. 2009.

NABAIS, José Casalta. O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2015.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Pereira. Validade jurídica do Princípio Solve et repete à luz dos Princípios Constitucionais da Legalidade e Devido Processo Legal. Revista Tributária e de Finanças Públicas, v. 150, p. 93-110, 2022.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Ainda a restituição dos tributos “indiretos”. Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 32, n. 2.

SHOUERI, Luis Eduardo. Direito Tributário. 8ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2018.

Capítulo 20

Aspectos atuais das relações de trabalho e relações de emprego

Alessandra Frei Silva

Doutoranda em Direito (UNIJUÍ). Advogada

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar as características e requisitos das relações de trabalho, partindo-se de uma análise dos requisitos essenciais das relações de emprego. São estudados os requisitos da pessoa física, personalidade, onerosidade, não eventualidade e ainda, aborda-se sobre a alteridade, a qual alguns autores também definem como sendo um dos requisitos da relação de emprego. Aborda-se sobre as novas relações de trabalho diante da modernidade, como a uberização e os pontos polêmicos sobre essa ficção jurídica.

Palavras-chave: relação de trabalho. emprego. requisitos.

INTRODUÇÃO

Para entender os conceitos, o primeiro passo é enfrentar a questão doutrinária sobre a diferença de relação de trabalho x relação de emprego. Conforme o art. 7º, CF. Relação de trabalho é gênero, do qual a relação de emprego é espécie. Para definir esse gênero, duas correntes: Corrente restritiva (prevalece): afasta que dentro da relação de trabalho seja colocada qualquer relação de consumo. Ou seja, na corrente restritiva, afasta-se esses dois conceitos. Elemento chave: característico das relações trabalhistas: o problema da exploração capitalista sobre o trabalho humano. Corrente ampliativa: relação de trabalho com relação de consumo, pois não pede esse elemento chave da exploração do trabalho humano.

OS ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Os elementos clássicos da relação de emprego estão no art. 2º e 3º, CLT:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

(...)

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

(...)



Para construir o conceito de relação de trabalho, estudar os 5 elementos que compõem a relação de emprego, pois não há um conceito pronto sobre “relações de trabalho”.

Os 5 elementos são: subordinação, onerosidade, não eventualidade, pessoalidade e pessoa física, sendo que alguns doutrinadores ainda entendem que a alteridade seria o 6º elemento caracterizador das relações de emprego.

Pessoa física

É o 1º elemento da relação de emprego. O trabalhador precisa ser uma pessoa física, uma pessoa natural, um ser humano, uma vez que todas as relações trabalhistas estão centralizadas na questão de um ser humano gastando energia de trabalho. A energia de trabalho não pode ser separada do ser humano que está realizando esse trabalho, por isso é necessária a criação e implementação de normas que venham para proteger esse ser humano que é o trabalhador. Não há como uma pessoa jurídica, uma máquina, Inteligência Artificial, Algoritmo, gastar energia humana do trabalho.

Pessoalidade

É a circunstância do próprio trabalhador realizar aquele trabalho, de forma pessoal. Ele não pode delegar a atividade de prestar trabalho a um terceiro, ou seja, é o caráter personalíssimo (*intuitu personae*) da relação de emprego em razão da figura do empregado. Substituições esporádicas são possíveis, são toleráveis. Ressalte-se que a pessoalidade é apenas em relação ao empregado, e não ao empregador.

Neste sentido, explica Gaspar (2011), que:

O primeiro dos requisitos é a pessoalidade. Esse requisito se manifesta em duas dimensões: primeiro, na necessidade de o trabalho ser executado por uma pessoa física e; segundo, na necessidade do trabalho ser prestado de forma pessoal pelo empregado.

Na relação de trabalho também deve existir a pessoalidade, mas diferente da relação de emprego, na relação de trabalho a pessoalidade não precisa ser tão intensa assim. Exemplo válido seria quando se contrata um trabalho autônomo, como um pintor, não se quer comandar o serviço, tem mais liberdade, pois se preocupa mais é com os resultados. Mas na relação de emprego se contrata alguém para dar ordens, para manipular a energia, tem mais liberdade nas relações de trabalho para substituições.

Onerosidade

O empregado faz o sacrifício de cumprir a jornada de trabalho, fazer as tarefas, para receber uma vantagem, que é a contraprestação salarial; da mesma forma o empregador: ele que é um capitalista faz o sacrifício de colocar o capital dele ali pagando aquele insumo que é a mão-de-obra para receber uma vantagem, que é força de trabalho. Na relação de emprego não existe espaço para filantropia, voluntariado.

Sobre a onerosidade como um requisito da relação de emprego, Delgado (2017) explica que:

A onerosidade, como elemento fático-jurídico componente da relação de emprego, não deve, contudo, ser enfocada sob a perspectiva do trabalho realizado ou mesmo sob a perspectiva do tomador de serviços. É que, considerado sob qualquer dessas duas perspectivas, o elemento fático-jurídico da onerosidade estaria sempre presente, desde que houvesse prestação de trabalho por alguém a outrem: afinal, todo trabalho — mesmo simples — é passível de mensuração econômica no contemporâneo sistema de mercado, sempre tendo determinado valor econômico para seu tomador, para quem recebe o serviço prestado. Deve a onerosidade, portanto, ser enfocada sob a perspectiva do prestador de serviços: apenas nessa perspectiva é que ela constitui elemento fático-jurídico da relação de emprego.

Na questão do gênero de relação de trabalho, de igual forma entende-se que a onerosidade também é requisito da relação de trabalho, uma vez que estamos fazendo um conceito dentro de uma esfera do problema da exploração capitalista do trabalho humano, a onerosidade estará no centro disso, e a partir disso pode-se colocar os trabalhos em que não há onerosidade como exceções dentro do gênero relação de trabalho, como exemplo a filantropia, trabalho voluntário.

Habitualidade ou não eventualidade

Habitual é aquilo que se repete. Mas isso não é suficiente para caracterizar a relação de emprego. Deve-se Analisar teorias que se complementam:

Teoria da continuidade (não utilizada): prega que a habitualidade depende de uma repetição da prestação dos serviços de forma intensa, ou seja, basicamente com mais repetições do que interrupções. O trabalho contínuo é aquele que se dá praticamente sem interrupções. Não foi adotada pela CLT. Exceção: Lei do trabalhador doméstico, desde a 1ª até a atual LC 150/2015:

Art. 1º Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana, aplica-se o disposto nesta Lei.

Pela CLT a teoria da continuidade não foi adotada, podendo haver relação de emprego trabalhando apenas aos finais de semana, de 15 em 15 dias, etc. Haverá um contrato de trabalho proporcional ao tempo de trabalho.

Teoria do evento: É usada na CLT, mas não é suficiente para explicar o elemento da habitualidade;

Teoria dos fins do empreendimento ou dos fins da empresa: Não basta a repetição atual da prestação do serviço, deve haver também a previsão de repetibilidade futura, pois é o natural da relação de emprego, é continuar prestando o serviço ao longo do tempo para o empregador. E quando isso vai acontecer? Vai acontecer quando o trabalho está inserido naquele núcleo que são as atividades permanentes da empresa, atividades ordinárias da empresa, sendo todas as atividades e não apenas as atividades-fim. Por exemplo: todos os trabalhadores de uma escola particular.

Teoria da fixação jurídica ao tomador dos serviços: É o trabalhador que não se fixa a uma fonte de trabalho, prestando seus serviços a vários tomadores. Essa teoria é importante pois separa as figuras que não possuem relação de emprego, ex: figura do avulso, chapa, trabalho sazonal, etc.

Subordinação

Art. 3º, CLT: Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. O trabalho humano nesse contexto da relação de emprego, que é subproduto da Revolução Industrial, é visto como um dos fatores da produção, ou seja, é uma das coisas necessárias para que o capitalista que organiza o empreendimento possa desenvolver a sua atividade econômica;

O capitalista reúne os vários fatores necessários para desenvolver a sua atividade; São Fatores necessários: matéria-prima, máquinas, equipamentos e energia de trabalho humano;

O papel do direito do trabalho é fazer essa regulação, dessa necessidade de contratação de mão-de-obra humana. Resulta no poder de comando, poder diretivo do empregador. O trabalho realizado sob dependência consiste em trabalho subordinado;

A Subordinação é jurídica (advém do contrato), não econômica. É Entendimento pacificado, conforme art. 6º, CLT:

Art. 6º, Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

A subordinação não é moral, técnica e nem econômica, mas sim jurídica.

Sobre a alteridade como um dos requisitos da relação de emprego, Martins (2023) explica que consiste em nada mais do que “o empregado presta serviços por conta alheia (alteridade)”, ou seja, os riscos do empreendimento são todos por conta do empregador, e não do empregado.

AS NOVAS FORMAS DE TRABALHO

São exemplo de novas formas de trabalho os motoristas de aplicativo, os quais muitas vezes trabalhando em jornadas que excedem em muito as 8 horas que habitualmente se trabalha, consistindo em forte dependência econômica pois precisam sobreviver, mas para caracterizar relação de emprego é outro passo.

Casos reais de motoristas de aplicativos: ex: aposentados; caso do psicólogo. Não pode se confundir pessoas com necessidade econômica com subordinação jurídica. A necessidade econômica é perversa para a área trabalhista pois fomenta condições precárias de trabalho, já que as pessoas acabam se submetendo a determinadas condições para poder sobreviver.

O Grande dilema da atualidade consiste no questionamento: é possível inserir os motoristas de aplicativo na CLT ou não? (CALVET, 2022).

Os graus de subordinação: num trabalho subordinado, mas que é um trabalho intelectual, de mais alto nível, onde o empregado tem o conhecimento e não o empregador, e isso faz com que a subordinação continue existindo, mas se manifeste de uma forma diferente.

São os graus de subordinação. A subordinação vai ficando mais rarefeita conforme o empregado vai ganhando um grau maior dentro da hierarquia da empresa.

Não confundir subordinação com atos de simples fiscalização: em qualquer contrato de natureza civil é possível fiscalizar o cumprimento das obrigações da outra parte. Exemplo seria o contrato de trabalho com autônomo.

SUBORDINAÇÃO ALGORÍTMICA

Esse fenômeno do trabalho digital é muito amplo, são muitas formas de trabalhar através de plataformas digitais, não apenas a Uber. Atualmente existe uma tentativa de colocar o trabalho via plataformas digitais dentro da CLT. Para que isso seja possível, é necessário que se amplie o conceito de subordinação, pois a subordinação clássica de dar ordens não existe na plataforma digital (CALVET, 2022).

Portanto, a existência ou não da subordinação algorítmica é o grande debate na Justiça do Trabalho. O maior problema consiste no fato de que as consequências do reconhecimento do vínculo empregatício podem causar um achatamento salarial dos empregados. Independentemente do reconhecimento do vínculo empregatício, os motoristas de aplicativo devem ser considerados trabalhadores.

Ressalte-se ainda que, se de um lado a espécie de relação de emprego precisa da subordinação como requisito, o gênero relação de trabalho não precisa deste requisito de subordinação. Subordinação não é elemento do gênero relação de trabalho, podendo existir ou não, de forma que não é obrigatório. Exemplos seria a relação de trabalho autônomo (ausente a subordinação); relação de emprego (presente a subordinação).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do presente estudo foi possível se verificar que relação de trabalho e relação de emprego são conceitos que não devem se confundir, sendo de suma importância a compreensão dos elementos caracterizadores da relação de emprego, na medida em que a partir destes elementos se tem também o conceito de relação de trabalho.

Com a compreensão dos conceitos de relação de trabalho e de relação de emprego, o operador do direito consegue analisar mais detidamente quais são os direitos e deveres de cada uma das partes, bem como analisar o foro competente para análise de eventual controvérsia que se apresente.

REFERÊNCIAS

CALVET, Otávio Torres. Supremo Tribunal Federal e Pejotização: O rei está nu! Revista Consultor Jurídico, 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-fev-15/trabalho-contemporaneo-supremo-tribunal-federal-pejotizacao-rei-nu>>. Acesso em: 12 set. 2023.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 16ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Ltr, 2017.

GASPAR, Danilo Gonçalves. A crise da subordinação jurídica clássica enquanto elemento definidor da relação de emprego e a proposta da subordinação potencial (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, 281 p.

MARTINS, Sergio Pinto. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

O uso instrumental da lei Agamenon Magalhães e sua influência na vitória eleitoral de Getúlio Vargas nas eleições parlamentares de 1945

Leonardo Ferreira Pina

Graduando em Direito na Universidade Federal Fluminense

RESUMO

Este trabalho analisa os desdobramentos preliminares, o processo legislativo, o conteúdo e o uso do Código Eleitoral de 1950, intitulado de Lei Agamenon por ter sido elaborada pelo referido político pernambucano. Outorgada por meio do gênero legal dos decretos-lei, cerca de 5 meses antes da deposição de Getúlio Vargas, em 1945, a lei é historicamente e juridicamente analisada como dispositivo crucial para o triunfo do varguismo nas eleições parlamentares de 1945. Ato contínuo, o grupo varguista, após garantir a maioria na assembleia nacional constituinte, ladrilhou o retorno do seu líder na eleição presidencial de 1950. Nesse sentido, analisar-se-á e buscar-se-á e esclarecer os dispositivos cruciais para esta vitória eleitoral, além dos resultados obtidos de modo a evidenciar o processo de uso instrumental da Lei Agamenon, elaborada criteriosamente pelo varguismo e para o varguismo.

Palavras-chave: direito eleitoral. história do direito, ciência política.

ABSTRACT

This study analyzes the preliminary developments, the legislative process, the content and the use of the Electoral Code of 1950, entitled Agamenon Law because it was elaborated by the mentioned Pernambuco politician. Granted through the legal genre of decree-laws, about 5 months before the deposition of Getúlio Vargas, in 1945, the law is historically and legally analyzed as a crucial device for the triumph of varguism in the parliamentary elections of 1945. Immediately, the varguist group, after securing a majority in the constituent national assembly, paved the return of its leader in the 1950 presidential election. In this sense, it will analyze and seek to clarify the crucial devices for this electoral victory, in addition to the results obtained in order to highlight the process of instrumental use of the Agamenon Law, carefully elaborated by Varguism and for Varguism.

Keywords: electoral law. history of law.. political science.



INTRODUÇÃO

A principal marca do estilo Getúlio Vargas de governar, desde sua ascensão, em 1930, era a ambiguidade. O biógrafo Lira Neto é enfático em dizer que Getúlio inaugurou a política de “tirar as meias sem descalçar os sapatos” (NETO, 2012, p. 299). A cômica frase, na verdade, expõe de forma sucinta o método getulista de se manter no poder, calcado na ambiguidade e no jogo duplo, o ex-presidente brasileiro analisava o jogo político e traçava suas estratégias de forma calculista. Em suma, Getúlio se organizava de modo que mesmo derrotas políticas graves lhe propusessem alguma possibilidade de triunfo futuro. Conforme antecipava sua trajetória, ao perceber o processo de derrocada de seu governo em 1944, Getúlio Vargas iniciou um processo intenso de articulações políticas para organizar o próximo pleito presidencial. Nesse viés, Getúlio organizou a legislação eleitoral que, inevitavelmente sacramentaria sua derrota, mas que garantiu, ao menos, a sua sobrevivência política e de seus aliados. Nesse sentido, o presente artigo debruça os olhares para os anos de 1944 e 1945, nos quais iniciou-se a queda do que a historiografia recente denomina de Era Vargas (1930-1945), bem como nos meios e métodos que Vargas utilizou para aprovar o Código Eleitoral de 1944, conhecido popularmente como Lei Agamenon Magalhães, a qual possibilitou uma queda menos vexatória, a sobrevivência do Varguismo e sua participação numerosa na constituinte de 1946 e, por fim, a segunda ascensão de Getúlio à presidência, de forma democrática, em 1950.

O MÉTODO DO JOGO DUPLO VARGUISTA

Maquiavel, filósofo florentino que deixou enorme contribuição para a ciência política, bem como de meios sofisticados de se analisar o poder e sua manutenção, explicitou, em sua obra “O príncipe”, aspectos que seriam indispensáveis àquele que exerce com maestria o poder de domínio: “virtú” e “fortuna”. Virtú seria a capacidade do governante em contornar dificuldades em seu governo, o modo pelo qual lida e como se precavê frente às imprevisibilidades. Fortuna seria o dom de aproveitar da forma mais eficiente possível uma circunstância não prevista, retirando dela os melhores resultados possíveis. Nesta tênue linha entre virtude e bem-aventurança, Getúlio desempenhou durante sua carreira política um método de ambiguidade, visando sempre ao cálculo frio do cenário político, o que possibilitou a Getúlio sempre ou a vitória, ou uma derrota menos vexatória e até mesmo derrotas com requintes de vitória.

Exemplo marcante desse método se deu na política externa adotada pelo Brasil durante a segunda guerra mundial. Entre os Aliados liderados pelos Estados Unidos e o Eixo liderado pela Alemanha nazista, o Brasil sempre se manteve de forma neutra, dialogando amigavelmente com ambos os lados e adiando enquanto foi possível a decisão de que bloco o Brasil apoiaria. Nesse sentido, narra Oliveira (2015):

(...) por meio da política de “equidistância pragmática” o governo brasileiro estabeleceu relações comerciais com as potências rivais da época, EUA e Alemanha, e procurou tirar proveito de ambas. O Brasil desejava obter dos EUA e da Alemanha recursos estrangeiros para atingir seu objetivo de reequipamento das Forças Armadas para possibilitar a segurança nacional e a construção da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), peça considerada chave para promover o desenvolvimento do país. (MOURA, 1980, p. 21)

LEI AGAMENON MAGALHÃES: O CÓDIGO ELEITORAL DE 1945

Desdobramentos preliminares

No fim de 1944 e início de 1945, o apoio de Getúlio aos Aliados teve efeitos colaterais contra seu governo. O fato de o Brasil ter dado sustentação aos Aliados compostos por democracias liberais e os grandes perdedores da guerra (a Itália de Mussolini e a Alemanha de Hitler) serem ditaduras totalitárias, repercutiu sobre a análise da elite política e militar quanto à legitimidade do governo de Vargas, que internamente se assemelhava aos regimes derrotados, mas externamente apoiou belicamente os regimes democráticos. Nesse sentido, prevendo a iminente queda de Getúlio, era indispensável a reestruturação da Justiça Eleitoral, que entrara em desuso em razão do Estado Novo ditatorial de Vargas, bem como de uma legislação eleitoral que possibilitasse a mudança que ensejava o contexto histórico, mas permitisse a manutenção das bases construídas nos 15 anos de Getúlio Vargas no poder (ANGELI; COSTA. 2022). Nesse sentido, coube a lideranças como os interventores (governadores estaduais nomeados ad hoc por Getúlio) Ernani do Amaral Peixoto, Benedito Valadares e Agamenon Magalhães, este último com papel crucial, além do Ministro Alexandre Marcondes Filho, elaborar as bases do que mais tarde se consagraria como o Decreto-Lei Nº 7.586 de 1945, ou Lei Agamenon.

Processo legislativo

O processo de elaboração da Lei Agamenon tem como característica marcante a ausência de tramitação em um órgão legislativo constituído. Isso porque, em 10 de novembro de 1937, com o golpe do Estado Novo, Getúlio Vargas havia dissolvido o parlamento brasileiro. Sendo assim, o referido diploma legal foi elaborado conforme os ditames da autoritária Constituição de 1937, a chamada Constituição Polaca – dada a sua semelhança com a carta magna do referido país.

Em caso de dissolução do poder legislativo, a Constituição Federal previa que poderia o Presidente da República expedir os chamados Decretos-Lei. Esta espécie de diploma legal não detém equivalente no sistema jurídico brasileiro hodierno. Alguns autores aludem os decretos-lei às medidas provisórias. Todavia, é mister salientar que os decretos-lei não eram eivados de natureza transitória, muito menos ensejavam convalidação de outro poder, tal como seria com as medidas provisórias. Quanto os temas passíveis de disciplina por meio de decreto-lei, aludia a Constituição de 1937:

Art. 13 O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as seguintes:

- a) modificações à Constituição;
- b) legislação eleitoral;
- c) orçamento;
- d) impostos;
- e) instituição de monopólios;

- f) moeda;
- g) empréstimos públicos;
- h) alienação e oneração de bens imóveis da União.

Parágrafo único - Os decretos-leis para serem expedidos dependem de parecer do Conselho da Economia Nacional, nas matérias da sua competência consultiva.

Tendo em vista o que prescrevia a então constituição vigente, era perfeitamente adequado que a legislação eleitoral fosse regida por decreto-lei. Tendo isso em vista, foi publicado em 28 de maio de 1945 o decreto-lei nº 7.586 – a Lei Agamenon – que formalmente cumpria o papel de Código Eleitoral do país. Vigorou por 5 anos, sendo substituído pelo Código Eleitoral de 1950 (Lei Nº 1.164/1950).

ELEMENTOS DA LEI AGAMENON FUNDAMENTAIS AO ÊXITO VARGUISTA NAS ELEIÇÕES DE 1945

A 29 de outubro de 1945, após 15 anos ininterruptos à frente do executivo brasileiro, Getúlio Vargas, foi deposto pela classe militar que o havia sustentado, além disso enfrentava também uma tentativa de esvaziamento político entre as elites da época, embora mantivesse um enorme prestígio da camada popular. Nesse sentido, Getúlio ensaiava o retorno ao poder pelas vias democráticas de 1950. Na busca por esse objetivo, era fundamental que Vargas conquistasse uma vaga parlamentar nas eleições de 1945, bem como freasse o sucesso eleitoral de seus opositores da União Democrática Nacional (UDN), o que garantiria sua presença e influência na elaboração da Constituição de 1946, bem como diminuiria a possibilidade de Getúlio, em caso de ascensão da UDN e do Brigadeiro Eduardo Gomes à presidência, tivesse seus direitos políticos cassados. Dessa sorte, era esperado que o ex-presidente buscase uma vaga como representante de seu curral eleitoral, o Rio Grande do Sul, haja vista sua origem neste, bem como o fato de lá ter sido deputado estadual, federal e, por fim, governador.

As candidaturas múltiplas (Art. 40, § 2º)

Art. 40. Faz-se o registro dos candidatos até 15 dias antes da eleição.

§ 2º Toda lista de candidatos será encimada pelo nome do Partido, que é a legenda partidária.

O Código Eleitoral – Lei Nº 4.737/1965 – vigente no Brasil hodierno proíbe expressamente a possibilidade de uma pessoa física ser candidata a mais de um cargo, bem como exclui a possibilidade de um indivíduo ser candidato em mais de uma circunscrição. Ou seja, só é possível ser candidato por um mesmo partido, por uma só circunscrição e a um só cargo.

Na contramão da legislação vigente, a Lei Agamenon previa a possibilidade de candidaturas múltiplas (em relação a cargos, circunscrições e agremiações políticas). Pelo texto outorgado por Getúlio Vargas, um mesmo candidato – por exemplo, na eleição de 1945 – poderia ser candidato a vários cargos (deputado estadual, deputado constituinte, senador) de forma concomitante, por um mesmo partido ou por vários, além de possibilitar

Em suma, entende-se que as regras da Lei Agamenon permitiam a criação de uma lógica de loteria em que os candidatos poderiam, por meio das candidaturas múltiplas por vários partidos, circunscrições e cargos, detinha um rol maior de possibilidades de ser eleito. Além disso, como só era possível tomar posse em um cargo, os suplentes com baixa votação eram premiados pela votação de candidatos “campeões de voto”, termo usado para designar políticos que reúnem quantidades estratosféricas de votos, como Getúlio.

O Mecanismo das Sobras

Art. 48. Os lugares não preenchidos com a aplicação do quociente eleitoral e dos quocientes partidários são atribuídos ao partido que tiver alcançado maior número de votos, respeitada a ordem de votação nominal de seus candidatos. (BRASIL, 1945)

O sistema eleitoral de 1945 remonta ao atual no que se refere ao seu núcleo fundamental: eleições majoritárias para o executivo e senado, bem como eleições proporcionais para os demais cargos legislativos. O mecanismo das sobras é um dos instrumentos que recebe relevantes alterações à medida que ocorrem reformas eleitorais. Sua importância se dá pelo seguinte: Havendo a contabilização total dos votos, é realizado o cálculo do quociente eleitoral, que é o parâmetro utilizado para determinar quantas vagas cada partido, em razão de sua votação, irá ocupar na câmara ou assembleia em questão. O quociente eleitoral é calculado por meio da divisão do número total de votos pelo número de vagas disponíveis. Se hipoteticamente, o quociente eleitoral fosse definido em 1 milhão de votos, saber-se-ia que a cada vez que um partido atingisse esse quantitativo seria conquistada uma vaga. Ocorre que por meio deste método nem sempre são preenchidas todas as vagas, sempre havendo vagas sobressalentes a serem preenchidas. O método para preencher essas vagas sobressalentes se chama, no direito eleitoral, de “mecanismo das sobras”, o qual, na eleição de 1945, definia que as vagas sobressalentes pertenciam ao partido mais votado naquela unidade federativa. Nesse sentido, por abrigar diversos políticos de extrema popularidade regional, o PSD foi bastante beneficiado pela regra, tendo sido transferidos os votos dos mais votados aos menos votados daquele partido (GHIGGI, 2014). Não obstante, o maior beneficiamento político se observa no que se refere ao PTB, partido que abrigou todas as candidaturas de Getúlio à Câmara dos Deputados. A popularidade de Getúlio, por ter sido líder nacional por 15 anos, lhe conferiu votações expressivas, que permitiram ao seu partido o uso exacerbado da transferência de votos e do mecanismo de sobras. Além disso, ficavam disponíveis ao PTB as vagas em que Getúlio foi eleito e não tomou posse por optar por ser senador pelo Rio Grande do Sul. Acerca desse fenômeno, versa Sérgio Soares Braga (2007):

Para se ter uma ideia da magnitude dos votos transferidos por esse mecanismo, basta dizer que Getúlio Vargas teve 116.712 votos para deputado no DF, enquanto que o 2º petebista mais votado, Rui Almeida, teve 3.201 votos; por sua vez, o deputado menos votado na legenda do PTB e principal beneficiado pelo “mecanismo das sobras”, o “palhaço quemista” Barreto Pinto, foi eleito para a Constituinte de 1946 com apenas 592 votos.

Quanto à União Democrática Nacional, opositora de Vargas:

Embora beneficiada em alguns estados, defendia o fim do mecanismo das sobras. O deputado Raul Pilla, por exemplo, apresentou emendas para que este dispositivo fosse extinto, mas não teve êxito. Virgílio de Melo Franco afirmou, a esse respeito,

que a lei eleitoral, montada pelo Ministro da Justiça, com desprezo de todas as emendas apresentadas pela UDN, serviu totalmente aos interesses do grupo que governava o país desde 1937. (GHIGGI, 2014)

Do alistamento eleitoral ex-officio (Art. 22-23)

Art. 21. Faz-se o alistamento mediante a qualificação e inscrição do eleitor.

Art. 22. A qualificação e inscrição eleitorais serão ex-officio ou a requerimento do interessado.

Art. 23. Os diretores ou chefes das repartições públicas, das entidades autárquicas, paraestatais, ou de economia mista, os presidentes das seções da Ordem dos Advogados e os presidentes dos Conselhos Regionais de Engenharia e Arquitetura enviarão ao Juiz Eleitoral, dentro de 15 dias antes da data fixada para o início do alistamento, relação completa dos funcionários e extranumerários, associados das entidades paraestatais, advogados, engenheiros e arquitetos, com as respectivas indicações de função, idade, naturalidade e residência. (BRASIL, 1945)

O alistamento de ofício (ex-officio), foi a autorização dada pela Lei Agamenon às entidades da administração direta e indireta, seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil e aos conselhos regionais de representação de classe (tais como o Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura), pudessem realizar a inscrição dos eleitores por meio de listas enviadas à Justiça Eleitoral em detrimento do requerimento voluntário dos cidadãos. Ou seja, os indivíduos eram inscritos sem qualquer tipo de consentimento prévio. Esse instituto favorecia claramente o getulismo, à medida que todas estas instituições, por sua ligação com o estado brasileiro, chefiado havia 15 anos por Getúlio de forma autoritária, eram fortemente aparelhados ao continuísmo varguista e isto, por si só, punha em suspeita se estas listas emitidas incluíam algum tipo de perfil de eleitorado mais afeito ao então ex-presidente deposto. O crescimento do eleitorado, entre 1934 e 1945 foi de 180,5%. (ANGELI, COSTA, 2022)

EFEITOS COLATERAIS DA LEI AGAMENON

Não se pode dizer com propriedade que a Lei Agamenon, com suas regras específicas, tenha privilegiado apenas o getulismo. Cabe mencionar, por exemplo, que o Partido Comunista Brasileiro, fazendo uso do monopólio das indicações de chapa, bem como do instrumento das múltiplas candidaturas, impulsionou a candidatura de seu líder Luís Carlos Prestes em diversas unidades da federação.

É válido ressaltar que os dois principais fatores que Vargas detinha para utilizar de forma satisfatória as regras retrocitadas eram: a popularidade a nível nacional e o controle dos diretórios partidários em múltiplas unidades da federação. Em relação ao primeiro aspecto, Prestes era um nome em emergente crescimento popular desde os anos 20, principalmente após o evento denominado Coluna Prestes, no qual Prestes liderou uma marcha militar durante vinte e cinco mil quilômetros no interior do território brasileiro.

Figura 2 – Marcha da Coluna Prestes.



Fonte: Agência Câmara dos Deputados de Notícias (2014).

Nesse sentido, Prestes, além de ser secretário-geral do PCB, também era a única grande liderança comunista a nível nacional, motivo pelo qual o partido era coeso e se reunia de forma hegemônica em torno de uma figura, neste caso Luís Carlos Prestes. Dessa sorte, consagrou-se o segundo grande aspecto que permitia o uso estratégico das regras da Lei Agamenon: o controle dos diretórios estaduais dos partidos. Sabendo-se que os partidos detinham o poder de indicar seus candidatos, o controle dos diretórios era fundamental para o êxito das candidaturas de Prestes.

O resultado foi satisfatório, pois o partido obteve êxito em eleger Prestes como deputado federal pelo Distrito Federal, Pernambuco e Rio Grande do Sul, além de senador pelo Distrito Federal (Guanabara), cargo que assumiu e exerceu entre 1946 e 1948. Além disso, foram eleitos 14 deputados, quais sejam: Carlos Marighela (BA); Luís Carlos Prestes (DF); Batista Neto (DF); João Amazonas (DF); Maurício Grabois (DF); Agostinho de Oliveira (PE); Alcedo Coutinho (PE); Gregório Bezerra (PE); Abílio Fernandes (RS); Trifino Correia (RS); Alcides Sabença (RJ); Claudino Silva (RJ); Caires de Brito (SP); Jorge Amado (SP); José Crispim (SP); Osvaldo Pacheco (SP). (Braga, 1998)

Tal erro de cálculo só viria a ser sanado pela classe política com representações junto ao TSE que culminaram na Resolução 1.841/1947¹, que cassou o registro do Partido Comunista Brasileiro e, conseqüentemente, o mandato de Luís Carlos Prestes e dos 14 deputados constituintes do PCB. Além do argumento de que o estatuto do partido, no que se refere à socialização, não estava em consonância com os princípios democráticos, também foi argumentado que o PCB era um partido estrangeiro, em razão de sua ligação com organizações internacionais, motivos que fundamentaram a cassação do registro do partido pelo TSE. Embora realizada em 1947, a cassação somente se efetivou em 1948, após a edição da Lei 211/1948, pelo Governo Dutra. Posteriormente a lei foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

A 13 de agosto de 2013, a Câmara dos Deputados anulou a cassação dos deputados do PCB cassados em 1948, devolvendo simbolicamente seus mandatos.²

¹ Disponível em: https://www.justicaeleitoral.jus.br/++theme++justica_eleitoral/pdfjs/web/viewer.html?file=https://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-resolucao-1841-cancelamento-do-registro-do-pcb/@@download/file/TSE-resolucao-1841-cancelamento-registro-pcb.pdf. Acesso em: 05 de novembro de 2022 às 22:47

² Câmara devolve mandato de 14 deputados comunistas cassados em 1948. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/>

Figura 3 – Recorte de jornal noticiando a cassação definitiva dos 15 parlamentares comunistas (1948)



Fonte: Jornal do Brasil (1948).

PARTICIPAÇÃO DA DUPLA PTB-PSD NA CONSTITUINTE DE 1946

O foco dos esforços de Getúlio Vargas na construção de uma base parlamentar numerosa e fiel se dava pelo fato de que, a 02 de outubro de 1945, o Superior Tribunal Eleitoral, por meio da Resolução Nº 215 fixou que os candidatos aos cargos legislativos eleitos no pleito daquele ano exerceriam mandato constituinte, de modo que estariam responsáveis pela elaboração da nova constituição nacional, além de, conforme a referida resolução, estariam sujeitos apenas aos limites por eles mesmos estabelecidos.³

Realizado o pleito, Vargas decidiu assumir o cargo de senador pelo Rio Grande do Sul, pelo PSD. O PSD, partido fundado por Vargas para abrigar seus ex-interventores e ministros do Estado Novo, formou uma bancada de 185 constituintes. De um total de 41 senadores, 26 eram do PSD, ou seja, 63,5% da casa. Na Câmara dos Deputados (composta de 338 deputados) o partido detinha 159 deputados, o que representava 53,5% do total. Em resumo, ambas as casas legislativas detinham mais da metade de seus membros formados pela ala política do getulismo, que por sua vez seriam maioria no processo de elaboração da constituição nacional.

Em adição, outro quadro político de Vargas, o PTB, que abrigava o grupo getulista dos sindicatos e o operariado, conseguiu eleger 23 constituintes, muitos deles assumindo por suplência as que Vargas conquistou, mas abdicou ao assumir a vaga no senado.

Em suma, depreende-se que, ao fim do pleito, por meio das regras da Lei Agamenon de disputa, registros de candidatura e distribuição das sobras, Getúlio Vargas formou, somando-se os eleitos por PTB e PSD, cerca de 208 constituintes aliados ao seu projeto de poder, o que lhe proporcionou uma constituinte formada por 61% dos parlamentares filiados aos dois partidos ligados ao projeto varguista.

noticias/411241-camara-devolve-mandatos-de-14-deputados-comunistas-cassados-em-1948/. Acesso em: 18 de agosto de 2023 às 20:22

³ Resolução nº 215 de 02 de outubro de 1945 (Tribunal Superior Eleitoral). Disponível em: <https://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-resolucao-215-parlamento-nacional>. Acesso em: 05/11/2022 às 20:29

A oposição feita em geral pela União Democrática Nacional (UDN) conquistou 26%. Essa vitória eleitoral, somada à ascensão de Eurico Gaspar Dutra (ex-ministro de Getúlio) à presidência, proporcionou a sobrevivência eleitoral de Vargas, que ladrilhou, por meio da forte influência na constituinte, o caminho que permitiria sua ascensão ao executivo nas eleições de 1950. (Braga, 1998)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se pelos dados expostos e analisados ao longo deste trabalho que a Lei Agamenon enfrentava resistência dos grupos opositores a Vargas, o que explicitava que já àquela época eram perceptíveis os objetivos continuístas da referida legislação. Percebe-se, ademais, que os objetivos foram alcançados de forma plena. Conforme anteriormente abordado, Getúlio, entre PSD e PTB, detinha 61% do total de parlamentares, além de mais da metade dos constituintes em cada uma das casas legislativas: Senado e Câmara dos Deputados. O objetivo final, conforme explicita a história, foi que Getúlio Vargas jamais perdeu poder político ao ponto de perder seus direitos políticos e sua influência frente ao eleitorado brasileiro, o que culminou em sua eleição em 1950, bem como sua posse em 31 de janeiro de 1951, iniciando o último e democrático período de governo Vargas.

REFERÊNCIAS

- ANGELI, Douglas Souza; COSTA, Rafael Navarro. A Lei Agamenon e as eleições de 1945: um retrato político-partidário e eleitoral com o fim do Estado Novo. *Antíteses*, v. 15, n. 29, p. 336-365, 2022.
- BRAGA, Sérgio Soares. Padrões de organização das elites partidárias regionais no imediato pós-II guerra mundial no Brasil (1945-1950) e as singularidades da região Sul. 2007.
- BRAGA, Sérgio Soares. Quem foi quem na Assembleia Nacional Constituinte de 1946. Brasília, Câmara dos Deputados-Sector de Publicações, 1998.
- BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em 18 de agosto de 2023.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Decreto-Lei nº 7.586, de 28 de maio de 1945. Regula, em todo o país, o alistamento eleitoral e as eleições a que se refere o art. 4º da Lei Constitucional nº 9, de 28 de fevereiro de 1945. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 9436, 28 maio 1945.
- DE CARVALHO, Eder Aparecido. PSD, UDN e PTB, os três grandes partidos da terceira república. *CSONline. Revista Eletrônica de Ciências Sociais*, n. 1, 2007.
- DE OLIVEIRA, Camila Ferreira Pureza. A Política Externa do governo Vargas durante o Estado Novo e a construção da Companhia Siderúrgica Nacional* The Foreign Policy of Varga's Government during Estado Novo and the construction of Companhia Siderúrgica Nacional. *História e Cultura*, v. 4, n. 1, p. 5-21, 2015.
- GHIGGI, Luciana. Legislação eleitoral e sistema político-partidário de 1945 a 1964: continuidades e rupturas. 2014.

LIRA NETO. Getúlio (1882-1930): dos anos de formação à conquista do poder. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. Tradução de Maria Lucia Cumo. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1996.

OLIVER, Camila Leite *et al.* A voz em disputa: antagonismos e hegemonia no jornal Voz da Unidade. 2020.

Capítulo 22

O direito fundamental ao desenvolvimento econômico sustentável: as possibilidades da rota Bioceânica

Alessandra Frei Silva

Doutoranda em Direito (UNIJUÍ). Advogada

RESUMO

O presente estudo objetivou demonstrar que a Rota de Integração Latino-Americana pode ser vista como um fator para o desenvolvimento. Demonstra-se que a implementação da rota pode proporcionar benefícios e prejuízos à sociedade e, portanto, ao direito humano ao meio ambiente e, também, ao setor dos agronegócios. Nesse sentido, pretende-se analisar formas de mitigação dos riscos na logística de transportes, bem como estuda-se como os agronegócios podem se beneficiar de uma eficiente gestão logística no âmbito da Rota de Integração Latino-Americana valendo-se também de indicadores sociais. Ressalta-se a importância de se garantir o direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado para as presentes e futuras gerações, sem perder de vista a necessidade de desenvolvimento econômico.

Palavras-chave: direitos fundamentais. rota bioceânica. meio ambiente. logística. desenvolvimento econômico.

ABSTRACT

The present paper aims to demonstrate that the Latin American Integration Route (RILA) can be a factor to the development. It is demonstrated that implementing the Route may provide benefits and damages to the society and, therefore, to the human right to the environment and, also, to the agribusiness segment. In this sense, it is intended to analyse the ways of mitigation of the risks in transport logistics, as well as it is studied how the agribusiness can benefit from an efficient logistics management in the framework of the Latin American Integration Route by using social indicators also. It is emphasized the importance of guaranteeing the fundamental right to a healthy and balanced environment for the present and future generations, without losing sight of the need to the economic development.

Keywords: human rights. bioceanic route. environment. logistic. economic development.



INTRODUÇÃO

A problemática da pesquisa reside no fato de que, no contexto da América do Sul, a chamada Rota Bioceânica, é exemplo de empreendimento que pode viabilizar uma maior integração humana, social e cultural para promover desenvolvimento na seara econômica, logística e de transportes.

É importante mencionar que o Corredor Bioceânico busca o encurtamento das distâncias com a conseqüente redução do tempo das exportações e importações brasileiras entre os mercados da Ásia, Oceania e até mesmo da América do Norte, então vislumbra-se a sua importância enquanto ferramenta propulsora da internacionalização comercial e cultural na conjuntura atual.

Para a elaboração do presente artigo científico utilizou-se como base obras das áreas de Direito Ambiental e Administração, especialmente dos autores Chiavenato (2010), Amir Mattar Valente *et al.* (2011), Milaré (2018), Fiorillo (2020) e de Morato Leite e Araújo Ayala (2002).

A pesquisa foi realizada valendo-se de uma análise interdisciplinar para que pudessem ser abordados aspectos relacionados à necessidade de um eficiente sistema de gestão de logística e transportes como forma de atender às demandas sociais, econômicas e ambientais, especificamente no contexto do Corredor Bioceânico, no intuito de impulsionar o desenvolvimento econômico.

A pesquisa possui como objetivos: apontar a necessidade de adequação dos agronegócios às mudanças sociais, econômicas, culturais e ambientais; apreender as implicações da Rota Bioceânica como fator importante para o estreitamento das relações a nível mundial e analisar os impactos ambientais da implementação da Rota Bioceânica para os agronegócios, bem como compreender as tendências em gestão de frotas e dos agronegócios como pressupostos para o desenvolvimento e ampliação das relações para além dos limites locais.

Para a pesquisa comento optou-se pelo método hipotético-dedutivo, sendo a metodologia classificada em exploratória no que diz respeito aos objetivos. Tratando-se dos procedimentos, a pesquisa foi considerada bibliográfica embasada em entendimento doutrinário.

Entende-se que a pesquisa é qualitativa, pois consoante Gerhardt e Silveira (2009, p. 31), “a pesquisa qualitativa não se preocupa com representatividade numérica, mas, sim, com o aprofundamento da compreensão de um grupo social, de uma organização, etc.”.

Logo, a metodologia com base em pesquisa bibliográfica foi de suma importância para que se alcançasse um raciocínio lógico com as premissas colocadas pela análise teórica, mormente pelo motivo de se pretender com a presente pesquisa a demonstração da real necessidade de proteção dos agronegócios como atividade propulsora do desenvolvimento com geração de renda, trabalho e riquezas.

CONTEXTUALIZAÇÃO DA TEMÁTICA

A Rota Bioceânica tem a finalidade maior de fomentar a circulação de pessoas, bens e serviços, sendo o tempo provavelmente otimizado tendo em vista a possível diminuição das distâncias que a rota poderá proporcionar.

Shiota *et al.* (2021) nesta linha de inteligência asseveram que o Corredor possui como pressuposto interligar o Oceano Atlântico ao Oceano Pacífico para destinar a produção do Porto de Santos na cidade de São Paulo (SP), passando pelo estado de Mato Grosso do Sul (MS), sendo que para tanto acabará cruzando a capital Campo Grande até a fronteira brasileira na cidade de Porto Murtinho (MS) e alcançando terras paraguaias na cidade de Carmelo Peralta.

Já no território internacional, a Rota Bioceânica ultrapassará inúmeras cidades paraguaias, argentinas e chilenas, até os portos de Antofagasta, Mejillones e Iquique, no Chile.

Igualmente, Cabrera (2020) delinea que a implementação de um corredor Bioceânico no estado de Mato Grosso do Sul constitui-se como uma possibilidade de desenvolvimento econômico, sobretudo devido despontar economicamente como um grande produtor de grãos, principalmente no que diz respeito a soja e a agropecuária.

Entretanto, há que se ponderar igualmente sobre os possíveis impactos negativos da Rota Bioceânica, especialmente em relação ao meio ambiente e em face dos agronegócios, no sentido de que essa Rota pode vir a colaborar ou não para a concretização do direito fundamental ao desenvolvimento econômico sustentável não somente em âmbito local, mas também internacionalmente, na medida em que atinge inúmeras nações.

Análise técnica e jurídica sobre a implementação do Corredor Bioceânico

Sobre os problemas enfrentados pelo Brasil quando comparado a outros países no que diz respeito a suas condições para a implementação da Rota, Roberto França da Silva Júnior (2009), em sua tese de doutorado, expõe que o Brasil especificamente enquanto país não desenvolveu plenamente técnicas e normas sobre circulação como aconteceram na Europa, na América do Norte e no Japão, estando o país por esse motivo um tanto atrasado nesse sentido, o que implica na elevação dos custos em logística que atingem sobremaneira os agronegócios.

Roberto França da Silva Júnior (2009) ainda explica que foi a partir da década de 1990 que o agronegócio da soja começou a ter bons resultados econômicos justamente em face do aprimoramento da informática e então começou-se a se questionar mais sobre a necessidade de um melhor sistema de logística no país para aprimorar a competitividade.

Nesse sentido, o autor ainda dispõe que entidades como a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp) passaram a discutir sobre a questão da logística, inclusive com a realização de seminários sobre o tema, dada a sua relevância.

O Brasil vem investindo na circulação, sobretudo no que diz respeito a infraestruturas logísticas, como é o caso da concretização da Rota Bioceânica, e também na elaboração

de normas com a finalidade de ampliar a fluidez e a competitividade territoriais para essa seara, agregando um aparato que se volta às exigências de exportação de grandiosos grupos agroindustriais (SILVA JÚNIOR, 2009).

Logo, há forte interesse de setores da sociedade, composta principalmente pelo empresariado, em aumentar as dinâmicas de circulação e logística no estado de Mato Grosso do Sul para fortalecer ainda mais o agronegócio e fomentar a circulação de riquezas e de alimentos.

Cabrera (2020), aduz que conforme dados do Setlog - MS (Sindicato das Empresas de Transporte Rodoviário de Cargas e Logística de Mato Grosso do Sul), com a Rota Bioceânica, poderá haver redução nos custos com transportes em até 12%, pois os caminhões poderão usufruir de estradas em melhores condições de uso, portos com infraestrutura apropriada no Chile bem como com a eliminação de parcela das antigas barreiras alfandegárias, as quais prejudicavam demasiadamente o transporte das mercadorias.

Em contrapartida, para a efetividade da Rota Bioceânica, há alguns entraves que merecem ser superados no que diz respeito aos processos de gestão de frotas, conforme esclarecem Amir Mattar Valente *et al.* (2008, p. 10), tais como: os transportadores muitas vezes não conhecem determinadas técnicas ou ferramentas novas que em determinados momentos poderiam beneficiar a realização de suas tarefas; para determinadas atividades há escassez de ferramentas ou sistemas computacionais que possam auxiliar as transportadoras a planejar e executar suas operações a um custo acessível, etc.

Assim, especificamente desde por volta de 1995, existe no Brasil uma forte demanda por um sistema de logística que seja realmente efetivo, sendo que para os agronegócios, existe um forte círculo de cooperação entre grandes empresas como a Bungue, Maggi e Cargil, as empresas de logística tais como a Vale e Hermasa, e o próprio Estado, sendo essas relações bastante nítidas (SILVA JÚNIOR, 2009).

A alimentação compõe o piso vital mínimo e assumiu importante papel especialmente no que diz respeito ao cenário da pandemia de COVID-19, uma vez que em que pese de um lado a doença ocasionou a morte de muitas pessoas no Brasil e no mundo, por outro lado o fechamento do comércio e atividades acabou provocando uma grave crise econômica com pessoas perdendo seus empregos e suas fontes de renda.

Logo, assim como a saúde, a alimentação também consiste em direito fundamental, sendo consideravelmente assegurada a boa parte da população mundial através dos agronegócios, incluindo-se nesse cenário todas as formas de produção de alimentos, tais como a agricultura familiar. A atividade pode se fortalecer ainda mais se formas efetivas de gestão de frotas e transportes forem implementadas através da Rota.

Sob esse prisma, entende-se então pela necessidade de se tutelar o meio ambiente em consonância com a produção nos agronegócios, pois conforme esclarece Fiorillo (2020, p. 911), mesmo diante da crise econômica que se apresenta, ocasionada mais por questões políticas e institucionais, ainda assim o Brasil demonstra forte economia aberta e ocupa o 9º lugar no ranking das maiores economias do mundo, sendo que consiste em atividade essencial para o funcionamento do país abrangida pelo Decreto nº 10.282/2020 do governo federal e que necessita de incentivos e aprimoramentos constantes.

Ainda, Garcia e Filho (2014) asseveram que:

O desempenho do setor agrícola e do agronegócio brasileiro desde a década de 1970 contribuiu para a expansão dos mercados domésticos e para a oferta mundial de alimentos, com destaque para o desenvolvimento de mercados locais, dinâmica que se relaciona com a garantia da segurança alimentar e a redução da pobreza e da desigualdade.

Frise-se que a proteção ambiental é necessária, pois como já demonstrado no decorrer da presente pesquisa, é somente através do meio ambiente que o ser humano pode extrair os recursos necessários para promover o desenvolvimento na sociedade, de forma a proporcionar às pessoas geração de riquezas.

Portanto, a paralisação de atividades empresariais e econômicas acaba por prejudicar apenas a grande maioria da população que é composta pelas classes médias e baixas, já que os detentores de grandes empresas multinacionais e bilionários vão poder continuar usufruindo de suas atividades e tornarem-se cada vez mais ricos.

Cumprе ressaltar que a Carta Magna traz em seu artigo 6º o piso vital mínimo, o qual possui em seu escopo o direito à alimentação como um de seus componentes, e que, portanto, necessita ser efetivado, de maneira que a paralisação de atividades econômicas, como pretendido por alguns setores da população, acabaria por consistir em verdadeiro entrave à efetivação do direito a esse piso vital mínimo que é inerente a toda e qualquer pessoa humana.

Infere-se que a proteção ao agronegócio se encontra intrinsecamente relacionada com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, sendo garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização, estampados respectivamente no artigo 3º, incisos II e III da Constituição Federal, uma vez que age na produção de alimentos objetivando erradicar a fome no País (FIORILLO, 2020, p. 906), de forma que com pobreza e fome, não existe desenvolvimento nacional.

Ainda, é necessário que haja a segurança alimentar na medida em que consiste em condição primordial para que se possa ter acesso a mercados dinâmicos, bem como por consistir em quesito fundamental para decidir sobre vantagens em patamar competitivo no âmbito internacional (GARCIA; FILHO, 2014).

Sob esse prisma, cumprе afirmar que o direito a um meio ambiente sadio e equilibrado se associa a outros tantos direitos fundamentais, como o direito à alimentação e o direito à saúde, posto que o direito à alimentação se existir danos ambientais que sejam capazes de prejudicar toda a cadeia produtiva do agronegócio, que é responsável pela manutenção de toda a população brasileira, da mesma forma o direito à saúde não se efetiva se o meio ambiente estiver desequilibrado, e assim por diante.

Fiorillo (2020, p. 910-911), analisa que o meio ambiente vem sendo explorado através do uso de seus recursos e bens em toda a história nacional até hodiernamente, motivo pelo qual é necessário que haja a proteção do meio ambiente inclusive para que seja viável a própria proteção do agronegócio enquanto principal atividade econômica nacional na atualidade e em face da ordem jurídica do sistema capitalista, já que a população é inteiramente dependente dessa atividade para sobreviver, seja de forma direta através do trabalho na pecuária e agricultura, seja indiretamente através do consumo de seus produtos e alimentos.

Nesse sentido, pelo presente tópico entende-se que a proteção ao meio ambiente para as presentes e futuras gerações é de suma importância, entretanto não se justifica com base em agendas internacionais, tendo em vista já consistir em direito fundamental estampado na Constituição Federal, dotado da mesma importância que os demais direitos fundamentais.

Infere-se que todo o aparato logístico e de gestão de transportes necessita de cuidados para a implementação da rota bioceânica no sentido de privilegiar o desenvolvimento dos agronegócios sem perder de vista a necessidade de sustentabilidade, e para tanto se faz necessário o uso de indicadores sociais para averiguação das necessidades da população com a adoção de medidas que visem otimizar os resultados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela pesquisa em comento verificou-se a necessidade de que seja feita uma discussão sobre os impactos da Rota Bioceânica no âmbito ambiental e para os agronegócios, bem como espera-se que haja uma reflexão sobre os possíveis benefícios e prejuízos da Rota Bioceânica nesse sentido e sobre formas de otimização da gestão de frotas em prol do agronegócio no estado de Mato Grosso do Sul.

Assim, como resultado do trabalho espera-se também que haja o entendimento da real necessidade de se privilegiar o desenvolvimento sustentável através da adoção de medidas que visem fomentar a atividade dos agronegócios com o menor impacto possível ao meio ambiente proteger o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, na medida em que constitui direito fundamental.

Por outro lado, também se nota que é essencial que haja ponderação sobre a extração e interferência nos recursos ambientais, de forma que tal atividade seja realizada da forma efetiva e menos gravosa ao meio ambiente, na medida em que o Agronegócio assegura o direito à alimentação, além de gerar riquezas e renda para uma grande parcela da população.

O agronegócio é relacionado à agricultura e pecuária, e consiste nesse grupo de atividades econômicas que se desenvolve diante da ordem jurídica do capitalismo e que representa em torno de um terço do PIB nacional, sendo o setor mais importante e essencial da economia brasileira, conforme explica Fiorillo (2020, p. 904-905).

Nesse sentido, a atividade em comento torna-se necessário à concretização de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que é a erradicação da pobreza, estampado no art. 3º, III, da Carta Magna.

Dessume-se que a função social do presente trabalho é no sentido de identificar a importância do Agronegócio como grande gerador de postos de trabalho, de riquezas e de alimento da população, a qual no contexto da sociedade de risco é inteiramente dependente dessa atividade, assim, a função social da pesquisa é no sentido de fazer com que as pessoas reflitam sobre as possibilidades oriundas da Rota Bioceânica para a economia e novas formas de explorar suas potencialidades de forma sustentável.

REFERÊNCIAS

ASATO, Thiago Andrade. A Rota Bioceânica como campo de possibilidades para o desenvolvimento da atividade turística. 2021. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local, Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande, 2021.

_____. Rota de Integração Latino-Americana (RILA) para o desenvolvimento turístico. Revista Interações, Campo Grande, v. 20, p. 45-56, 2019.

CABRERA, Fabiane de Oliveira Moreti. Implementação da Rota Bioceânica no estado de mato grosso do Sul: uma análise sobre a dinâmica econômica e suas implicações. Revista Eletrônica da Associação dos Geógrafos Brasileiros Seção Três Lagoas, v. 1, pp 346-371, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/RevAGB/article/view/9874>. Acesso em 20 abr. 2022.

CARLEY, Michael. Indicadores sociais: teoria e prática. Rio de Janeiro: ZAHAR, 1985.

CASTRO, Luciano Thomé e; CÔNSOLI, Matheus; NEVES, Marcos Fava. Administração de vendas: planejamento, estratégia e gestão. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CHIAVENATO, Idalberto. Administração nos novos tempos. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 20ª ed. São Paulo: Saraiva jur, 2020.

GARCIA, Junior Ruiz; FILHO, Jose Eustáquio Ribeiro Vieira. Reflexões sobre o papel da Política Agrícola Brasileira para o desenvolvimento sustentável. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. ISSN1415-4765. 38f. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2014. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2841/1/TD_1936.pdf>. Acesso em 24 out. 2021.

GERHARD, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. Métodos de pesquisa. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. Direito ambiental na sociedade de risco. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

MATTOS, Fransérgio Sampatti Santos. O impacto do corredor bioceânico no escoamento da produção de soja em Mato Grosso do Sul: sob a ótica da análise de decisão multicritério. 2022 (Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Agronegócios, Universidade Federal da Grande Dourados, Dourados, 2022.

MILARÉ, Edis. Direito do ambiente. 11ª ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY, Nelson Junior. Direito de Transportes. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

OLIVEIRA, Tito Carlos Machado de. Território sem limites: estudos sobre fronteiras. Campo Grande: Editora UFMS, 2005. Disponível em: <http://www.retis.igeo.ufrj.br/wp-content/uploads/2011/07/2005-Territorio-sem-limites-TCMO.pdf>. Acesso em 15 abr. 2022.

SHIOTA, Hanae Caroline Quintana et. al. La, red universitária de la ruta de integración latino-americana (UniRila) y el Corredor Bioceánico: relaciones culturales entre Porto murtinho/Brasil y Carmelo Peralta/Paraguay. Revista Interações, Campo Grande v. 22, p. 1175-1188, 2021. Disponível em: <https://www.interacoes.ucdb.br/interacoes/article/download/3429/2589>. Acesso em 20 abr. 2022.

SILVA JÚNIOR, Roberto França da. Circulação e logística territorial: a instância do espaço e a circulação corporativa. 2009 Tese (Doutorado) – Faculdade de Ciências e Tecnologias, Universidade Estadual Paulista, Presidente Prudente, 2009.

WANKE, Peter F. Estratégia logística em empresas brasileiras: um enfoque em produtos acabados. São Paulo: Atlas, 2010.

Uruguai e Brasil: princípios e institutos semelhantes

Uruguay and Brazil: similar principles and institutes

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 Senso em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade de Tecnologia Equipe Darwin em 2013; Pós-graduada - Lato Senso 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

Esta pesquisa faz uma análise entre os princípios que regem o processo Penal brasileiro e uruguaio. Apesar de que as suas legislações processuais penais utilizam praticamente os mesmos princípios fundamentais, o seu processo propriamente dito é muito diferente. A comparação se faz necessário para que seja observado como as sociedades têm realizado a aplicação de sua legislação criminal, e a partir disto se pode absorver os pontos benéficos e maléficos para o aprimoramento, dando ênfase nas diferenças existentes entre os procedimentos. Após o estudo, fica o questionamento se a fórmula ideal para a eficiência processual estará no meio termo dos sistemas brasileiro e uruguaio.

Palavras-chave: culpabilidade. contraditório. princípio. processo penal.

ABSTRACT

This research analyzes the principles that govern the Brazilian and Uruguayan criminal process. Although their criminal procedural laws use practically the same fundamental principles, their procedure itself is very different. The comparison is necessary so that it can be observed how societies have carried out the application of their criminal legislation, and from this it is possible to absorb the beneficial and harmful points for improvement, emphasizing the existing differences between the procedures. After the study, the question remains whether the ideal formula for procedural efficiency will be in the middle ground of the Brazilian and Uruguayan systems.

Keywords: culpabilidad. contradictorio. principio. procedimientos criminales.



INTRODUÇÃO

A escolha do tema da pesquisa pretende analisar o contexto em que foi inserida a Lei nº 19.293, de 19 de dezembro de 2014 na legislação uruguaia, bem como observar 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.

No que concerne realidade da fronteira Brasil-Uruguai, onde está localizada as cidades Santana do livramento (Brasil) e Rivera (Uruguai), onde as divisas são marcadas pelas ruas e praças, o mesmo delito, um mesmo fato típico, praticado no uruguaio, gera pontos diferentes do que se o fato tivesse sido praticado no lado brasileiro da fronteira.

Como é de conhecimento os princípios são a base de qualquer legislação, independentemente de qual país se trata, e são importantes, que são utilizados como fontes para a lei e para interpretação do texto legal e para aplicação das disposições.

Por isto, é necessário analisar alguns casos de incidência destes princípios no âmbito do processo penal, pois tanto o Brasil como o Uruguai utilizam os mesmos instrumentos, contudo possuem algumas aplicações divergentes em função da diversidade do sistema jurídico.

O objetivo deste trabalho é analisar as diferenças da prática processual de cada um desses dois países.

PROCESSO PENAL BRASILEIRO E URUGUAI E SEUS PRINCÍPIOS

Os princípios podem ser explícitos e os implícitos e precisam de uma interpretação sistemática de certos dispositivos, são a base de qualquer legislação, independentemente de qual país se trata, porém, antes de iniciar esse tema, e importante conceituar o que é princípio, para entendermos melhor o tema. Vejamos a definição segundo Nucci (2018. p. 36-37):

Princípio, etiologicamente, significa causa primária momento em que algo tem origem, elemento predominante na constituição de um corpo orgânico, preceito, regra, fonte de uma ação. Em Direito, princípio jurídico quer dizer uma ordenação que se irradia e imanta os sistemas de normas, conforme ensina José Afonso da Silva (Curso de direito constitucional positivo, p.85), servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Cada ramo do Direito possui princípios próprios, que informam todo o sistema, podendo estar expressamente previstos em Lei ou ser implícitos, isto é, resultar da conjugação de vários dispositivos legais, de acordo com a cultura jurídica formada com o passar dos anos de estudo de determinada matéria. O Processo Penal não foge à regra, sendo regido primordialmente, por princípios, que, por vezes, suplantam a própria literalidade da Lei(...).

O Direito Penal Brasileiro tinha uma execução rápida e imediata sobre a pena privativa de liberdade, como uma forma de resposta às agressões sofridas pela sociedade. Com a Constituição Federal de 1988, ocorreram mudanças para dar mais estrutura a um sistema de direitos e garantias individuais e, com isso, se consagrou o princípio da não culpabilidade (SILVA, 2020).

Os princípios são a ordenação e servem como uma base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Veja a seguir o entendimento de Nucci (2018, p. 61):

Há princípios expressamente previstos em lei, enquanto outros estão implícitos no sistema normativo. Existem, ainda, os que estão enumerados na Constituição Federal, denominados de princípios constitucionais (explícitos e implícitos) servindo de orientação para a produção legislativa ordinária, atuando como garantias diretas e imediatas aos cidadãos, bem como funcionando como critérios de interpretação e integração do texto constitucional.

Porém é necessário analisar alguns casos de incidência destes princípios no âmbito do processo penal, pois tanto o Brasil como o Uruguai utilizam os mesmos instrumentos, contudo possuem algumas aplicações divergentes em função da diversidade do sistema jurídico.

DEVIDO PROCESSO LEGAL

Nos moldes do princípio do devido processo legal, todas as partes envolvidas no caso devem ter igualdade de oportunidades para apresentar suas alegações e provas, e que o julgamento deve ser baseado apenas nas provas apresentadas e nos argumentos das partes, sem influências externas ou arbitrariedades.

Esse princípio é importante no processo penal, onde o que está em jogo a liberdade e a integridade física e moral do acusado.

Destarte, o referido princípio é recepcionado na legislação brasileira e uruguaia. No caso do Brasil, é prevista na Constituição Federal da República de 1988, enquanto no Uruguai a sua disposição ocorre por meio do artigo 12 da Constitución de la República e no artigo 1º do Código del Proceso Penal, com o texto similar ao que se tem na Carta Magna do país vizinho.

A primeira diferença é percebida pelo fato de que no caso do Uruguai o legislador inseriu o princípio na lei específica, enquanto no Brasil ficou presente apenas na Constituição Federal, ambos os Estados adotam o instrumento, apenas com algumas aplicações diferentes.

O principal ponto ocorre em relação à aplicação do instituto da prisão preventiva, pois enquanto no Brasil se trata de uma exceção, que precisa de requisitos mínimos para ser decretada, no Uruguai já é mais fácil de ocorrer esta modalidade de encarceramento, pois não são necessários ocorrer a observância de algumas questões, bem como não tem um prazo explícito fixado, de modo que se tem uma população carcerária alta e que se quer teve a prisão definitiva decretada por meio de um processo judicial-penal devido. (REVISTA JUS NAVIGANDI, 2014)

Com isto a Lei Nº 19.293/2014 ao alterar o sistema penal para acusatório, se teve uma mudança de comportamento, pois as prisões preventivas passaram a ser medidas cautelares, o que é de suma importância para preservação do princípio em questão.

Por isso o princípio do devido processo legal, apesar de ser utilizado em ambas as legislações, no que concerne as suas exceções existe uma diferenciação em relação ao peso de sua incidência, de modo que nos termos da lei uruguaia é mais ocorrente a questão de presos em regime de prisão definitiva sem que haja o devido processo legal.

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O *IN DUBIO PRO REO*

Este princípio determina que nenhuma pessoa pode ser considerada como culpada sem que haja a presença de uma sentença judicial condenatória transitada em julgado, ou seja, deve haver a condenação expressa para que seja aplicada a punibilidade mediante a decretação de que o indivíduo é legalmente culpado.

Este direito garante ao acusado todos os meios cabíveis para a sua defesa, garantindo ao acusado que não será declarado culpado enquanto o processo penal não resultar em sentença que declare sua culpabilidade, e até que essa sentença transite em julgado, o que assegura ao acusado o direito de recorrer. Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima, em sua obra Manual de Processo Penal, volume 1 o princípio da Presunção de Inocência:

Consiste no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório) (LIMA, 2012, p. 11)

Este princípio e competência da parte acusadora o dever de comprovar a culpabilidade do acusado, não deixando dúvida quanto a ela, pois, no caso de não ter certeza da culpa do acusado o juiz devera absolver. Este é o chamado *in dubio pro reo*. Toda via o acusado deverá comprovar a existência de todos os fatos que alegar, respeitando o devido processo legal. Deve-se sempre utilizar o *in dubio pro reo* quando houver qualquer dúvida quanto a algum fato relevante para a decisão do processo. Assim entende Renato Brasileiro:

Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo. (LIMA, 2018, p.13)

Também foi ressaltado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como é previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), um instrumento multilateral internacional do qual Brasil e Uruguai são signatários, e consequentemente possuem a aplicação da presunção de inocência.

No caso da lei brasileira, a sua previsão ocorre apenas por meio da Constituição Federal, enquanto no Uruguai tem a sua presença na Constitución de la República e no Código de Processo Penal, porém em ambos os casos a incidência ocorre de maneira parecida.

A maior questão em torno da presunção de inocência está diretamente vinculada ao devido processo legal, pois conforme mencionado anteriormente, no caso do Uruguai se tem um alto número de encarcerados decorrentes de prisão preventiva, enquanto aguardam o proferimento de uma sentença para que seja decidido o destino do indivíduo.

No Brasil também existem alguns casos de presos sem que haja de fato uma condenação judicial de fato, e que em ambos os países o referido instituto carece de atenção, e por isto tem sido palco de acirradas discussões entre os juristas e com entendimentos recentes acerca dele.

Isto ocorre pois como não se tem uma certeza da culpabilidade do acusado, a inocência deve ser presumida, e por isso em caso de divergências ou se o julgador não se convencer de que o agente de fato cometeu o crime, deverá invocar o *in dubio pro reo*, pois a culpa jamais deve ser presumida.

DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O conceito de contraditório, são desenvolvidos pelo professor Aroldo Plínio Gonçalves em outras passagens da mencionada obra. Entre elas, destacamos:

O contraditório não é apenas a participação dos sujeitos do processo. Sujeitos do processo são o juiz, seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei o exige, e as partes (autor, réu, intervenientes). O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os interessados, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor. (GONÇALVES, 2012, p.120)

O contraditório é a garantia da participação das partes, em simétrica igualdade, no processo, e é garantia das partes porque o jogo das contradições é delas, os interesses divergentes são delas, são elas os interessados e os contra- interessados na expressão de FAZZALARI, enquanto, dentre todos os sujeitos do processo, são os únicos destinatários do provimento final, são os únicos sujeitos do processo que terão os efeitos do provimento atingindo a universalidade de seus direitos, ou seja, interferindo imperativamente em seu patrimônio. O contraditório não é o dizer e o contradizer sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será a sua matéria, o seu conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo. (GONÇALVES, 2014, p. 127)

Neste diapasão, e assegurado a distinção entre contraditório e isonomia, Alexandre Freitas Câmara considera essencial a presença desta, para a configuração de um processo justo, para a própria existência do devido processo legal. Este só estará verdadeiramente assegurado, segundo o autor:

[...] onde os dois conceitos – de contraditório e isonomia – conviverem harmonicamente, tendo as partes do processo não só oportunidade de participação, mas identidade de oportunidades. Em outras palavras, há que se assegurar não só o contraditório, mas um contraditório que, além de efetivo (ou seja, capaz de permitir resultados adequados na formação do provimento jurisdicional), seja também equilibrado, o que se assegura com a igualdade substancial de tratamento deferida às partes. (CÂMARA, 2014, p 53)

Destaca-se que apesar de serem dois princípios comumente estudados, se tratam de questões diferentes. O contraditório preceitua que o acusado quanto a acusação, devem possuir ciência do fato que está sendo imputado e dos atos processuais, bem como deve haver a oportunidade para se defender ou apresentar alegações.

Já a ampla defesa diz respeito a autodefesa e à defesa técnica, ou seja, é relativa ao acusado e o direito que este possui em contestar o que se tem apresentado pela acusação, inclusive por intermédio de um advogado. No caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal, por meio da súmula 523, determinou que a falta de advogado pode gerar a nulidade absoluta, enquanto a ausência de defesa técnica é passível de nulidade relativa.

Apesar de ambos os Estados adotarem os princípios em suas legislações, no caso do Uruguai foi mais recente, que apenas teve uma aplicação devida por meio do Código de Processo Penal de 1997, e por isto até um certo período um pouco mais atual ainda havia algumas discussões a seu respeito, de modo que apenas em 2004 com a Lei 17.773, se teve um saneamento sobre o tema, veja-se:

De modo que esta nueva ley quiere que el defensor del sospechado o indagado este presente desde el cominzo mismo de la indagatoria presumarial, y está debe ser la regla o principio, refrendada por lo que enfáticamente establece el inciso final de este artículo único: “bajo su más seria responsabilidad funcional, los jueces velarán por la igualdad procesal entre fiscales y defensores en esta etapa del proceso. (RESTUCCIA, 2005)

Assim, é possível auferir que tanto o Brasil quanto o Uruguai já possuem uma boa aplicação do contraditório e da ampla defesa, sendo que a principal diferença entre os dois se dá apenas no tempo em que as normas já têm sido utilizadas nas legislações.

Para solucionar este problema, foi aprovado o texto e publicado no Diário Oficial em 25 de maio de 2004 a lei 17.773, que, entre outras providências, garante a presença do advogado desde o começo da instrução penal.

Com a entrada em vigência da lei 17.774 veio como um eficiente “remédio” para este mal que há anos era motivo de discussão entre os estudiosos do Direito Processual Penal no Uruguai. Esta evolução da legislação no que concerne não somente à aplicação do princípio do contraditório como também de outros princípios fundamentais atende não só a este anseio interno que existia, como também às recomendações de tratados e convenções internacionais, tal como a Convenção sobre Direitos Humanos, celebrada em San José de Costa Rica, em 1969, da qual o Uruguai incorporou ao seu ordenamento jurídico através da lei 15.737, de 08 de março de 1985 (PREZA RESTUCCIA, 2005).

DA INICIATIVA DAS PARTES

Este princípio é norteador do sistema penal acusatório, uma vez que determina as partes o dever de impulsionar os atos jurídicos, o juiz não pode julgar além do que é requerido na ação judicial, de modo que está restringido a julgar apenas aquilo que foi alegado pelas partes.

Apesar de haver restrição ao julgador, que não pode impulsionar o processo por conta próprio, em determinados momentos processuais existem exceções por meio das quais o juiz pode agir de ofício, cito o artigo 251 do Código de Processo Penal brasileiro, que prevê que “ao juiz incumbirá promover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo para tal fim, requisitar a força pública”.

Em relação ao Uruguai a Constitución de la República assim preconiza: “Todo juicio criminal empezará por acusación de parte o del acusador público, quedando abolidas las pesquisas secretas”. Ou seja, em regra é cabível apenas ao Ministério Público a iniciativa da ação.

Este tema tem gerado diversos debates, de forma que com o passar dos anos e as consequentes alterações que os Códigos de Processo Penal têm sofrido, algumas mudanças já foram realizadas para que a matéria seja mais bem esclarecida.

DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ

A imparcialidade do juiz é pressuposta de validade do processo, devendo o juiz colocar-se entre as partes e acima delas, sendo esta a primeira condição para que possa o magistrado exercer sua função jurisdicional. É uma garantia de justiça para as partes e, embora não esteja expressa, é uma garantia constitucional.

A imparcialidade conforme já conceituada é considerada condição sine qua non ao legítimo exercício da função jurisdicional, correspondendo à posição de terceiro que o Estado-juiz, ao atuar como órgão supraordenado às partes, deve ocupar no processo. Nesse sentido, Zaffaroni (1995, p.86-91) leciona que:

A jurisdição não existe se não for imparcial. Isto deve ser devidamente esclarecido: não se trata de que a jurisdição possa ou não ser imparcial e se não o for não cumpra eficazmente sua função, mas que sem imparcialidade não há jurisdição. A imparcialidade é a essência da jurisdicionalidade e não seu acidente. [...] Aquele que não se situa como terceiro “supra” ou “inter” partes, não é juiz.

O princípio da imparcialidade desenvolveu-se, tanto no direito interno quando no comparado, junto ao devido processo legal, alcançando a área criminal, cível e administrativa.

O Brasil e Uruguai adotam inteiramente este instrumento, por acreditarem que o juiz não pode expressar a sua vontade pessoal no caso em concreto, atuando como um representante do Estado para que o que se tem previsto na legislação processual penal seja devidamente observada e aplicada, sem interferência de crenças, costumes ou laços que dizem respeito apenas à figura do julgador.

Ressalta-se que quando a lei uruguaia não adotava o sistema acusatório, já havia a previsão da imparcialidade do juiz, enquanto no Brasil existem mecanismos para que seja evitada a parcialidade, por meio do impedimento.

A CULPABILIDADE

A culpabilidade é conceituada como a capacidade do indivíduo de responder pelas consequências decorrentes de seus atos (PRADO, 2007, p. 420), de forma que a aplicação da pena será de acordo com a culpabilidade do agente, dentro da qual se tem os institutos da imputabilidade, da potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Conforme o entendimento de importantes juristas brasileiros, como Jesus, Capez e Mirabete (1999-2014), a culpabilidade não se trata de um elemento em si inserido dentro do conceito de um crime em razão do fato, e sim em razão do agente praticante do delito, sendo um pressuposto de aplicação da pena, para qual já devem estar evidentes as características precedentes supramencionadas, quais sejam a existência de um fato típico e ilícito.

Para o doutrinador Roxin (2009), a culpabilidade possui uma função essencial no conceito do crime, pois é ela quem determinará as funções das penas. Contudo, este importante pensador jurídico inova ao mencionar que a culpabilidade deveria ser apenas uma categoria dentro de outra denominada responsabilidade, uma vez que muito além da pena, é necessária a razão motivadora para o reconhecimento da reprovação, o que determinará se haverá ou não a responsabilização.

Roxin (2009) faz uma proposta diferentemente do que se pensa em relação ao “poder agir de outro modo”, pois para ele é fundamental que se tenha uma compreensão da aplicação da pena em si do que quais as opções do agente. Isso se dá em face de uma preocupação consistente no fato de que não se é necessário punir aquele que não podia evitar o crime, de forma que, segundo ele,

Não há sentido em querer intimidar a coletividade para que não provoque consequências indesejadas; e dispensar um tratamento especial-preventivo a uma pessoa cuja conduta não lhe poder se reprovada é ou desnecessário ou, no caso dos doentes mentais, inalcançável por meio da pena. (ROXIN 2012, p. 68)

A aplicação da culpabilidade dentro do direito penal é de suma importância, uma vez que se não for devidamente analisada, poderá gerar a condenação de um agente a um crime pelo qual não é capaz de responder judicialmente, pois mesmo que se tenham caracterizados o fato típico e ilícito, tem que ser observado se o indivíduo possuía as condições efetivas para prática do delito, conforme se verifica no seguinte trecho:

Praticado um fato típico, não se deve concluir que seu autor cometeu um delito, visto que pode ocorrer uma causa e exclusão da ilicitude. É necessário que seja típico e ilícito. Não é suficiente, porém. Exemplo: um agente cometeu um homicídio, não está acobertado por qualquer justificativa, mas é portador de doença mental. Faltou-lhe a culpabilidade, que é pressuposto para imposição da pena. Pela culpabilidade vamos concluir se aquela pessoa envolvida na prática de um fato típico e ilícito deve ou não suportar uma pena. (RODRIGUES, 2016, p. 2018)

É possível definir a culpabilidade como o juízo de valor sobre o comportamento do agente, bem como o juízo de censura, reprovabilidade, ou valor negativo. Assim ensinam Zaffaroni (1995) e Pierangeli (2004, p. 576-580):

Por definição, ‘culpabilidade’ é um conceito normativo, um juízo de reprovação que se formula ao autor. Em alemão, fala-se de Schuld, que é ‘culpabilidade’ e ‘dívida’. Na própria etimologia do conceito há, claramente, uma ideia de normatividade, que não pode ser eliminada, salvo que se queira eliminar à própria culpabilidade, o que resultará num direito penal de periculosidade, que rejeitamos (...), e que não é seguido pela nossa legislação positiva.

No Código Penal brasileiro, a questão está inserida como um pressuposto de aplicação da pena também pode ser vislumbrada em sua disposição elaborada pelo legislador no artigo 59 do texto vigente, que prevê:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. (...).

Ainda, é necessário apresentar as teorias que norteiam o instituto da culpabilidade para que se possa entender a sua devida aplicação, sendo que a primeira a ser analisada é a Teoria Psicológica desenvolvida por Von Liszt e Beling, que insere o dolo e a culpa como espécies da culpabilidade, sendo estes suficientes para definir a responsabilização do agente pelo delito, e que por isso, apresentou-se falha, como por exemplo dos casos de coação moral irresistível ou de obediência hierárquica.

Outra teoria a ser demonstrada é a Normativa da Culpabilidade ou Teoria Psicológico-Normativa da Culpabilidade, escrita por Reinhard Frank no ano de 1907, que além do dolo e da culpa, acrescenta a imputabilidade e a exigibilidade de conduta. Entretanto, assim como a apresentada anteriormente, ainda é falha em razão de manter o dolo como uma característica, pelos motivos explicitados anteriormente.

Já a Teoria Normativa Pura da Culpabilidade de Nicolai Hatmann, Graf Zu Dohna, Von Weber e Welzel preconiza a teoria finalista da ação, a qual define o dolo e a culpa dentro da tipicidade, que o primeiro elemento do conceito de crime, ou seja, os retirou da análise dentro da culpabilidade.

A partir daí, surgiu a Teoria Limitada, sendo uma modalidade da anterior, e que institui as questões relativa ao erro, que recai sobre os precedentes da excludente da culpabilidade.

No Código Penal brasileiro, o erro de tipo ocorre quando não se tem a noção sobre o elemento constitutivo do tipo legal, de forma que se for inevitável, exclui o dolo e a culpa, mas se for algo evitável o indivíduo responderá na modalidade culposa caso seja prevista na lei.

Já o erro de proibição é considerado como aquele em que o agente pratica o fato sem saber que está cometendo um ato ilícito, sendo que será mantido o dolo, de forma que se for evitável a prática, apenas se tem uma atenuação da pena em 1/6 a 1/3, enquanto se for inevitável, ocorre a exclusão da culpabilidade.

Atualmente, esta é a teoria adotada na legislação penal brasileira, sendo que em síntese, o erro de tipo é quando se tem a figurada da tipicidade, ou seja, a situação do fato, e o erro de proibição diz respeito à ilicitude do ato.

Por fim, se tem a Teoria Estrita, Extrema ou Extremada, que também é derivada da Teoria Normativa Pura da Culpabilidade, segundo a qual todo erro é considerado como de proibição, sendo que não há a possibilidade de o agente responder por crime culposos, de forma que se o fato for escusável, se tem a exclusão da culpabilidade, e se for inescusável responderá na modalidade dolosa.

A imputabilidade diz respeito ao potencial de atribuição da pena, sendo considerado imputável o indivíduo que possui desenvolvimento mental completo, sendo capaz de entender o caráter ilícito e de se determinar com esse entendimento, de maneira que ele possa ser considerado culpado, sendo esta considerada como uma regra.

Entretanto, tem as chamadas excludentes de imputabilidade, conhecidas também como causas de inimputabilidade, sendo estas: doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado e a embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior.

A doença mental pode ser entendida como aquela classificada como psicose maníaco depressiva ou transtorno bipolar do humor, epilepsia demência senil ou até mesmo esquizofrenia. Já o desenvolvimento mental incompleto se dá em face daqueles que não são aptos para viver amplamente civilmente, ou seja, que são passíveis de se desenvolver completamente em algum momento, como ocorre no caso da menoridade penal, enquanto o desenvolvimento mental retardado está caracterizado quando o agente possui alguma deficiência que o impede de entender o caráter ilícito da ação.

Para o jurista Ney Moura Teles também escreveu sobre algumas classificações daqueles que seriam considerados como doentes mentais quais sejam:

São doenças mentais as enfermidades que alteram as funções intelectuais e volitivas do indivíduo, entre outras, 'as psicoses (orgânicas, tóxicas, funcionais, como paralisia geral progressiva, demência senil, sífilis cerebral, arteriosclerose cerebral, psicose maníaco depressiva etc.), esquizofrenia, loucura, histeria, paranoia, etc.'. Divergem os tribunais acerca de a epilepsia ser ou não doença mental. (TELES, 2004, p. 279)

Teles ainda ressalta que quando for verificada a inimputabilidade, deverá o juiz aplicar alguma medida de segurança conforme previsão da legislação penal, podendo ser uma internação em um hospital de custódia, recebendo o devido atendimento psiquiátrico ou um simples atendimento ambulatorial.

No que diz respeito às doenças mentais, lecionou o doutrinador Greco (2015, p. 449-454) acerca dos deficientes surdos e mudos:

Sob o título do desenvolvimento mental incompleto ou retardado se agrupam, ainda nas lições de Hungria, 'não só os deficitários congênicos do desenvolvimento psíquico ou oligofrênicos (idiotas, imbecis, débeis mentais), como os que são por carência de certos sentidos (surdos-mudos) e até mesmo os silvícolas inadaptados'. Abrindo um parêntese nas precisas lições do mestre, é preciso ressaltar que os surdos-mudos, nos dias de hoje, como regra, têm uma vida basicamente igual à daqueles que não possuem a deficiência da surdo-mudez. A possibilidade de entender e fazer-se entender já não permite alocar os surdos-mudos na categoria das pessoas com desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Em alguns casos, pode acontecer de o agente propositalmente causar a inimputabilidade.

Entretanto, quando se tem algum caso em que o agente era imputável, e utilizou de algum mecanismo para perder tal característica, não é possível aplicar a excludente da culpabilidade, uma vez que seja por dolo ou culpa, este realizou o ato voluntariamente, de forma que possuía pleno entendimento de consciência de seus atos, pois já sabia da possibilidade da prática do crime.

No caso da embriaguez, esta pode ser partilhada em três fases, a primeira é a euforia, quando a pessoa está "alegre", já a segunda é a agitação, quando se tem uma certa agressividade ou nervosismo, enquanto a terceira é o coma, quando o agente é acometido por sono.

A embriaguez quando for não acidental, ocorre de maneira voluntária e culposa, será passível de punição, aplicando-se aqui a *actio libera in causa*. Porém, se for acidental completa quando se tem caso fortuito ou força maior. Já se a embriaguez for acidental, mas é incompleta, quando o agente ainda estava na primeira fase (euforia), é entendido como se ele era capaz de perceber o caráter ilícito do ato, tem apenas uma redução da pena, em razão de não ser voluntariamente.

Ainda se tem a embriaguez pré-ordenada, vislumbrada quando o indivíduo faz o uso da bebida alcoólica para que possua coragem de praticar o crime, o que é considerado como uma agravante em razão da vontade do agente, e ainda fazer o uso da substância para prática do ato. Também pode acontecer de a embriaguez ser patológica. Nestes casos, se terá uma redução da pena, por ser uma patologia.

Isto posto, afere-se que o único caso em que ocorrerá a exclusão da imputabilidade, será quando a embriaguez for acidental e completa, de forma que nos demais casos será considerado culpado, mesmo que haja uma redução da pena.

Outra causa de inimputabilidade é a menoridade penal, tratando-se de um caráter biológico quando o indivíduo ainda não possui 18 anos de idade completos. Neste caso, no Brasil, o menor não responderá de acordo com as normas do Código Penal, e sim em consonância à Lei nº 8.069/1990, qual seja o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Aqui não se tem a figura da “pena” a ser aplicada em si, e sim é utilizada uma sanção ou medida socioeducativa, de forma que o menor não comete crime, mas um ato infracional, bem como não é preso, porém apenas apreendido. Ressalta-se que no caso dos inimputáveis, não se tem sentença condenatória, justamente em razão da ausência de culpabilidade, de forma que será sempre absolutória.

Por fim, é importante mencionar que o legislador se atentou em salientar acerca da emoção, que é algo mais passageira, e da paixão, que é mais duradoura. Em ambos os casos, mesmo que o agente tenha praticado o delito sob efeito destas, não há o que se falar em excludente de imputabilidade, nem mesmo de redução de pena, uma vez que não se trata de uma patologia e não retardam o desenvolvimento mental, de maneira que o indivíduo é inteiramente capaz de entender o caráter ilícito da ação ou omissão.

Assim leciona Nucci (2015) acerca da emoção:

Embora a lei não estabeleça distinção, existem dois tipos de emoções: a) astênicas: são as emoções resultantes daquele que sofre de debilidade orgânica, gerando situações de medo, desespero, pavor; b) estênica: são as emoções decorrentes da pessoa que é vigorosa, forte e ativa, provocando situações de cólera, irritação, destempero, ira. Há situações fronteiriças, ou seja, um estado surge do outro.

Neste diapasão, se tem o importante conceito do jurista Capez (2015), que aborda os conceitos da semi-imputabilidade ou responsabilidade diminuída, conforme se vê:

Na verdade, o agente é imputável e responsável por ter alguma noção do que faz, mas sua responsabilidade é reduzida em virtude de ter agido com culpabilidade diminuída em consequência das suas condições pessoais. Consequência jurídica da semi-imputabilidade: não exclui a imputabilidade, de modo que o agente será condenado pelo fato típico e ilícito que cometeu. Constatada a redução na capacidade de compreensão ou vontade, o juiz terá duas opções: reduzir a pena de 1/3 a 2/3 ou impor medida de segurança (mesmo aí a sentença continuará sendo condenatória).

Já o segundo elemento da culpabilidade, e o potencial da consciência da ilicitude, e a maneira que está totalmente presente e que é conceituado pela Teoria Limitada.

O terceiro e último elemento da culpabilidade é a exigibilidade de conduta diversa, que é quando o agente possuía capacidade para agir diferentemente do modo em que agiu na prática do delito.

A primeira hipótese é quando se tem configurada uma grave ameaça compulsiva para que faça ou deixe de fazer algo considerado crime. Neste caso, aquele que houver realizado a coação será punido como se tivesse sido o autor do crime.

No caso de a coação ser resistível, não haverá a exclusão da culpabilidade, e sim uma atenuação da pena, pois neste caso ainda havia uma chance de o crime não ser praticado.

Ainda se tem a coação física irresistível, quando se tem a utilização de força física para que alguém cometa o crime, neste caso se tem a exclusão da tipicidade, e não

da culpabilidade em si, de tal forma que o fato será considerado atípico em relação ao agente, e o coator será configurado como o executor mediato do delito, sofrendo ainda um agravamento em sua pena dada a coação.

Já a segunda hipótese, que é a obediência hierárquica à ordem não manifestamente ilegal possui dois requisitos, que a ordem não seja manifestamente ilegal, de forma que o subordinado pratica o fato imaginando que está agindo de acordo com a legislação, e que seja um funcionário público, o que afasta as demais ordens hierárquicas da sociedade.

Entretanto, se o subordinado não souber que está praticando ato ilegal, sua culpabilidade será totalmente excluída, e apenas o superior responderá pelo crime. Ressalta-se que se a prática do delito fosse evitável, ou seja, o agente possuía condições de saber tal informação, mas simplesmente supôs que o fato era legal, haverá apenas uma diminuição da pena em razão do erro de proibição.

Sobre este tema, lecionou o ilustre jurista Jesus (2007):

A aplicação da teoria da inexigibilidade de conduta diversa como causa suprallegal de exclusão da culpabilidade encontra apoio na integração da lei penal. Vimos que o Direito Penal positivo possui lacunas. Havendo omissão legislativa no conjunto das normas penais não incriminadoras, e não havendo o obstáculo do princípio de reserva legal, a falha pode ser suprida pelos processos determinados pelo art. 4º da LINDB: a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Se o caso é de inexigibilidade de conduta diversa e não encontrando o juiz norma a respeito no direito positivo, pode lançar mão da analogia para absolver o agente.

Isto posto, afirma-se que se o agente for imputável, ele será considerado culpável se estiverem presentes a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, de tal forma que se não houver um ou ambos, a culpabilidade será excluída, e, mesmo que o fato seja típico e ilícito, não poderá ser imposta uma pena àquele que houver cometido o crime.

Salienta-se também que no caso de uma pessoa imputável e culpável, se houver a vontade de cometer o delito, restará averiguada a responsabilidade subjetiva, que é quando se tem a realização do fato de maneira voluntária consciente direcionada a um fim, se tendo uma antecipação mental do resultado pretendido e da escolha de como se dará a prática do ato.

Destarte, se tem o afastamento da responsabilidade penal objetiva, que é aquela que se dá em face do resultado, uma vez que não se pode ser atribuído a alguém um fato que não tenha o produzido por dolo ou culpa, e por isso não pode ser culpada, estando demonstrado que não se tem a culpabilidade necessária para imposição da pena.

No Uruguai, o Código Penal elenca expressamente o que seria a culpabilidade, dispondo em seu artigo 18:

Artículo 18. Nadie puede ser castigado por un hecho que la ley prevé como delito, si no es intencional, ultraintencional o culposo, cometido además com conciencia y voluntad. El hecho se considera intencional, cuando el resultado se ajusta a la intención; ultraintencional cuando el resultado excede de la intención, siempre que tal resultado haya podido ser previsto; culpable, cuando com motivo de ejecutar un hecho, en sí mismo jurídicamente indiferente, se deriva un resultado que, pudiendo ser previsto, no lo fue, por imprudencia, impericia, negligencia o violación de leyes o reglamentos. El resultado que no se quiso, pero que se previó, se considera inten-

cional; el daño que se previó como imposible se considera culpable. En ningún caso podrá castigarse por un resultado antijurídico, distinto o más grave que el querido, que no haya podido ser previsto por el agente.

Nos termos da legislação uruguaia, vislumbra-se que não estará configurada a culpabilidade quando não houver intenção, for ultra intencional ou ainda culpável, mesmo que cometido com consciência e vontade, de forma que é considerado como intencional quando o resultado obtido com a prática do crime é aquele que autor objetivava no momento da ação ou omissão.

Deste modo, conclui-se que o instituto da culpabilidade tanto no Brasil, quanto no Uruguai, é devidamente abordado de forma que não haja condenações injustas apenas em razão da existência de um fato típico e ilícito. Isto demonstra uma preocupação do Direito em analisar não apenas um caráter objetivo do crime.

IMPUTAÇÃO OBJETIVA DO CRIME

O ponto fundamental da teoria de Roxin é o bem jurídico. Destaca o ilustre professor que “[...] o Direito Penal deve proteger somente bens jurídicos concretos, e não convicções políticas ou morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas do mundo ou simples sentimentos. [...]” (ROXIN, 2009, p. 12).

O doutrinador afirma ainda que a proteção dos bens jurídicos é função do Direito Penal e sustenta a teoria do injusto. Expõe Roxin (2009, p. 43) que:

[...] a teoria da imputação objetiva se encontra enlaçada diretamente com o princípio da proteção de bens jurídicos, e que dita teoria fixa a medida da proteção mediante um sutil conjunto de regras, racionalmente convincentes, circunscritas ao social, e politicamente necessárias.

E conclui:

[...] a proteção de bens jurídicos não só governa a tarefa político-criminal do Direito Penal, mas também a sistemática da teoria do injusto. O Direito Penal protege, no marco do alcance de seus tipos penais, os bens jurídicos frente aos riscos não permitidos. Por isso, a proteção de bens jurídicos e a teoria da imputação objetiva são componentes irrenunciáveis num processo social de ponderação da matéria correspondente à proibição. [...] (ROXIN, 2009, p. 61)

A “imputação objetiva significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um relevante risco juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico [...]” (JESUS, 2007, p. 34). E, sobre o assunto, alerta Jesus (2007, p. 34):

Trata-se de um dos mais antigos problemas do Direito Penal, qual seja, a determinação de quando a lesão de um interesse jurídico pode ser considerada “obra” de uma pessoa. Na verdade, cuida-se de uma teoria com missão de restringir a atribuição da imputação, delimitando-se as fronteiras entre o penalmente permitido e o proibido.

Com relação a conduta destaca que nem todas as atitudes são relevantes para o Direito Penal, já que aquelas que são desprovidas de voluntariedade, de dolo e culpa – conduta vazia, não têm valor para o Direito Penal. Existem diferentes teorias que foram construídas para explicar a conduta.

A teoria causalista considera a conduta um processo mecânico sem analisar à vontade, a finalidade buscada pelo agente. A análise do dolo e da culpa era deixada para um momento posterior, o da culpabilidade, que fazia parte do conceito de crime.

Na teoria finalista da ação toda conduta se move para uma finalidade, e o dolo e culpa estão na conduta, que é um elemento do fato típico. Se tem uma avaliação do que o sujeito deseja, ter a definição do que a pessoa quer, para dar a definição jurídica do crime.

Além de atuar com dolo ou culpa, o agente pode praticar a infração penal, fazendo ou deixando de fazer algo a que estava obrigado. Já a teoria da ação social, que possui um olhar para a sociedade, é diferente do princípio da adequação social, em que se olha para o autor do crime.

De acordo com a teoria do Funcionalismo Moderado, defendida por Claus Roxin, a conduta aparece como comportamento humano voluntário, causador de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Por sua vez, a teoria do Funcionalismo Radical, defendida por Günther Jakobs, afirma que a conduta é um comportamento humano voluntário causador de um resultado evitável, violador do sistema, que frustra as expectativas normativas.

A conduta pode se exteriorizar por ação ou por omissão. A ação consiste em um movimento corporal exterior. Relaciona-se com a maioria dos delitos, por meio de uma norma proibitiva. Sendo a conduta de não fazer aquilo que podia e devia ser feito em termos jurídicos, e se refere às normas preceptivas. A omissão pode ser definida tanto quando o agente nada faz, bem como quando faz algo diferente daquilo que lhe impunha o dever jurídico de agir.

No que diz respeito a exclusão da conduta, extrai-se quatro possibilidades apontadas pela legislação e pela doutrina, das quais a primeira é o caso fortuito e a força maior, que são os acontecimentos imprevisíveis e inevitáveis, que fogem do domínio da vontade do ser humano. E, se não há vontade, não há dolo nem culpa.

A segunda hipótese são os atos ou movimentos reflexos: consistem em reação motora ou secretora em consequência de uma excitação dos sentidos. O movimento corpóreo não se deve ao elemento volitivo, e sim ao fisiológico. Ausente à vontade, estará ausente também a conduta. Os atos reflexos não se confundem com as ações em curto-circuito, derivadas dos atos impulsivos fundamentados em emoções ou paixões violentas. Nesses casos há o elemento volitivo que estimula a conduta criminosa.

Já a terceira possibilidade é o da coação física irresistível, também chamada de via absoluta, ocorre quando o coagido não tem liberdade para agir, não lhe restando nenhuma outra opção, a não ser praticar um ato em conformidade com a vontade do coator.

Em suma, enquanto a coação física irresistível exclui a conduta e, portanto, o fato típico, a coação moral irresistível funciona como causa excludente da culpabilidade, em face da inexigibilidade de conduta diversa.

Por último, a quarta possibilidade é a do sonambulismo e da hipnose, quando também não há conduta, por falta de vontade nos comportamentos praticados em completo estado de inconsciência.

Da conduta podem advir dois resultados, o naturalístico e o normativo.

Resultado jurídico, ou normativo, é a lesão ou exposição a perigo de lesão do bem jurídico protegido pela lei penal. É a violação da lei penal, mediante a agressão do valor ou interesse por ela tutelado. Já o resultado naturalístico, ou material, é a modificação do mundo exterior provocada pela conduta do agente, podendo estar presente somente nos crimes materiais consumados. Se crime for tentado, ainda que material, não haverá resultado naturalístico.

Nos crimes formais, ainda que possível sua ocorrência, é dispensável o resultado naturalístico, enquanto nos crimes de mera conduta ou de simples atividade jamais se produzirá tal espécie de resultado. Em síntese, todo crime tem resultado jurídico, embora não se possa apresentar igual afirmativa em relação ao resultado naturalístico.

Como bem sintetiza Luís Greco, a análise do tipo, para a “doutrina da primeira metade do século XX” (doutrina clássica), leva em conta somente o desvalor do resultado. Os finalistas, por sua vez, incrementaram a percepção do tipo ao analisar também o desvalor da ação, muito embora este desvalor estivesse restrito à finalidade. O que diferencia a teoria da imputação objetiva é que ela tem o mérito de complementar ambas as dimensões de desvalor com novos aspectos.

O desvalor da ação, até então subjetivo, mera finalidade, adquire uma face objetiva: a criação de um risco juridicamente proibido. Somente ações intoleravelmente perigosas são desvalorizadas pelo direito. Ao desvalor do resultado também se soma uma nova percepção: nem toda causação de lesão a bem jurídico referida a uma finalidade é desvalorizada; apenas o será a causação em que haja a realização, no resultado, do risco criado pelo autor.

Claus Roxin, em 1970, no ensaio Reflexões sobre a problemática da imputação no direito penal, abordou sobre a moderna teoria da imputação objetiva. Em uma perspectiva clássica, o tipo penal apresentava apenas aspectos objetivos, representados na relação de causalidade. Considerava-se realizado o tipo toda vez que alguém causava o resultado nele previsto, de acordo com a teoria da equivalência dos antecedentes.

A causalidade gerava, assim, o problema do *regressus ad infinitum*, cuja restrição só podia ser efetuada no âmbito da ilicitude. Para resolver esse problema, o sistema finalista conferiu ao tipo penal também uma feição subjetiva, com a inclusão na conduta do dolo e da culpa.

Para a teoria clássica, isso se daria pela ausência de culpabilidade, enquanto para a teoria finalista, porque o fato é atípico. Para os adeptos da teoria da imputação objetiva, contudo, o sistema finalista, ao limitar o tipo objetivo à relação de causalidade, de acordo com a teoria da equivalência dos antecedentes, não resolve todos os problemas inerentes à imputação.

Com a adoção da teoria da imputação objetiva, a relação de causalidade somente estaria caracterizada quando ultrapassadas três etapas: teoria da equivalência dos antecedentes; imputação objetiva; e dolo ou culpa (causalidade psíquica).

Na teoria da imputação objetiva existem diversos critérios para que seja imputado um determinado resultado ao agente, dentre esses critérios estão o da diminuição do risco, o risco permitido, o aumento do risco permitido, alteração do risco e o princípio da confiança.

De acordo com Greco (2008), a imputação objetiva enuncia o conjunto de pressupostos genéricos que fazem a causação ser objetivamente típica, e estes pressupostos são a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado. Assim, de acordo com a teoria, não basta a relação de causalidade para imputação do resultado, devendo estar presentes 3 elementos, sendo eles a criação ou o aumento de um risco; o risco criado deve ser proibido pelo Direito, e o risco foi realizado no resultado.

Primeiramente, a criação ou o aumento de um risco ocorre em face da sua função de proteção de bens jurídicos, o Direito Penal deveria limitar-se a proibir ações perigosas, que coloquem em risco esses mesmos bens.

Por outro lado, afirma-se não haver ação perigosa quando o risco for juridicamente irrelevante ou quando há diminuição do risco, avaliado antes da ação pelo agente – como no exemplo de Roxin: quem convence o ladrão a furtar não um mil, mas somente cem marcos alemães, não é punível por participação no furto, pois sua conduta não elevou, mas diminuiu o risco de lesão.

O elemento risco criado deve ser proibido pelo Direito, segundo o qual nem toda ação perigosa é proibida pelo Direito. Deve-se fazer uma ponderação entre a necessidade de proteção de determinado bem jurídico e o interesse geral de liberdade.

Veja-se que, pela teoria finalista, na lesão provocada em uma luta de boxe haveria uma causa de justificação (exclusão da ilicitude), enquanto para a imputação objetiva o fato é atípico, por se tratar de risco permitido. Como esclarece Günther (2000, p.38):

Um comportamento que gera um risco permitido é considerado socialmente normal, não porque no caso concreto esteja tolerado em virtude do contexto em que se encontra, mas porque nessa configuração é aceito de modo natural. Portanto, os comportamentos que criam riscos permitidos não são comportamentos que devam ser justificados, mas que não realizam tipo algum.

Dentro do conceito de risco permitido se insere o princípio da confiança, de acordo com o qual não prática conduta típica quem, agindo de acordo com as regras legais, se envolve em situação em que terceiro, descumprindo com o seu dever de cuidado, permite a produção do resultado.

Salienta-se acerca das causas de exclusão do risco proibido o comportamento exclusivo da vítima, que se coloca em perigo; as contribuições socialmente neutras; os comportamentos socialmente adequados; e a proibição de regresso. Pela proibição de regresso, não haveria criação de um risco proibido nos casos em que a ação não dolosa de alguém precedesse a ação dolosa de um terceiro. Assim, aquele que esquece a sua arma, que vem a ser encontrada por outrem posteriormente e utilizada para a prática de um crime de homicídio, não seria responsabilizado.

Por fim, o último elemento é o risco foi realizado no resultado, que preceitua que a norma de proibição visa evitar que um certo bem jurídico seja afetado de uma determinada maneira.

Com o mesmo fundamento, aponta-se ainda a hipótese do aumento do risco pelo comportamento proibido, em comparação com o comportamento hipotético correto.

Tanto na realização do risco como no seu aumento, há exclusão da imputação nos seguintes casos: na lesão ou curso causal sem relação com o risco proibido; nos danos tardios, relacionados à lesão anterior causada ao bem jurídico; nos danos causados a outrem, resultantes de choque causado pelo fato criminoso praticado; nas ações perigosas de salvamento; e no comportamento indevido posterior de um terceiro.

Ademais, a imputação objetiva corresponde a uma teoria que significa a atribuição de uma conduta ou de um resultado normativo a quem realizou um comportamento criador de um risco juridicamente proibido.

Jesus (2007) assevera que a teoria da imputação objetiva gera diversas consequências e importam uma verdadeira revolução no Direito Penal, especialmente no terreno da tipicidade.

A tipicidade é o enquadramento legal dado à conduta, corresponde a um elemento do fato típico, sendo que se divide em formal e material.

A Tipicidade formal é o juízo de subsunção entre a conduta praticada pelo agente no mundo real e o modelo descrito pelo tipo penal. É a operação pela qual se analisa se o fato praticado pelo agente encontra correspondência em uma conduta prevista em lei como crime ou contravenção penal.

De seu turno, tipicidade material (ou substancial) é a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado em razão da prática da conduta legalmente descrita. A tipicidade material relaciona-se intimamente com o princípio da ofensividade (ou lesividade) do Direito Penal, pois nem todas as condutas que se encaixam nos modelos abstratos e sintéticos de crimes (tipicidade formal) acarretam dano ou perigo ao bem jurídico.

É o que se dá, a título ilustrativo, nas hipóteses de incidência do princípio da insignificância, nas quais, nada obstante a tipicidade formal, não se verifica a tipicidade material. A presença simultânea da tipicidade formal e da tipicidade material caracteriza a tipicidade penal.

Portanto, é possível concluir que a proposta dos defensores da teoria da imputação objetiva é a inclusão de novas elementares no tipo objetivo, criando-se o conceito de causalidade normativa, em oposição à causalidade natural presente na teoria finalista. Consequentemente, algumas vozes sustentam a íntima relação, no campo da causalidade, da teoria da imputação objetiva com as regras da física quântica.

Não basta a mera relação de causa e efeito entre conduta e resultado naturalístico. Fala-se, por essa razão, em “direito penal quântico”. A inclusão de tais elementos visa resolver, no âmbito do fato típico, certos casos que para as demais teorias seriam solucionados em outros aspectos, como a ilicitude e a culpabilidade.

Rogério Greco faz uma compilação de conclusões acerca da teoria em análise, segundo as quais a imputação objetiva é uma análise que antecede à imputação subjetiva podendo dizer respeito ao resultado ou ao comportamento do agente. Ademais, aborda o

fato de que a expressão mais apropriada seria teoria da não imputação, uma vez que a teoria visa, com as suas vertentes, evitar a imputação objetiva do tipo penal a alguém.

O jurista ainda defende que a teoria da imputação foi criada, inicialmente, para se contrapor aos dogmas da teoria da equivalência, erigindo uma relação de causalidade jurídica ou normativa, ao lado daquela outra de natureza material, elucidando ainda que uma vez concluída pela não imputação objetiva, afasta-se o fato típico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidencia-se que esta pesquisa teve como intuito inicial, 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.

Quando se faz um estudo sobre as leis de um país o que se tem como objeto são as regras impostas pelo Estado à sua sociedade, visando à garantia da ordem e seu desenvolvimento. É natural que Estados com aspectos socioeconômicos, históricos e culturais diferentes também tenham leis de natureza distinta.

O estudo comparativo seguiu uma linha metodológica adequada aos dois cenários, quais sejam Uruguai e Brasil.

A pesquisa percorreu caminhos do processo penal do Uruguai, momento em que foram feitos destaques importantes.

Assim sendo, compreende-se 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 que se refere os princípios, foram analisados e evidenciados os principais e mais importantes para a história de cada país, analisando o contexto normativo, social e político, dando ênfase ao princípio do devido processo legal, ao princípio da presunção de inocência, princípio do contraditório e da ampla defesa, da iniciativa das partes, princípio da imparcialidade do juiz, princípio do in *dúbio pro réu*, realizando por conseguinte, uma análise do panorama do novo processo penal uruguaio, como marco normativo do país. Em seguida, foram trabalhados temas relacionados a aplicação do direito penal, tanto no Brasil, como no Uruguai, dando destaque as duas realidades.

Foram mencionados conceitos e interpretações sobre a culpabilidade, sobre a imputação objetiva do crime.

Assim sendo, verifica-se que a presente pesquisa conseguiu perfazer todas as especificidades do que foi proposto, fazendo uma abrangente reflexão contributiva para o direito do Uruguai e do Brasil.

REFERÊNCIAS

PEDRA, Ricardo Moglia. Processo penal brasileiro e uruguaio: mesmos princípios, diferentes formas de incidência. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4175, 6 dez. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/30986>. Acesso em: 15 mar. 2022.

- CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 14. ed. rev. e atu. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. I, 2006.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Volume 3, 2ª edição. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2004.
- GRECO, Luís. Estudos de direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- GRECO, Rogério: 2015, p. 449, 450, 453 e 454.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica Processual e Teoria do Processo, p. 115.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica Processual e Teoria do Processo, p. 120
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica Processual e Teoria do Processo. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- JESUS, Damásio de. de. Imputação objetiva. 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal, Vol 3. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2001.
- NUCCI, G. S. Direito Penal – parte geral \ Guilherme de Souza Nucci – 7 Ed. – Rio de Janeiro – Ed. Forense, 2018.
- Renato Brasileiro de Lima, em sua obra Manual de Processo Penal: Volume 1 (2018).
- Renato Brasileiro de Lima, em sua obra Manual de Processo Penal: Volume 1 (2018). LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal, volume 1. Impetus. Niterói: 2012. p. 11.
- Renato Brasileiro de Lima, em sua obra Manual de Processo Penal: Volume 1 (2018). LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit. p. 13.
- RODRIGUES, Roberto; ABRÃO, Livia: 2016, p. 218;
- ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal, org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli – 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- ROXIN, Claus: 2012, p. 68
- SILVA, R. F. P. A execução provisória em condenações no Tribunal do Júri. (2020). Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/318617/a-execucao-provisoria-em-condenacoes-no-tribunal-do-juri>. Acesso em: 18 jun. 2021
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder judiciário: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique: 2004, p. 576, 577, 578 e 580
- PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007(PRADO: 2007, p. 420).
- RESTUCCIA, Dardo Preza, El Processo Penal Uruguaio. 2º Ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005.

REVISTA JUS NAVIGANDI, Processo penal brasileiro e uruguaio: mesmos princípios, diferentes formas de incidência, publicado em 06/12/2014. Autor Ricardo Moglia Pedra.

TELES, Ney Moura: 2004, p. 279.

Breves apontamentos acerca do Instituto do Refúgio

Robério Gomes dos Santos

Acadêmico de Direito, Centro Universitário Vale do Salgado (UNIVS)

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8413222910151719>

Antônia Gabrielly Araújo dos Santos

Mestre em Desenvolvimento Regional Sustentável (UFCA), Docente do curso de direito no Centro Universitário Vale do Salgado (UNIVS) e Universidade Regional do Cariri (URCA) Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0808270205480899>

RESUMO

A problemática acerca do refúgio tem ganhado cada vez mais interesse da sociedade, em razão dos conflitos existentes no mundo atual, como a Guerra da Síria, a Guerra da Ucrânia, dentre outros, os quais têm gerado crises de refugiados em várias regiões do planeta. Tal problemática ainda é imersa por muito desconhecimento a respeito do seu conceito por parte da população, sendo confundido com outros tipos de migrações. Ante este contexto, o presente trabalho visa fazer breves apontamentos acerca do instituto do refúgio. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica de artigos, doutrinas, dissertação de mestrado, que tratam sobre refugiados e temas correlatos ao refúgio. Foi utilizada a abordagem de pesquisa exploratória, descritiva e qualitativa. Conclui-se que o refugiado é aquele sujeito que sofre perseguição em razão da religião, raça, nacionalidade, questões políticas e pertencimento a grupo social; a questão do refúgio remonta a milhares de anos na história da humanidade, tendo se dado a criação do instituto do refúgio em meados de 1920, tendo ganhado importância, especialmente no contexto da Segunda Guerra Mundial; por último pode-se perceber que a problemática das migrações na atualidade é complexa, existindo outros grupos de sujeitos no contexto migratório, para além do refúgio e do asilo, como os migrantes econômicos, os apátridas, os deslocados internos, os migrantes ambientais, vítimas de tráfico de pessoas, grupos estes que necessitam também de proteção.

Palavras-chave: instituto do refúgio. migrações. refugiados.

INTRODUÇÃO

A problemática acerca do refúgio tem ganhado cada vez mais interesse da sociedade, em razão dos conflitos existentes no mundo atual, como a Guerra da Síria, a Guerra da Ucrânia, dentre outros, os quais têm gerado crises de refugiados em várias regiões do planeta. Tal problemática ainda é imersa por muito desconhecimento a respeito do seu conceito por parte da população, sendo confundido com outros tipos de migrações.

Ante este contexto, o presente trabalho visa fazer breves apontamentos acerca do instituto do refúgio, no qual apresentamos uma rápida retrospectiva histórica sobre o assunto, bem como, discutimos



alguns conceitos sobre refúgio, migração, emigração, migração, asilo, fazendo suas diferenciações, dentre outras questões.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica de artigos, doutrinas, dissertação de mestrado, que tratam sobre refugiados e temas correlatos ao refúgio. Utiliza-se a abordagem de pesquisa exploratória, descritiva e qualitativa (GIL, 2019).

DESENVOLVIMENTO

De acordo com Barreto Júnior e Silva (2018), a problemática acerca do refúgio não é um assunto novo, remonta a milhares de anos na história da humanidade, onde já tínhamos relatos de pessoas na antiguidade, que saiam de seu local de origem em decorrência de problemas de ordem alimentar, social, religiosa e etc. Ao longo do tempo, foram surgindo novas motivações para refugiar, como a perseguição política, por exemplo.

O instituto do refúgio surge nos anos de 1920, no contexto da Liga das Nações, órgão que é anterior ao nascimento da Organização das Nações Unidas (ONU), nesta época verificamos que houve um aumento expressivo de indivíduos fugindo do território da então União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (1922-1991), após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918). Este instituto visava proteger as pessoas que estavam indefesas pelo seu país de origem, com a violação de direitos humanos. Com o passar dos anos foi se desenvolvendo um instituto mais abrangente quanto a definição de refugiados, possibilitando a milhões de pessoas pelo mundo a proteção necessária para sua vida e a da sua família, por meio de um rol de direitos, em diversos documentos jurídicos (ALVES, 2019).

Sendo assim, por muito tempo imaginou-se que a questão dos refugiados era um problema temporário, que não deveria ser dada grande relevância, que seria passageiro. No entanto, com o passar do tempo observou-se que tal pensamento estava equivocado, pois a problemática do refúgio não se encerrou, o que fez com que cada vez mais fossem aumentando as assistências para esta população, o que suscitou a criação de legislações para protegê-los de maneira mais eficaz em todo o mundo (ALVES, 2021).

Em 1950 é criado o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), com intuito de cuidar dos refugiados que surgem em decorrência da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), e que se encontravam totalmente desprotegidos de seu país de origem, ante a crise humanitária dos sobreviventes deste conflito, sem ter um lugar para viver, dependendo de ajuda dos demais países, tendo esta instituição a responsabilidade de fiscalizar as legislações sobre refugiados, bem como de interpretá-las e efetivamente aplicar tais legislações na defesa das pessoas que estão correndo risco de vida em seu país (FREITAS; FELIX, 2019).

Deste modo, a questão dos refugiados ganha importância maior em decorrência dos anos sangrentos deste conflito, que ceifou a vida de milhões de pessoas, e deixou outros milhões de sobreviventes, que testemunharam as barbaridades deste conflito, que mancha a história da humanidade e mostra o quanto os interesses perversos de alguns seres humanos pelo poder podem destruir a vida de muitas famílias, traumatizando diversas nações para sempre (MOREIRA; BORBA, 2020).

Para Santos, Calsing e Silva (2017), para que possamos compreender todo o contexto histórico do instituto do refúgio, faz-se necessário primeiro distinguir os conceitos de migração, emigração, imigração e refugiados. Isto posto, migração é a saída da pessoa de seu local de moradia, onde habitualmente vive para outro lugar, seja uma cidade, uma região ou um país; já a emigração ocorre quando indivíduos ou grupos de pessoas deixam seu país de origem, por sua vez, a imigração, se refere aquele que entra em um país que não o seu de origem; e por último, o refugiado que é aquele que migra em função de perseguições motivadas pela religião, raça, nacionalidade, questões políticas e grupo social, deixando seu país ou região de origem por correr risco de vida.

Existem diferenças com relação aos migrantes forçados e os voluntários. Enquanto os migrantes forçados são aqueles que decidem migrar motivados por condições de insegurança, violência, perseguição, risco de vida, dentre outras, tendo aí uma força externa a sua vontade, a migração voluntária, por sua vez, decorre da livre escolha dos sujeitos, em sair de seu lugar para ir a outro, sem que neste fato haja qualquer coerção externa para tal, como ocorre na migração forçada (PAULA *et al.*, 2019).

Assevera Bitar (2022) que no contexto prático os migrantes acabam por não se enquadrar exclusivamente em uma única classificação, haja vista, que estas classificações não são suficientes para responder a complexidade do movimento migratório, o qual está imerso de muitas questões, escolhas, para além da vontade do sujeito.

Quanto mais, é cabível estabelecermos a diferença entre o refúgio e o asilo. Cabendo pontuar desde já, que ambos são institutos que visam a proteção da pessoa humana sob perseguição, sendo o asilo gênero, do qual o refúgio é espécie (SANTOS; CALSING; SILVA, 2017).

Segundo Rezek (2022), o asilo é conceituado como:

(...) o acolhimento, pelo Estado, de estrangeiro perseguido alhures – geralmente, mas não necessariamente, em seu próprio país patrial – por causa de dissidência política, de delitos de opinião, ou por crimes que relacionados com a segurança do Estado, não configuram quebra do direito penal comum (REZEK, 2022, p.214-125).

Desta forma, o asilo é um instituto que tem o intuito de proteger os estrangeiros que venham a sofrer perseguição por motivação política, buscando a proteção por outro Estado (REZEK, 2022). É classificado em dois tipos, quais sejam: asilo diplomático que é aquele concedido por um Estado, quando o sujeito está em outro território, como as embaixadas, por exemplo, que são representações estatais em outra nação; e o asilo territorial que é aquele conferido a pessoa quando está dentro do próprio território, na qual pede o asilo (PAULO; ALEXANDRINO, 2022).

Já o refúgio, não tem relação com uma decisão política, como o instituto do asilo, tratando-se de uma perseguição de ordem generalizada, que geralmente leva a grande fluxo de pessoas em direção a outro país, buscando fugir de uma situação de insegurança, risco de morte, dentre outros aspectos, acabando por deixar sua casa, suas origens, a sua língua materna, seu emprego, sem ter o que comer, muitas vezes após ter perdido parentes e conhecidos que morreram ou se encontram ainda em risco de vida (SANTOS; CALSING; SILVA, 2017).

Quanto as diferenças entre o instituto do refúgio e o do asilo, podemos pontuar os seguintes: enquanto o refúgio tem caráter declaratório, ou seja, sendo cumprindo os requisitos, a pessoa terá o direito de ser refugiada, já o asilo tem caráter constitutivo, não havendo assim, um direito para a concessão do asilo, pois é um ato discricionário do presidente; para o asilo é necessária que a pessoa esteja em situação atual de emergência, já o refúgio basta o temor de perseguição para que se enquadre como refugiado (JUBILUT, 2007).

Além disso, o refúgio tem o ACNUR como órgão que supervisiona esta questão, não existindo esta figura no asilo; no refúgio, havendo fundado temor de perseguição motivada por raça, nacionalidade, religião, grupo social ou opiniões políticas já poderá ser aplicado o refúgio, o que não acontece com o asilo; o asilo é regulamentado pelo costume internacional, sendo o asilo diplomático aplicado através de tratados na América Latina, diferente do refúgio que é regulado por tratados universais; o solicitante do refúgio possui um direito público subjetivo, que possibilita ao mesmo o direito de entrar em um outro país, não existindo esta possibilidade no caso do asilo; e por último, o refúgio se dá por diversas formas de perseguição, enquanto o asilo está restrito a perseguição política (RESENDE; LEÃO, 2018).

De acordo com Freitas e Félix (2019) no cenário global, o instituto do refúgio deve estar alinhado com os direitos humanos, o que propiciará ao mesmo atuar para a defesa das pessoas que estão em situação de risco no seu local, sofrendo diversas violações aos direitos humanos, para que possam mudar seu contexto social marcado pelo perigo, para viver em outro ambiente mais seguro, fazendo uso da proteção do direito internacional.

Deste modo, necessário que o debate acerca dos refugiados esteja alinhado aos direitos humanos, conforme defende Freitas e Félix (2019) a seguir:

As violações dos direitos humanos, conflitos étnicos, o desrespeito aos direitos básicos constitui como sendo umas das principais causas desses êxodos maciços. É notória a relação entre o problema dos refugiados e a questão dos direitos humanos. O instituto jurídico do refúgio precisa ser versado em um prisma que contemple os direitos humanos. Essa problemática constitui uma das questões intensas em debate na comunidade internacional (FREITAS E FELIX, 2019, p. 2-3).

Segundo os autores Alves e Batista (2020) os refugiados configuram-se como um grupo específico, composto por pessoas que fogem do lugar onde vivem em função de uma situação drástica relativa ao seu contexto social marcado por perseguições diversas, o que as obrigam a saírem com vista a proteger sua vida e dos seus, sem ter certeza se irão poder voltar algum tempo depois, sendo uma situação de extrema vulnerabilidade e insegurança.

Nas palavras de Bauman (2017), podemos apontar dois elementos extras a problemática dos refugiados, o primeiro é a “desconfiança normal”, segundo a qual as pessoas que já vivem em condições precárias, passando por diversas dificuldades na vida, ao receberem os refugiados em seu país percebem que existem outros seres humanos em situação pior do que a sua, o que influencia para o aumento de casos de xenofobia, racismo e discriminações diversas, colaborando para o surgimento em diversos países de partidos de extrema direita que defendem ideologias xenofóbicas. Por sua vez, o segundo elemento é o “emergente precarizado”, que se refere aos indivíduos que frente aos refugiados que recebe em seu país, têm medo de perder suas realizações econômicas, seus bens materiais, sua classe social elevada.

De acordo com Paula *et al.* (2019) frente os conceitos que se apresentam atualmente sobre refugiados, podemos pontuar cinco características das migrações que ocorrem hoje, quais sejam: a primeira diz respeito se os indivíduos cruzam ou não a fronteira internacional (migração interna ou internacional); a segunda, se a pessoa encontra-se de maneira legal ou não ao migrar; a terceira, qual a motivação para migrar, se é de forma voluntária ou forçada; quatro, as causas do deslocamento; e por último, qual o tempo do deslocamento, se é passageiro ou duradouro tal situação. Tais pontos não se excluem, podendo uma situação ter mais de um destes elementos, ocasionando diversos grupos de pessoas migrantes.

Para o autor Sousa (2017) o trânsito de pessoas pelos países não transcorre de maneira pacífica, humanizada e acolhedora por todas as nações que recebem ou são destino delas, muito pelo contrário, muitas vezes é recebida com rejeição, preconceito, xenofobia, e tantos outros posicionamentos contrários ao recebimento dos sujeitos pelo Estado, visto que, com o princípio da soberania, cada Estado pode estabelecer limites para a política de migração em seu território. Tal fato, tem forte impacto para a questão da migração, pois não se tem como prioridade os direitos humanos de quem chega, mas sim, interesses particulares do país receptor, desrespeitando o direito humano de mobilidade.

Defende Eco (2020) que é preciso que seja desconstruído a intolerância ao migrante, com intuito de acabar com os preconceitos impostos a quem nos é diferente, no qual não aceitemos qualquer desrespeito a estes indivíduos, devendo a sociedade educar as crianças para que sejam sujeitas de direito, que respeitam e acolhem as diferenças, concebendo-as como parte da diversidade cultural.

Segundo Bauman (2017), vivemos uma época marcada sob um pânico migratório, no qual observamos um grande fluxo de pessoas em busca de refúgio em outros países, o que gera um duplo sentido aos que recebem estas pessoas: nos países desenvolvidos, estes indivíduos são vistos como uma mão de obra barata, a ser explorada; já para a população marginalizada, que não tem uma condição de vida digna, nem bons salários, os migrantes acabam por serem percebidos como um concorrente no mercado de trabalho, tal fato acaba gerando medo e repulsa a estes indivíduos, é o que confirma a seguir:

Refugiados das bestialidades das guerras, dos despotismos e da brutalidade de uma existência vazia e sem perspectivas têm batido à porta de outras pessoas desde o início dos tempos modernos. Para quem está por trás dessas portas, eles sempre foram- como o são agora- estranhos. Estranhos tendem a causar ansiedade por serem “diferentes” –e, assim, assustadoramente imprevisíveis, ao contrário das pessoas com as quais interagimos todos os dias e das quais acreditamos saber o que esperar (...) Sobre os estranhos, porém, sabemos muito pouco para sermos capazes de interpretar seus artifícios e compor nossas respostas adequadas –adivinhar quais possam ser suas intenções e o que farão em seguida. E a ignorância quanto ao como proceder, como enfrentar uma situação que não produzimos nem controlamos, é uma importante causa de ansiedade e medo (BAUMAN, 2017, p.13-14).

Como aponta Calais *et al.* (2020) as motivações para os refugiados migrarem são variadas, tais como os conflitos relacionados a nacionalidade, religião, caráter étnico e etc. que geram muita violência, pondo em perigo a vida de milhares de pessoas, que precisam fugir de seu local para não serem mortas.

Assim sendo, o mundo hoje vive uma crise humanitária, na qual o fluxo migratório cresce cada vez mais, ocasionando a migração forçada de milhões de pessoas, que fogem

em razão de questões diversas, para além do já abarcado pela tutela do refúgio, como por exemplo, problemas econômicos, que fazem que a população sofra com a falta de condições financeiras para se alimentar, sem ter renda, impossibilitados de sustentar sua família, ocasionando miséria, dentre outras situações, o que mostra a necessidade de que o conceito de refugiado seja ampliado, tendo como aspecto a ser analisado a violação aos direitos humanos (SOUSA, 2017).

Nas palavras de Domeniconi e Demétrio (2018) ao debatermos a questão as migrações internacionais, preciso se faz que compreendamos que os locais de fronteira são lugares onde estão presentes sujeitos de direito, que necessitam ter acesso a seus direitos, ser ouvidos, respeitados, no qual o direito de mobilidade seja possível, sendo, pois, uma problemática inserida nas discussões sobre direitos humanos.

Deste modo, temos observado por parte do Estado-nação a negação ao direito humano de migrar, o qual se utiliza de imposição de fronteiras, com o objetivo de afastar o imigrante do território, colocando-o sempre em um lugar de exclusão, sendo tratado tal fenômeno como patológico, fazendo uso de políticas seletivas, as quais determinam quem tem ou não direito a receber o acolhimento do país, utilizando-se de instrumentos como visto, deportação, dentre outros, para rejeitar quem não estiver enquadrado nos requisitos de admissão, em uma clara violação ao direito humano de liberdade de locomoção (REDIN; MINCHOULA; ALMEIDA, 2020).

Segundo os autores Redin, Minchoula e Almeida (2020), tal aspecto pode ser explicado da seguinte forma:

(...) de um lado verifica-se um modelo estrutural do Estado-nação que nega a mobilidade humana internacional como fato humano, e, portanto, como direito, com grave repercussão em termos de proteção da pessoa humana, e, de outro, essa mesma estrutura a legitimar uma desigualdade por força de lei, ou seja, a desigualdade formal. Isso tudo leva também à negação de um direito de integrar-se, de fazer parte a partir da sua diferença (REDIN; MINCHOULA; ALMEIDA, 2020, p.18).

Diante da circunstância pela qual milhares de pessoas passam em sua nação, tendo seus direitos humanos violados por quem deveria os proteger, o próprio Estado, ou mesmo, quando este não oferece as condições básicas de proteção a mesmas, faz com que estejam expostas a vários riscos de vida, levando os mesmos a não terem outra opção, se não a migração forçada como alternativa (ALVES; BATISTA, 2020).

De acordo com Santos e Lima Júnior (2018) no que se refere a delimitação das migrações forçadas, a mesma é complexa, visto que, vários contextos podem gerar a fuga de pessoas. Sendo assim, estes migrantes podem ser configurados como apátridas, deslocados internos, migrantes ambientais, vítimas de tráfico de pessoas ou migrantes econômicos. Os apátridas são sujeitos que não possuem nacionalidade em nenhum Estado, seja porque a perderam ou mesmo nunca a tiveram, o que acaba por violar direitos fundamentais decorrentes de quem tem sua nacionalidade.

Os apátridas possuem documentos internacionais específicos que tratam de proteções para os mesmos, como a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954 da ONU, a qual prevê proteção aos mesmos aonde estiverem, até que consigam a nacionalidade em algum país, pois, eles estão em situação de suscetibilidade. Além disso,

existe a convenção para redução dos casos de apatridia de 1961, não sendo abarcados a apatridia no conceito de refugiados (SOUSA, 2017).

Já os deslocados internos são aquelas pessoas que estão sofrendo fundado temor de perseguição, encontrando-se excessivamente desprotegidos, no entanto, permanecem dentro do seu país, estando a responsabilidade ainda sob a competência de sua nação, deslocando-se internamente para outro local, que seja mais seguro, não se enquadrando assim, no conceito de refugiado (PACÍFICO *et al.*, 2020).

De acordo com Sousa (2017), os deslocados internos possuem causas mais abrangentes do que a configuração do refugiado, por isso não são inseridos como refugiado, é o que assevera a seguir:

De fato, são considerados deslocados internos as pessoas que migram dentro do seu país em razão de adversidades climáticas, catástrofes naturais, desmatamento, derretimento de geleiras, aumento do nível dos oceanos, extrema pobreza, fome, portanto, causas não previstas na definição de refúgio (SOUSA, 2017, p.26).

Ante a ausência de uma proteção em âmbito global para as pessoas deslocadas, faz-se necessário que os organismos internacionais de direitos humanos se sensibilizem quanto a problemática, para que se discuta esta questão com objetivo de que se crie convenções sobre o assunto, o que poderá ofertar a devida proteção a este grupo, pois, não possuem esta proteção por parte do seu Estado, não tendo condições para ultrapassar a fronteira, em razão de precisar ter aporte financeiro cabível para esta migração, a qual não têm, e nem possuem a informação necessária para fugir em segurança (SOUSA, 2017).

Segundo Pacífico *et al.* (2020) além dos citados anteriormente, temos os migrantes ambientais, que são aqueles que fogem em decorrência de problemas climáticos ou catástrofes ambientais, que colocam em risco sua vida, levando-as a fugirem desta situação para sobreviver. Não existe uma convergência internacional e acadêmica acerca da caracterização deste grupo quanto a ser inseridos como refugiados. Para uns eles não são considerados refugiados, como defendido pela ACNUR, já para outros, a migração forçada por causa ambientais deve ser enquadrada como refúgio.

Nas palavras de Sousa (2017) é preciso que seja criado um instrumento específico para os migrantes ambientais, o qual poderá propiciar a este grupo uma proteção direcionada a este contexto, atuando para a cooperação internacional com vista a defesa das pessoas que estão sofrendo situações diversas por causas ambientais, prevendo deveres aos Estados que fizerem parte, como forma de compromisso para com o documento, buscando na medida do possível reduzir os impactos causados.

Além disso, temos as vítimas do tráfico de pessoas, que são aquelas que se deslocaram para outro país e acabam sendo aprisionadas em outra nação contra a sua vontade, sendo impedidas de fugir deste local. Muitas vezes, são enganadas por uma promessa de emprego e depois ao chegarem ao destino, percebem que caíram em uma armadilha, levando a que se tornem escravas sexuais, por exemplo. Por último temos os migrantes econômicos, que são os sujeitos que saem de sua nação com vista a trabalhar ou melhorar sua condição de vida em outro local, independentemente de grau de instrução que possui. Geralmente, este grupo tem como perfil preponderante as pessoas pobres, que estão em busca de uma vida mais digna em outro país, muitas vezes entrando de maneira

irregular, por não ter aporte financeiro para custear todo o processo de migração legal (SOUSA, 2017).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi possível concluir que a questão do refúgio remonta a milhares de anos na história da humanidade, tendo se dado a criação do instituto do refúgio em meados de 1920 visando cuidar de uma situação pontual relacionada a migração de pessoas da antiga URSS, as quais visavam fugir do conflito existente a época. Entretanto, no decorrer do tempo, o refúgio foi ganhando importância, especialmente no contexto da Segunda Guerra Mundial, tendo sido criado o ACNUR, que é uma agência da ONU voltada para a problemática do refúgio, a qual atua na defesa as pessoas em situação de refúgio, tendo atuação em todo o mundo.

Quanto mais, pudemos perceber que o conceito de refúgio se difere da migração, que é a saída do sujeito de um lugar para outro, bem como, não se confunde com a imigração que é a entrada da pessoa em outro país, nem com a emigração que é a saída do sujeito do seu país, sendo o refúgio a situação na qual o indivíduo foge em decorrência de perseguição motivada por questão étnica, grupo social, nacionalidade, opinião política, e nacionalidade.

Verificamos também que o refúgio possui diferenças em relação ao asilo, pois este diz respeito a quem sofre perseguição política e solicita a proteção por outro Estado, tendo caráter constituído, diferente do refúgio que tem caráter declaratório, como também, no asilo a pessoa deve estar sofrendo risco de vida atual, já no refúgio basta o temor de perseguição para se enquadrar como refugiado.

Por último pudemos perceber que a problemática das migrações na atualidade é complexa, existindo outros grupos de sujeitos no contexto migratório, para além do refúgio e do asilo, quais sejam: os migrantes econômicos, os apátridas, os deslocados internos, os migrantes ambientais, vítimas de tráfico de pessoas, grupos estes que necessitam também de proteção.

REFERÊNCIAS

ALVES, Thiago Augusto Lima. Imigrantes venezuelanos: o Brasil e sua política de proteção aos direitos dos refugiados. 2019. Disponível em: https://www.congresso2019.fomerco.com.br/resources/anais/9/fomerco2019/1570149578_ARQUIVO_bcd1b2db2cbbec3a39e5aefab6f1efc4.pdf. Acesso em: 14 de setembro de 2022.

ALVES, Tiago Augusto Lima; BATISTA, Rafael Euclides Seidel. A proteção internacional dos refugiados: formação histórica e reflexos na contemporaneidade. IN: SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; CRUZ, Paulo Márcio; ZIBETTI, Fabíola Wustlorg (Orgs). Jurisdição Constitucional, Democracia e Relações Sociais: socioambientalismo e políticas públicas. Itajaí: UNIVALI, 2020, p. 130-137.

ALVES, Thiago Augusto Lima. Refugiados venezuelanos e os desafios enfrentados no processo de integração à sociedade brasileira. Revista Espirales, Edição Especial, janeiro de 2021.

- Disponível em: Acesso em: <https://revistas.unila.edu.br/espirales/issue/view/198/171>. Acesso: em 24 de agosto de 2022.
- BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; PRADO, Verônica Ferreira do; SILVA, Marcos Antonio. Análise da condição jurídica e social de refugiados no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre*, v. 34, n. 1, p.1-24, jan/jun, 2018.
- BAUMAN, Zigmunt. *Estranhos à nossa porta*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.
- CALAIS *et al.* Bernardo Affonso. A crise dos refugiados venezuelanos e os impactos no Brasil. *Jornal Eletrônico*, v.12, n. 1, jan/jun, 2020.
- DOMENICONE, Joice; DEMÉTRIO, Natália. Migrações e Fronteira: notas e pesquisa. IN: BAENINGER *et al* (Orgs). *Migrações Fronteiriças*. Campinas, SP: Núcleo de Estudos de população “Elza Berquió” – NEPO/Unicamp, 2018, p. 351-358.
- ECO, Umberto (1934-2016). *Migração e Intolerância*. [Recurso eletrônico] Tradução: Eliana Sguiar, Alessandra Borrunquer. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2020.
- GIL, Antônio Carlos. *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- JUBILUT, Líliliana Lyra. *O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.
- BITAR, Jinny. *Direitos fundamentais aos refugiados venezuelanos*. São Paulo: Editora Dialética, 2022.
- MOREIRA, Julia Bertino; BORBA, Janine Hadassa Oliveira Marques de. Direitos humanos e refugiados: relações entre regimes internacionais construídos no sistema ONU. *Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD, Dourados*, v.7, n.14, p.59-90, ago/dez. 2018.
- FREITAS, Elisa dos Santos; FELIX, Germana Pinheiro de Almeida. A proteção da pessoa humana e direitos dos refugiados: uma análise do fenômeno migratório venezuelano no Brasil. 2019. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/1449/3/TCC%20em%20andamento%2806.12%29-%20Elisa%20Freitas%20%283%29.pdf>. Acesso em: 10 de agosto de 2022.
- PAULA *et al.* Carlos Alvarenga Ferradosa. A recepção, interiorização e violação aos direitos humanos dos refugiados venezuelanos no Brasil. *Diálogos Interdisciplinares*, v. 8, n. 6, p.10-20, 2019.
- PAULO, Antônio; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- PACÍFICO *et al.* André Pacheco. O estado da arte sobre refugiados, deslocados internos, deslocados ambientais e apátridas no Brasil: atualização do diretório nacional do ACNUR de teses, dissertações, trabalhos de conclusão de curso de graduação em João Pessoa (PB), e artigos (2007-2017). Campina Grande: EDUEPB, 2020.
- SANTOS, Júlio Edstron Secudino; CALSING, Renata de Assis; SILVA, Viviane Luiza. Refugiados no Brasil: estamos preparados para a proteção humanitária daquelas pessoas? *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 32, n.2, p.187-214, Jul/dez., 2017.

SANTOS, Gabriela Martini; LIMA JÚNIOR, Jayme Benvindo. Refugiados no Brasil: caracterizando as novas faces pelo país. IN: ANONNI, Danielle (Coord.). Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil. Curitiba: Gedai/UFPR, 2018, p. 53-65.

SOUSA, Livia Maria de. Sistema de refúgio no Brasil: uma reflexão sobre as políticas públicas específicas para refugiados. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Ceará (UFC). 2017, p.121. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/50519/1/2017_dis_lmsousa.pdf. Acesso em: 19 de setembro de 2022.

REDIN, Giuliana; MINCHOULA, Luís Augusto Bittencourt; ALMEIDA, Alessandra Jungs de. O papel da academia na proteção e promoção dos direitos humanos de migrantes e refugiados no Brasil: a prática extensionista no MIGRAIDH UFSM. IN: REDIN, Giuliana (org). Migrações internacionais [recurso eletrônico]: experiências e desafios para a proteção e promoção de direitos humanos no Brasil. Santa Maria: Editora UFSM, 2020, p. 12-39.

REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: curso elementar. 18ª ed. São Paulo: SaraivaJUR, 2022.

RESENDE, Aurélio Alyson; LEÃO, Gustavo Olímpio Rocha. A crise dos refugiados venezuelanos sob a ótica dos direitos humanos e a segurança internacional. IN: III Semana Acadêmica de Relações Internacionais da UNILA, Foz do Iguaçu-PR, 2018, pag. 77-92. Disponível em: https://dspace.unila.edu.br/bitstream/handle/123456789/4269/ANAIS_SARI_2019-FINAL%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 14 de agosto de 2022.

Artigo adaptado de trecho da monografia: Santos, Robério Gomes dos. TRAJETÓRIAS DE REFÚGIO: contextos jurídicos-social de refugiados venezuelanos no Brasil. / Robério Gomes dos Santos - Icó, 2023. 73 f.: il. Color. Orientação: Profa. Ma. Antônia Gabrielly Araújo dos Santos TCC (Graduação) (Direito) - Centro Universitário Vale do Salgado, 2023.

Propriedade intelectual como alavanca dos projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação do Comando da Aeronáutica

Intellectual property as a leverage of the research, development and innovation projects of the Aeronautical Command

Ruan de Brito Silva Carvalho

<http://lattes.cnpq.br/3129865371874774>

RESUMO

O Comando da Aeronáutica possui, em sua estrutura, organizações militares consideradas Instituições de Ciência, Tecnologia e Inovação, para os fins da Lei nº 10.973/2004, a Lei de Inovação. Essas instituições desenvolvem atividades no campo da pesquisa, desenvolvimento e inovação, campo propício à geração de propriedades intelectuais com potencial para exploração econômica, especialmente por meio do licenciamento dos direitos de uso da criação intelectual. Ademais, a referida exploração é forma adequada de atender aos ditames constitucionais, quanto ao desenvolvimento produtivo nacional, e às normas insertas na Lei de Inovação, diploma legal que possibilita àquelas Instituições a captação, a gestão e a aplicação de suas receitas próprias por meio de delegação a Fundações de Apoio, de forma que os valores recolhidos sejam utilizados para o alcance dos objetivos institucionais, o que não seria possível, em igual escala pelo meio tradicional de recolhimento de receitas, ou seja, via Guia de Recolhimento da União.

Palavras-chave: aeronáutica. pesquisa. inovação. exploração. propriedade intelectual.



ABSTRACT

The Aeronautics Command has, in its structure, military organizations considered Institutions of Science, Technology and Innovation, for the purposes of Law No. 10.973/2004, the Innovation Law. These institutions engage in activities in the field of research, development and innovation, a field conducive to the generation of intellectual properties with potential for economic exploitation, especially through the licensing of the rights of use of intellectual creation. Furthermore, such exploitation, is an appropriate way to meet the constitutional dictates. as for national productive development, and the standards inserted in the Innovation Law, a legal diploma that enables those Institutions That it would not be possible, on an equal scale by the traditional means of collecting revenues, that is, via the Union Collection Guide.

Keywords: aeronautics. research. innovation. exploration. intellectual property.

INTRODUÇÃO

A Aeronáutica é instituição militar que possui como missão a manutenção da soberania do espaço aéreo, além da integração do território nacional, com vistas à defesa da pátria. Constitui, conforme a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), as Forças Armadas, cuja organização tem por base a hierarquia e a disciplina, conforme seu art. 142.

Essa instituição, composta por diversas organizações militares, para bem alcançar sua missão, possui em sua estrutura o Departamento de Ciência e Tecnologia Aeroespacial (DCTA).

Esse grande Órgão do Comando da Aeronáutica (COMAER) tem por finalidade o desenvolvimento de soluções científico-tecnológicas no campo do Poder Aeroespacial, a fim de contribuir para o alcance da missão da Aeronáutica.

Para isso, o DCTA conta, atualmente, com 11 (onze) organizações subordinadas que atuam, em especial, nas áreas de ensino, pesquisa, desenvolvimento, certificação e ensaios em voos, além de contar com centros de lançamento e rastreamento de foguetes.

Não é por acaso, pois, que o DCTA é considerado a Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação do COMAER, assim como o Órgão Central do Sistema de Inovação da Aeronáutica (SINAER), segundo consta da Portaria nº 881/GC3, de 09 de junho de 2017. Esse sistema, aliás, fora instituído visando o gerenciamento das atividades relativas à gestão da inovação tecnológica, de forma a “propiciar um ambiente de convenções e normas que auxiliem a condução de pesquisa e desenvolvimento”, segundo prevê o art. 1º da portaria supracitada.

Dessa forma, restaram atreladas ao DCTA, além de suas organizações subordinadas, àquelas organizações do COMAER definidas como Instituições de Ciência, Tecnologia e Inovação, para os fins especificados naquela portaria, a qual elenca, entre outras responsabilidades, a “manutenção da política institucional de estímulo à proteção das criações, licenciamento, inovação e outras formas de transferência de tecnologia”, como se extrai do seu art. 6º, III.

Tal formatação é possível em razão da sanção da Lei nº 10.973, de 02 de dezembro de 2004, a chamada Lei de Inovação, a qual considera Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT) o órgão público cuja missão institucional inclui a pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico ou o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou processos, nos termos do seu art. 2º, inciso V.

MEIO FÉRTIL PARA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Tem-se por propriedade intelectual o conjunto de direitos relativos a bens intangíveis decorrentes do esforço da mente humana, cuja proteção visa garantir a exclusividade de exploração ao seu titular.

Nos termos do art. 2º da Convenção da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), assinada em Estocolmo, a 14 de julho de 1967, que teve seu texto aprovado no Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 78, de 31 de outubro de 1974, considera-se propriedade intelectual os direitos relativos:

- às obras literárias, artísticas e científicas; - às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão; - às invenções em todos os domínios da atividade humana; - às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais; - às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais; - à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes; - à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

Considerados os conceitos acima, pode-se afirmar, de antemão, que o DCTA é um grande terreno fértil para o surgimento de valiosas propriedades intelectuais.

A corroborar com essa informação, esse Departamento demonstra as grandes colaborações para a sociedade brasileira por meio da exposição de protótipos, especialmente, derivados da pesquisa realizada em seu âmbito, no Memorial Aeroespacial Brasileiro, situado em São José dos Campos - SP.

Entre as contribuições estão o primeiro motor a álcool; a aeronave Bandeirante, primeiro avião desenvolvido e fabricado no Brasil; além de propulsores de combustível sólido e líquido, para foguetes; de bombas e mísseis; e até mesmo a urna eletrônica, utilizada nas eleições conduzidas pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Sabe-se que o bem imaterial concebido possui valor econômico, o qual poderá atingir elevado valor, a depender do quanto de lucro pode proporcionar a uma empresa, tome-se como parâmetro.

Assim, o detentor de propriedade intelectual pode gerar receitas extras, a partir, por exemplo, do desenvolvimento de uma aeronave, para determinados fins, cujo processo pode ser protegido por patente, e essa ser licenciada a uma fabricante nacional, a qual explorará aquele conhecimento para fins comerciais, obtendo, assim, lucros vultosos.

Necessariamente, em razão do referido licenciamento, nasce a obrigação de pagar, para o licenciado. E quanto a isso, opção interessante que se apresenta é o pagamento baseado em percentual de royalties sobre a comercialização do produto fabricado em razão da propriedade intelectual licenciada. Tal fórmula, inclusive, vai ao encontro do que fora

estabelecido pelo COMAER em sua Portaria GABAER Nº 479/GC4, de 31 de março de 2023, mais precisamente no art. 3º, inciso II, dessa norma. É uma opção a ser considerada em detrimento à venda, com pagamento em única parcela.

Explica o guia A Caminho da Inovação, o qual versa sobre negócios com bens de propriedade intelectual para empresários, que a escolha entre o licenciamento ou a venda de propriedade intelectual depende da estratégia comercial (INPI, 2010). No presente caso, o olhar do gestor deverá se voltar ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional do país, como será abordado abaixo; no entanto, vale considerar a oportunidade que esse gestor tem de gerar receita própria para o alcance dos objetivos institucionais.

Além do mais, é certo que a exploração econômica das propriedades intelectuais do COMAER não deve ser considerada como um fim, mas pode e deve ser experimentada, inclusive, como meio de recuperação dos investimentos realizados pela União e, principalmente, pela possibilidade apresentada pela Lei de Inovação: a utilização de receitas próprias da ICT pública no desenvolvimento de Projetos de Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (PD&I).

CAPTAÇÃO E APLICAÇÃO DE RECEITAS DECORRENTES DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

A pesquisa científica e tecnológica, a capacitação tecnológica e o alcance da autonomia tecnológica, objetos precípuos da Lei de Inovação, estão diretamente ligados à missão do Departamento de Ciência e Tecnologia Aeroespacial.

Esse diploma legal, que tem por finalidade o incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica, apresenta medidas para estimular a construção de ambientes especializados e cooperativos de inovação e estimular a participação das ICT no processo de inovação, a título exemplificativo.

Sobre isso, vale pontuar que um dos propósitos da referida lei é o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional do país, em estrita sintonia com a CF/88, a qual define, em seu art. 218, § 2º, que a “pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional”.

Torna-se cabível e importante, assim, disponibilizar a propriedade intelectual obtida no âmbito do COMAER às empresas nacionais, o que deverá ocorrer por meio de instrumento jurídico específico, contendo as regras a serem observadas pelas partes, incluindo a contrapartida pelo produto ofertado.

Adverte-se, aqui, que os projetos desenvolvidos no âmbito do SINAER, pela própria essência das ICT que o compõe, qual seja, organização militar, estão relacionados à Defesa Nacional, em algum nível; e por esse motivo, poderá haver restrições quanto a licenciamento ou à cessão a outros órgãos e entidades públicos ou empresa privadas, devendo a ICT interessada na exploração solicitar, previamente, autorização ao órgão competente, conforme prevê o art. 6º, § 4º, da Lei de Inovação, c/c o art. 75, § 3º, da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.

Não havendo, contudo, barreira de tal natureza à exploração da propriedade intelectual, a ICT pública pode auferir ganhos econômicos, seja pela transferência de tecnologia ou licenciamento do direito de uso ou de exploração de criação protegida, segundo prescreve o art. 13, caput, da Lei de Inovação.

Ademais, cabe mencionar que a referida norma legal conceitua, nos termos do § 2º do seu art. 13, ganho econômico como “toda forma de royalty ou de remuneração ou quaisquer benefícios financeiros resultantes da exploração direta ou por terceiros da criação protegida (...)”.

É necessário que a ICT pública, então, compreenda quais alternativas possui à disposição para arrecadar o ganho econômico, uma vez que a forma deverá constar no acordo jurídico para exploração da propriedade intelectual.

O Decreto nº 4.950, de 9 de janeiro de 2004, que regulamenta o art. 98 da Lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, estabelece que a “arrecadação de todas as receitas realizadas pelos órgãos (...) far-se-á por intermédio dos mecanismos da conta única do Tesouro Nacional”. Para cumprir essa finalidade, foi criada a Guia de Recolhimento da União (GRU), que é a primeira alternativa para ICT pública receber os valores resultantes da exploração da sua propriedade intelectual. Denota-se, porém, que a receita não ficará à disposição da ICT pública, uma vez que os valores passam diretamente à conta única do Tesouro Nacional.

Por sua vez, a Lei de Inovação, a partir das alterações promovidas pela Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016, passou a possibilitar às ICT públicas a captação, a gestão e a aplicação de suas receitas próprias, por meio de Fundação de Apoio (FA), desde que estabelecida delegação por contrato ou convênio, de acordo com o art. 18, parágrafo único, in verbis:

Art. 18, parágrafo único. A captação, a gestão e a aplicação das receitas próprias da ICT pública, de que tratam os arts. 4º a 8º, 11 e 13, poderão ser delegadas a fundação de apoio, quando previsto em contrato ou convênio, devendo ser aplicadas exclusivamente em objetivos institucionais de pesquisa, desenvolvimento e inovação, incluindo a carteira de projetos institucionais e a gestão da política de inovação.

Impende destacar que a norma legal proporciona à ICT pública gerir as suas receitas próprias. Todavia, é relevante mencionar que o dispositivo foi preciso, não se distanciando do espírito da norma na qual foi inserido, ao limitar a utilização dos valores auferidos.

Isso porque a norma colacionada acima determina que as receitas próprias da ICT pública deverão ser utilizadas tão somente em objetivos institucionais de pesquisa, desenvolvimento e inovação; afinal, a Lei de Inovação foi concebida para estimular a inovação e a pesquisa científica e tecnológica, como já mencionado.

O parágrafo único do art. 18 da Lei nº 10.973/2004 é rico em detalhes, e dele é possível extrair uma formatação interessante: primeiro, é cabível firmar convênio ou contrato entre a ICT pública e uma FA para que esta possa captar, gerir e aplicar as receitas próprias daquela Instituição, a exemplo de royalties resultantes da exploração de propriedade intelectual; por conseguinte, ao considerar que os objetivos institucionais de pesquisa, desenvolvimento e inovação incluem a carteira de projetos institucionais, poderá a ICT pública utilizar o recurso captado pela FA para desenvolver os seus projetos relacionados à área de PD&I.

Registre-se, por oportuno, que o contingenciamento do orçamento público não é notícia rara, e isso é um fator a ser considerado pela ICT pública. Uma vez que detenha propriedade intelectual passível de exploração, caberá a seu gestor tomar a melhor decisão quanto à utilização da Lei de Inovação, como forma de dar seguimento a seus projetos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, dessa forma, que o COMAER, por meio do DCTA, em especial, tem a oportunidade de alavancar os seus Projetos de PD&I, valendo-se da exploração econômica de suas propriedades intelectuais e da aplicação das receitas próprias em objetivos institucionais, com o suporte de Fundação de Apoio, via Lei de Inovação, por ser medida eficaz para consecução daquele propósito, em detrimento à utilização de GRU.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 de agosto de 2023.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 78, de 31 de outubro de 1974. Aprova o texto da Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, assinado em Estocolmo, a 14 de julho de 1967, e da Convenção de Paris Para a Proteção da Propriedade Industrial, revista em Estocolmo, a 14 de julho de 1967. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1970-1979/decretolegislativo-78-31-outubro-1974-345478-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 10 de agosto de 2023.

BRASIL. Decreto nº 4.950, de 9 de janeiro de 2004. Dispõe sobre a arrecadação das receitas de órgãos, fundos, autarquias, fundações e demais entidades integrantes dos orçamentos fiscal e da seguridade social, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d4950.htm. Acesso em: 9 de agosto de 2023.

BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 10 de agosto de 2023.

BRASIL. Lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2004 e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.707.htm. Acesso em: 9 de agosto de 2023.

BRASIL. Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm. Acesso em: 7 de agosto de 2023.

BRASIL. Lei nº 13.243, 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13243.htm. Acesso em: 7 de agosto de 2023.

BRASIL. Portaria GABAER nº 479/GC4, de 31 de março de 2023. Regulamenta o recebimento e o pagamento de royalties no âmbito do Comando da Aeronáutica – COMAER. Disponível em: <https://www.sislaer.fab.mil.br/>. Acesso em: 7 de agosto de 2023.

BRASIL. Portaria nº 881/GC3, de 9 de junho de 2017. Institui o Sistema de Inovação da Aeronáutica (SINAER). Disponível em: <https://www.sislaer.fab.mil.br/>. Acesso em: 7 de agosto de 2023.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (Brasil). A caminho da inovação: proteção e negócios com bens de propriedade intelectual: guia para o empresário. Brasília: IEL, 2010. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/composicao/arquivos/guia_empresa_iel-senai-e-inpi.pdf. Acesso em: 8 de agosto de 2023.

AGRADECIMENTOS

À minha querida esposa Natália Fraga pelo seu amor incondicional e por compreender minha dedicação ao estudo sobre direito e inovação. Agradeço, também, à minha filha, Clarisse. Eu jamais serei capaz de retribuir todo carinho, amor e incentivo que recebo, todos os dias, ao ver o seu sorriso.

A gestão da propriedade intelectual no âmbito do comando da aeronáutica

The management of intellectual property under the aeronautics command

Ruan de Brito Silva Carvalho

<http://lattes.cnpq.br/3129865371874774>

Michele Aline Brunelli

<http://lattes.cnpq.br/6252491525298196>

RESUMO

O Núcleo de Inovação Tecnológica do Departamento de Ciência e Tecnologia Aeroespacial (DCTA) foi denominado como Coordenadoria de Gestão da Inovação (GGI). É a estrutura integrante da Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação do Comando da Aeronáutica, que tem por objetivo gerir a política de inovação dessa instituição. Suas atribuições estão definidas na Lei da Inovação nº 10.973, de 02 de dezembro de 2004, modificada pela Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016, que apresenta um rol extenso, porém exemplificativo, das atividades cabíveis à CGI. Destacam, entre as inúmeras atribuições, as atividades de proteção das propriedades intelectuais obtidas no âmbito do Sistema de Inovação da Aeronáutica, cujo órgão central é o DCTA. Denota-se, pois, da quantidade e da variedade de competências do NIT, decorrentes do texto legal, que a eficiência da gestão da propriedade intelectual do Comando da Aeronáutica passa pela capacidade da CGI em desenvolver o seu papel.

Palavras-chave: núcleo de inovação tecnológica. propriedade intelectual. gestão da inovação.

ABSTRACT

The Technological Innovation Center of the Department of Science and Technology Aerospace (DCTA) has been designated as the Innovation Management Office (GGI). It is the integral structure of the Scientific, Technological and Innovation Institution of the Aeronautics Command, which aims to manage the innovation policy of this institution. Its attributions are defined in Innovation Law No. 10,973, of December 2, 2004, modified by Law No. 13,243, of January 11, 2016, which presents an extensive, but illustrative, list of the activities applicable to the CGI. They highlight,



among the numerous attributions, the protection of intellectual property obtained within the Aerospace Innovation System is a significant role, with its central body being the DCTA. It is denoted, therefore, from the quantity and variety of competences of the NIT, arising from the legal text, whether the efficiency of the management of the intellectual property of the Aeronautics Command passes through the ability of the CGI to develop its role.

Keywords: technological innovation center. intellectual property. innovation management.

INTRODUÇÃO

A Lei de Inovação, sancionada em 2 de dezembro de 2004, sob o número 10.973, apresentou diversas medidas visando incentivar a inovação e a pesquisa científica e tecnológica no Brasil.

Tais medidas são direcionadas tanto ao setor público como ao setor privado. Contudo, algumas providências foram previstas especialmente para os órgãos públicos, especificamente aqueles denominados como Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT), nos termos do art. 2º da Lei nº 10.973/2004.

Entre essas providências, a Lei de Inovação prevê que a ICT pública deve dispor de Núcleo de Inovação Tecnológica (NIT), conforme destaca esse normativo legal, em seu art. 16.

O conceito de NIT é apresentado no inciso VI do art. 2º da Lei de Inovação, que o define como “estrutura instituída por uma ou mais ICTs (...) que tenha por finalidade a gestão de política institucional de inovação e por competências mínimas as atribuições previstas nesta Lei”.

No Departamento de Ciência e Tecnologia Aeroespacial (DCTA), órgão pertencente à estrutura do Comando da Aeronáutica (COMAER), o Núcleo de Inovação Tecnológica é, hoje, representado pela Coordenadoria de Gestão da Inovação (GGI).

Todavia, vale comentar que não se trata de novidade no âmbito da Aeronáutica. Originalmente, o NIT do DCTA foi constituído em 1981 pelo antigo Centro Técnico Aeroespacial (CTA), vindo a iniciar seus trabalhos em 1982, com o objetivo de abastecer o setor produtivo do país com ofertas tecnológicas obtidas nas instituições públicas (SINAER).

Ressalta-se que o incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica não é um fim em si mesmo. A própria Lei de Inovação, de acordo com o seu art. 1º, e em consonância com o art. 218 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, condiciona tal incentivo “à capacitação tecnológica, ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional do País”.

Recolocando a Aeronáutica no centro da questão, destaque-se que, conforme a Portaria nº 881/GC3, de 09 de julho de 2017, o DCTA é considerado a Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação do COMAER, assim como também foi escolhido para atuar como o Órgão Central do Sistema de Inovação da Aeronáutica (SINAER).

Por sua vez, a Coordenadoria de Gestão da Inovação (CGI), é a estrutura do DCTA cuja missão é a gestão da política de inovação da Aeronáutica, constituindo-se, assim,

como NIT, e que possui suas competências específicas previstas no Regimento Interno do Departamento de Ciência e Tecnologia Aeroespacial (RICA 20-3/2023), conforme art. 99, abaixo colacionado:

- I – Exercer as atribuições de Núcleo de Inovação Tecnológica (NIT) previstas em Lei, em favor das Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação (ICT) do COMAER;
- II – Planejar, normatizar, coordenar e supervisionar as atividades de gestão da Inovação Tecnológica da Aeronáutica, envolvendo todas as ICT do COMAER;
- III – Representar o COMAER junto aos organismos nacionais e internacionais nos assuntos relacionados à Inovação Tecnológica;
- IV – Participar e cooperar na elaboração de planejamentos estratégicos e demais planos que envolvam a Inovação Tecnológica do COMAER;
- V – Emitir parecer técnico, para subsídio ao Diretor Geral (DGCTA), nas propostas de Organizações Militares do COMAER para reconhecimento como ICT e membro do SINAER;
- VI – Apoiar as ICT no relacionamento com as Fundações de Apoio à pesquisa e entidades de controle no que se referir ao processo de Inovação Tecnológica; e
- VII – Apoiar os trabalhos do Órgão Central do SINAER, relativos aos assuntos técnicos, administrativos e de planejamento financeiro, relacionados à Gestão da Inovação.

Como NIT, as competências da CGI não se encerram no rol acima apresentado, pois inúmeras outras atribuições decorrem diretamente da Lei nº 10.973/2004, especialmente aquelas relativas à gestão da Propriedade Intelectual (PI).

O PAPEL DA CGI NA GESTÃO DA PI

Por meio do seu art. 16, a Lei de Inovação detalha (com maior precisão após as modificações introduzidas pela Lei nº 13.243/2016) diversas competências de NIT.

As competências previstas naquele dispositivo, cujo rol é meramente exemplificativo, abarcam o estímulo à proteção das criações, a emissão de opinião quanto à conveniência e promoção da proteção das criações desenvolvidas, o acompanhamento do processamento dos pedidos e a manutenção dos títulos de propriedade intelectual, e o desenvolvimento de estudos de prospecção tecnológica e de inteligência competitiva no campo da propriedade intelectual, de forma a orientar as ações de inovação da ICT à qual apoia.

Contudo, antes de abordar o papel da CGI, impende salientar que a definição de Propriedade Intelectual se encontra inserta no art. 2º, VIII, da Convenção que instituiu a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, assinada em Estocolmo, em 14 de julho de 1967, a qual teve seu texto aprovado por meio do Decreto Legislativo nº 78, de 31 de outubro de 1974, no Brasil.

Considerando a temática abordada, demonstra-se pertinente o conceito de PI apresentado pela Portaria GABAER nº 479/GC4, de 31 de março de 2023, do Comando da Aeronáutica, em seu art. 1º, IX:

Para o termo genérico referente ao resultado do esforço criativo humano, incluindo, mas não se limitando às patentes registradas, aos desenhos e marcas registradas, bem como aos direitos autorais, às previsões legais, ao “know-how” e às informações confidenciais. (...). (GABAER, 2023)

E quanto à proteção desse importante bem para a ICT, por força do art. 16, §1º, inciso I, da Lei de Inovação, a CGI confeccionou a Norma Sistêmica do Comando da Aeronáutica (NSCA) 80-8/2019, para a devida orientação às ICT que compõem o SINAER, a qual apresenta, como finalidade específica, “disciplinar as atividades de proteção das criações intelectuais e da apropriação dos resultados de projetos de pesquisa desenvolvidos” por essas Instituições, de acordo com o seu item 1.

É possível verificar na referida norma sistêmica, no item 3.2 e ss, que fica a cargo da CGI a análise do pedido de proteção de PI das ICT do COMAER; a efetivação do depósito de pedido de proteção patentária; o acompanhamento do processamento dos respectivos pedidos; e também o planejamento e solicitação dos recursos necessários à manutenção da proteção patentária obtida, entre outros.

Todavia, antes de tomar quaisquer medidas para a promoção da proteção da PI por meio de patentes ou outras formas que implicam custos ao Érario, deverá a CGI opinar quanto à sua conveniência. É o que se extrai do inciso IV, §1º, do art. 16, da Lei de Inovação.

Na cartilha Inventando o Futuro, INPI (2013) informa que nem sempre é conveniente pedir a proteção por patente, por exemplo, conforme se verifica abaixo:

O fato de uma invenção ser patenteável não significa necessariamente que essa invenção resultará numa tecnologia ou produto comercialmente viável. Portanto, um exame cuidadoso e estudado dos pontos favoráveis e desfavoráveis da obtenção patentária, bem como uma análise das alternativas possíveis é essencial antes de incorrer em custos para efetivar o depósito de um pedido de patente. Obter, manter e tornar eficaz uma patente pode exigir um considerável investimento.

(...)

Deve-se levar em consideração a probabilidade de obter uma proteção da invenção que seja comercialmente útil, bem como a possibilidade de gerar vantagens lucrativas significativas. (INPI, 2013)

Em que pese a referida cartilha ser voltada às pequenas e médias empresas, regidas essencialmente pelas normas do direito privado, a lição acima ajuda na compreensão de que nem toda PI deverá receber proteção que represente custos altos à ICT pública.

Contudo, uma vez verificada a pertinência de promover a proteção da PI, a CGI deverá acompanhar todo o processamento do pedido junto ao órgão competente, observando a necessidade de depósito ou registro da criação no Brasil e/ou no exterior, além de solicitar a expedição de cartas patentes ou certificados relativos a registros de criações, segundo os itens 3.2.4 e 3.2.6 da NSCA 80-8/2019 c/c com o art. 16, §1º, inciso VI, da Lei de Inovação.

Mas, uma vez concedida proteção à criação da ICT, surge a necessidade de manter tal proteção, cabendo à CGI o acompanhamento da manutenção dos títulos de propriedade intelectual da ICT, o que também consta do dispositivo acima citado.

Tal tarefa é replicada na NSCA 80-8/2019, no item 3.2.4, e envolve, necessariamente, a previsão de receita para o pagamento das taxas oficiais cobradas pelos órgãos públicos responsáveis pela concessão de proteção às criações intelectuais.

Para tanto, a própria Lei de Inovação, no art. 18, caput, prescreve que incumbe à ICT pública tomar as devidas providências, com relação a seu orçamento, para possibilitar o pagamento das despesas para a proteção da PI, o que pode ser delegado ao NIT, especialmente no caso da CGI que integra a estrutura da ICT do COMAER.

Neste ponto, impende mencionar que, para alcançar a finalidade proposta por esse diploma legal especial, o legislador, expressamente, facultou aos destinatários da norma a celebração de acordos de parcerias, cujo objetivo esteja relacionado à pesquisa, desenvolvimento e inovação (PD&I).

Essa previsão legal encontra-se disposta no art. 9º da Lei nº 10.973/2004, e foi regulamentada por meio do Decreto nº 9.283, de 7 de fevereiro de 2018, que apresenta o conceito de acordo de parceria em seu art. 35, caput, in verbis:

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.

O detalhe fica por conta do art. 16, §1º, inciso IX, da Lei de Inovação. Esse dispositivo informa que compete ao NIT “promover e acompanhar o relacionamento da ICT com empresas, em especial para as atividades previstas nos arts. 6º a 9º”.

Logo, no âmbito do COMAER, competirá à CGI o suporte às ICT do COMAER quanto ao estabelecimento de acordos de parcerias. Esse suporte revela-se ainda mais importante para que a ICT do COMAER, ao firmar acordos de parceria, estipule cláusulas específicas sobre a titularidade de propriedade intelectual (a respeito da PI a ser utilizada nas atividades conjuntas ou quanto à PI eventualmente obtida como resultado do projeto de PD&I, realizado com instituição estranha à Aeronáutica, especialmente), em conformidade com o § 2º do art. 9º da Lei de Inovação.

Nessa esteira, a NSCA 80-8/2019, em seu item 3.1.19, define que esse tipo de acordo “deverá prever a titularidade da propriedade intelectual e a participação nos resultados da exploração das criações resultantes da parceria, assegurando aos parceiros o direito à exploração, ao licenciamento e à transferência de tecnologia”.

Além disso, o relacionamento entre uma ICT pública e uma empresa poderá ocorrer para os fins de licenciamento de criação daquela a essa. É sobre isso que trata o art. 6º da Lei de Inovação; e, conforme verificado acima, mais uma vez, cabe ao NIT facilitar as tratativas entre as partes principais, de forma que todas as formalidades inerentes à proteção, exploração adequada, bem como a correta utilização da propriedade intelectual da ICT sejam observadas, ações que apresentam certo grau de complexidade e que exigem, portanto, um nível de conhecimento elevado dos recursos humanos empregados na CGI do DCTA.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, assim, que a boa gestão da propriedade intelectual do COMAER depende, necessariamente, da força de trabalho qualificado da Coordenadoria da Gestão

de Inovação do DCTA, para o adequado aproveitamento do potencial das criações obtidas do esforço humano no âmbito das ICT da Aeronáutica, de forma a compatibilizá-las com o interesse público.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 de agosto de 2023.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 78, de 31 de outubro de 1974. Aprova o texto da Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, assinado em Estocolmo, a 14 de julho de 1967, e da Convenção de Paris Para a Proteção da Propriedade Industrial, revista em Estocolmo, a 14 de julho de 1967. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1970-1979/decretolegislativo-78-31-outubro-1974-345478-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

BRASIL. Decreto nº 9.283, 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9283.htm. Acesso em: 14 de agosto de 2023.

BRASIL. Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm. Acesso em: 12 de agosto de 2023.

BRASIL. Lei nº 12.243, 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13243.htm. Acesso em: 12 de agosto de 2023.

BRASIL. Portaria DCTA nº 4/NGI, de 6 de setembro de 2019. Aprova a edição da Norma que dispõe sobre a Proteção da Propriedade Intelectual no Sistema de Inovação da Aeronáutica. São José dos Campos, 2019. (NSCA 80-8). Disponível em: <https://www.sislaer.fab.mil.br/>. Acesso em: 12 de agosto de 2023.

BRASIL. Portaria DCTA nº 142/DDO, de 13 de março de 2023. Aprova o Regimento Interno do Departamento de Ciência e Tecnologia Aeroespacial. São José dos Campos, 2018. (RICA 20-3). Disponível em: <https://www.sislaer.fab.mil.br/>. Acesso em: 12 de agosto de 2023.

BRASIL. Portaria GABAER nº 479/GC4, de 31 de março de 2023. Regulamenta o recebimento e o pagamento de royalties no âmbito do Comando da Aeronáutica – COMAER. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.sislaer.fab.mil.br/>. Acesso em: 12 de agosto de 2023.

BRASIL. Portaria nº 881/GC3, de 9 de junho de 2017. Institui o Sistema de Inovação da Aeronáutica (SINAER). Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.sislaer.fab.mil.br/>. Acesso em: 12 de agosto de 2023.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (Brasil). Inventando o futuro: uma introdução às patentes para as pequenas e médias empresas/ Instituto Nacional da Propriedade Industrial. – Rio de Janeiro: INPI, 2013. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/patentes/materiais-de-consulta-e-apoio/inventando-o-futuro.pdf>. Acesso em: 18 de agosto de 2023.

O pagamento das despesas relativas às propriedades intelectuais do Comando da Aeronáutica com o suporte de Fundação de Apoio

The payment of expenses related to the intellectual properties of the Air Force Command with the support of Support Foundation

Ruan de Brito Silva Carvalho

<http://lattes.cnpq.br/3129865371874774>

RESUMO

As Fundações de Apoio são instituições sem fins lucrativos que podem prover suporte às Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação (ICT) públicas. Após a sanção da Lei nº 13.243/2016, a Lei de Inovação passou a permitir que a Fundação de Apoio capte, realize a gestão, e aplique receitas próprias da ICT pública, desde que tais atividades sejam delegadas por essa. No Comando da Aeronáutica existem várias ICT que podem obter propriedades intelectuais, passíveis de exploração, logo, podem gerar receitas próprias. Por sua vez, as propriedades intelectuais também geram despesas. Considerando que a Lei de Inovação permite a aplicação de receitas próprias da ICT pública na gestão de sua política de inovação, a qual deve abranger a gestão da propriedade intelectual, verifica-se que se torna bastante pertinente que a ICT do COMAER firme relacionamento com uma Fundação de Apoio, visando, entre outras possibilidades, a captação e gestão de suas receitas próprias, e a sua aplicação em objetivos institucionais, de forma a contemplar o pagamento das despesas relativas às propriedades intelectuais.

Palavras-chave: comando da aeronáutica. propriedade intelectual, pagamento. fundação de apoio.



ABSTRACT

Support Foundations are non-profit institutions that can provide support to public Scientific, Technological and Innovation Institutions (ICT). After the sanction of Law No. 13,243/2016, the Innovation Law began to allow the Support Foundation to capture, carry out the management, and apply its own revenues of the public ICT, provided that such activities are delegated by it. In the Aeronautics Command there are several ICTs that can obtain intellectual properties, amenable to exploitation, so they can generate their own revenues. In turn, intellectual property also generates expenses. Considering that the Innovation Law allows the application of revenues of the public ICT in the management of its innovation policy, which must cover the management of intellectual property. it appears that it becomes quite pertinent that the ICT of COMAER has a firm relationship with a Support Foundation, aiming, among other possibilities, at the capture and management of its own revenues, and its application in institutional objectives, in order to contemplate the payment of expenses related to intellectual properties.

Keywords: command of aeronautics. intellectual property. payment. support foundation.

INTRODUÇÃO

As Fundações de Apoio (FA) são instituições sem fins lucrativos cuja missão é prestar suporte a outras instituições, em “projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos”, nos termos do art. 1º da Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994.

Inicialmente, essa lei previa apenas o referido apoio a Instituições Federais de Ensino Superior (IFES), sendo certo que o seu texto original não contemplava, expressamente, a atividade de gestão administrativa e financeira, retromencionada.

Dezesseis anos após a sua sanção, a Lei nº 8.958/1994 (Lei das Fundações de Apoio) foi alterada pela Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010, passando a prever, explicitamente, a possibilidade da realização de convênios e contratos entre Instituições Científicas e Tecnológicas e Fundações de Apoio, para que essas prestassem o devido amparo àquelas, em conformidade com a Lei de Inovação (Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004), a qual já citava a Fundação de Apoio em seu art. 2º, inciso VII, denominando-a, à época, como Instituição de Apoio.

Seguindo na linha do tempo, impende apontar que a Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016, promoveu importantes alterações na Lei de Inovação, assim como na Lei das Fundações de Apoio. Entre as alterações, a Lei nº 13.243/2016 apresentou novas definições. A então Instituição Científica e Tecnológica passou a se chamar Instituição de Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT), e a Instituição de Apoio tornou-se Fundação de Apoio, como se extrai do atual texto da Lei de Inovação, em seu art. 2º, incisos V e VII, respectivamente.

Contudo, as alterações mais significantes, para o presente tema, foram inseridas no artigo 18, parágrafo único, da Lei nº 10.973/2004, e no artigo 1º, § 7º, da Lei nº 8.958/1994, os quais tratam da permissão às ICT públicas para a delegação das atividades de captação,

gestão e aplicação de suas receitas próprias à Fundação de Apoio; e do repasse direto desses recursos financeiros, de eventuais contratantes da ICT pública à Fundação de Apoio - nessa ordem.

São essas disposições legais que podem contribuir sobremaneira para o pagamento das despesas inerentes às propriedades intelectuais do Comando da Aeronáutica (COMAER), de forma cíclica.

PROMOÇÃO E MANUTENÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL DO COMANDO DA AERONÁUTICA

Sabe-se que a Aeronáutica possui diversas organizações militares consideradas ICT para os fins previstos na Lei de Inovação. Diante disso, criou-se, inclusive, o Sistema de Inovação da Aeronáutica, por meio da Portaria nº 881/GC3, de 9 de junho de 2017, a qual prevê, entre suas finalidades, a coordenação das “atividades que envolvam a Gestão da Inovação Tecnológica (...)”, nos termos de seu art. 1º.

Sobre isso, em atenção ao disposto no art. 16 da Lei de Inovação, o qual prescreve que a ICT pública deve dispor de Núcleo de Inovação Tecnológica (NIT), o Departamento de Ciência e Tecnologia Aeroespacial (DCTA), ICT do COMAER, possui em sua estrutura um NIT, denominado Coordenadoria de Gestão da Inovação (CGI), à qual incumbe apoiar a Política de Inovação desse Departamento.

Em decorrência das atividades desenvolvidas pelas ICT do COMAER, que podem envolver a pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico ou o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou processos, conclui-se que a obtenção de propriedades intelectuais é algo natural nesse meio.

Daí, surgem duas consequências principais: a primeira diz respeito à oportunidade de exploração, por meio de licenciamento da propriedade intelectual (PI), capaz de gerar receita própria à ICT. Esse tipo de recurso financeiro pode ser obtido por outros meios. Isso porque a ICT pública pode compartilhar laboratório, equipamentos e instrumentos, com empresas privadas. Ademais, a ICT pode, também, prestar serviços técnicos especializados e celebrar contrato de transferência de tecnologia, como se constata da leitura dos artigos 4º, 6º e 8º da Lei de Inovação. Em todos esses casos é cabível uma contrapartida financeira.

As receitas relativas a essas atividades poderão ser captadas pelas FA, conforme citado acima. Sua aplicação, restrita, nos termos daquele diploma legal, poderá contemplar a gestão da política de inovação, o que nos leva à segunda consequência.

A Propriedade Intelectual (bem intangível, fruto do esforço da mente humana, e que possui valor econômico) obtida pela ICT pública, gera, para essa, a obrigação de promover a proteção e posterior manutenção daquela.

Nesse sentido, o caput do art. 18 da Lei de Inovação prescreve que a ICT pública deve tomar as devidas providências para contemplar, em seu orçamento, o pagamento das despesas referentes à propriedade intelectual, incluindo o pagamento aos criadores e colaboradores. Vejamos:

Art. 18. A ICT pública, na elaboração e na execução de seu orçamento, adotará as medidas cabíveis para a administração e a gestão de sua política de inovação para permitir o recebimento de receitas e o pagamento de despesas decorrentes da aplicação do disposto nos arts. 4º a 9º, 11 e 13, o pagamento das despesas para a proteção da propriedade intelectual e o pagamento devido aos criadores e aos eventuais colaboradores. (Grifo nosso)

A proteção de Propriedade Intelectual, no Brasil, pode se dar por diversas formas. A título exemplificativo, cita-se a obtenção de Patente, o registro de Marca e de Desenho Industrial, bem como a manutenção da proteção respectiva, que implicam pagamentos de taxas oficiais ao Órgão Público responsável, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Além do mais, a depender da Propriedade Intelectual de que se trata, haverá a necessidade de buscar proteção em outros países, o que elevará os gastos.

Outrossim, caso a Propriedade Intelectual seja explorada economicamente pela ICT pública, o seu criador e os membros da equipe que contribuiu para a criação farão jus à “participação mínima de 5% (cinco por cento) e máxima de 1/3 (um terço) nos ganhos econômicos, auferidos pela ICT (...)”, segundo o art. 13 da Lei nº 10.973/2004.

Resta claro que a ICT pública, então, deve se preparar para realizar eventuais pagamentos relacionados à propriedade intelectual, nos termos da lei. E a própria norma legal possibilita um formato interessante para o cumprimento desse encargo.

FUNDAÇÃO DE APOIO E O SUPORTE À INSTITUIÇÃO CIENTÍFICA, TECNOLÓGICA E DE INOVAÇÃO

A ICT pública poderá obter o apoio de fundações a que se refere à Lei nº 8.958/1994, tão somente, após o registro e credenciamento dessas, por ato conjunto dos Ministérios da Educação e da Ciência e Tecnologia, como estabelece o art. 1º do Decreto nº 7.423, de 31 de dezembro de 2010.

O credenciamento, nessa hipótese, relaciona o surgimento de uma Fundação de Apoio com o suporte a uma IFES ou ICT pública específica.

Porém, é possível que uma Fundação de Apoio, já registrada e credenciada, possa apoiar outra IFES ou ICT pública, mediante prévia autorização, conforme prescreve o § 2º do art. 4º do Decreto nº 7.423/2010.

No COMAER, o assunto foi normatizado por meio da Norma Sistêmica do Comando da Aeronáutica (NSCA) 80-4, de 8 de setembro de 2021, “que dispõe sobre a formalização de relacionamento entre ICT do COMAER e a Fundação de Apoio”. Essa norma, que visa orientar as ICT que compõem o SINAER, explica as ações básicas envolvendo o registro, do credenciamento e a autorização, de Fundação de Apoio.

Superado isso, rememora-se que as receitas próprias da ICT podem ser captadas, geridas e aplicadas por meio de Fundação de Apoio, desde que essas atividades sejam delegadas, por meio de instrumento jurídico específico, a essa instituição.

Quanto à aplicação da receita própria da ICT, vale revisitar o parágrafo único do art. 18 da Lei de Inovação, para destacar que esses recursos podem ser destinados à gestão da política de inovação.

Por sua vez, a Política de Inovação deve estabelecer diretrizes e objetivos relativos à gestão da propriedade intelectual, consoante dispõe o art. 15-A, parágrafo único, inciso V, da Lei de Inovação.

Depreende-se, assim, que a ICT do COMAER, pode firmar convênio junto à Fundação de Apoio, com o fito de aplicar suas receitas próprias na gestão da sua política de inovação, incluindo o pagamento de despesas inerentes à promoção e manutenção da proteção das propriedades intelectuais, assim como o pagamento a criadores e colaboradores, em caso de exploração desses bens incorpóreos.

Ressalte-se, ainda, que a Lei de Inovação, em seu art. 16, §§ 3º e 5º, prevê que o NIT da ICT pública “poderá ser constituído com personalidade jurídica própria”, para tanto, é autorizado o estabelecimento de “parceria com entidades privadas sem fins lucrativos já existentes”, para o apoio à gestão da política de inovação.

O formato apresentado, em tese, caracterizaria um NIT híbrido, em razão da parceria para o funcionamento do NIT já existente junto a uma instituição sem fins lucrativos.

Uma terceira hipótese decorre da interpretação da redação contida no § 3º do art. 16 da Lei nº 10.973/2004 c/c com o § 8º do art. 1º da Lei das Fundações de Apoio, qual seja: considerando que o NIT da ICT pública “poderá ser constituído com personalidade jurídica própria, como entidade privada sem fins lucrativos” e que o NIT “constituído no âmbito de ICT poderá assumir a forma de fundação de apoio” de que trata a Lei nº 8.958/1994; sugere-se que, além de um NIT híbrido, seria factível a criação de um NIT próprio concebido, em sua integralidade, como uma Fundação de Apoio.

Independente de um modelo ou outro, caso praticável, por se ter a figura da Fundação de Apoio ali inserida, a aplicação das receitas próprias da ICT, captadas por aquela entidade, poderiam ser aplicadas nas despesas inerentes à propriedade intelectual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o estabelecimento de um relacionamento adequado com uma Fundação de Apoio, a ICT pública, incluindo a ICT do COMAER, tem a oportunidade de criar um ciclo virtuoso.

Nesse, as receitas próprias da ICT pública, incluindo os recursos oriundos da exploração de propriedade intelectual, seriam captados e geridos pela Fundação de Apoio. A quantia devida ao criador e eventuais colaboradores seria destinada a esses, diretamente, por essa mesma Fundação. O remanescente, necessariamente, seria aplicado em objetivos institucionais de pesquisa, desenvolvimento e inovação, incluindo a gestão da política de inovação, a qual abarcaria o pagamento das despesas relativas à promoção e manutenção da proteção da propriedade intelectual do COMAER, que continuaria rendendo recursos financeiros, enquanto protegida e explorada, ao passo que surgem novas criações suscetíveis de exploração, renovando o ciclo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 7.423, de 31 de dezembro de 2010. Regulamenta a Lei no 8.958, de 20 de dezembro de 1994, que dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio, e revoga o Decreto no 5.205, de 14 de setembro de 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7423.htm. Acesso em: 26 de agosto de 2023.

BRASIL. Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994. Dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8958.htm. Acesso em: 26 de agosto de 2023.

BRASIL. Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/10.973.htm. Acesso em: 25 de agosto de 2023.

BRASIL. Lei nº 13.243, 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13243.htm. Acesso em: 25 de agosto de 2023.

BRASIL. Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010. Altera as Leis nos 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004, e revoga o § 1º do art. 2º da Lei no 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Mpv/495.htm. Acesso em: 27 de agosto de 2023.

BRASIL. Portaria DCTA nº 43/NGI, de 8 de setembro de 2021. Aprova a reedição da norma de sistema que dispõe sobre a formalização de relacionamento entre ICT do COMAER e a Fundação de Apoio. São José dos Campos, 2021. (NSCA 80-4). Disponível em: <https://www.sislaer.fab.mil.br/>. Acesso em: 27 de agosto de 2023.

BRASIL. Portaria nº 881/GC3, de 9 de junho de 2017. Institui o Sistema de Inovação da Aeronáutica (SINAER). Disponível em: <https://www.sislaer.fab.mil.br/>. Acesso em: 26 de agosto de 2023.

Organizadora

Jéssyka Maria Nunes Galvão

Mestra e doutora em Direito Internacional pela Universidade Federal de Pernambuco- UFPE. Advogada e professora, na Faculdade Santa Helena, Recife-PE.

Índice Remissivo

A

abordagem 113, 126, 128, 153, 155, 161, 204, 206, 208, 211, 214, 277, 278
aeronáutica 287, 301
alteridade 32, 33, 34, 38, 39, 41, 44
ambiental 78, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 204, 205, 206, 207, 208, 210, 211, 212, 213, 214
análise 15, 16, 21, 24, 39, 44, 45, 52, 53, 57, 64, 84, 87, 91, 92, 93, 96, 101, 105, 113, 121, 122, 126, 128, 129, 137, 139, 143, 144, 153, 156, 161, 162, 166, 188, 201, 204, 211, 214, 231, 232, 236, 240, 285
arbitragem 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194
argumento 126, 128, 140
ativismo 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100
ativista 87, 88, 89, 90, 97
autodeterminação 21, 32, 33, 34, 37, 38, 40, 41, 42

B

barragens 175

C

cegueira 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152
cidadania 20, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 77
ciência política 238, 239
cisgeneridade 32, 33, 34, 35, 36, 37, 45
cisgêneros 37
condomínio 107, 108, 112, 113, 114, 115, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 124
constitucional 15, 21, 29, 44, 81, 82, 84, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 97, 98, 99, 100, , 118, 157, 158, 159, 245
contratos 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 302
crime 126, 127, 129, 131, 132, 140
criminalidade 126, 127, 128, 129, 134, 138, 139, 142, 144
culpabilidade 257, 258, 260, 261, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 273, 274

D

- democracia 15, 16, 17, 26, 27, 28, 29, 82, 83, 86, 89, 90, 91, 94, 97, 99, 100, 215, 222
- desconstrução 32, 34, 37, 38
- desenvolvimento 19, 25, 28, 35, 42, 46, 47, 48, 55, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 76, 77, 78, 107, 112, 118, 141, 157, 161, 175, 204, 205, 206, 209, 211, 212, 218, 239, 249, 250, 251, 253, 254, 255, 265, 266, 267, 274, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 302, 303, 305, 306
- diferenças 28, 29, 39, 69, 72, 73, 77, 125, 159, 186, 187, 221, 279, 280, 281, 284
- dignidade 18, 22, 23, 24, 25, 28, 29, 32, 33, 34, 38, 39, 42, 43, 141, 209, 214
- dinheiro 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152
- direito 15, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 29, 32, 33, 34, 38, 39, 40, 42, 43, 44, 47, 48, 49, 53, 54, 55, 58, 59, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 87, 88, 89, 90, 92, 93, 94, 95, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, , 107, 109, 110, 111, 112, 116, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 129, 141, 155, 156, 157, 158, 161, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 172, 173, 174, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 184, 185, 187, 188, 189, 190, 192, 193, 194, 196, 197, 199, 209, 213, 214, 215, 218, 219, 220, 221, 224, 227, 228, 229, 230, 231, 235, 236, 237, 238, 243, 249, 251, 252, 253, 254, 255, 277, 279, 280, 281, 282
- direito educativo 76, 79
- direito eleitoral 238, 243
- direitos 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 31, 33, 38, 39, 40, 42, 44, 46, 47, 48, 49, 50, 61, 64, 65, 69, 70, 71, 72, 74, 76, 77, 81, 82, 86, 88, 90, 91, 92, 93, 96, 97, 108, 117, 118, 142, 154, 156, 157, 161, 162, 172, 177, 178, 180, 181, 215, 217, 219, 230, 236, 241, 247, 278, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286
- direitos humanos 22, 27, 39, 44, 46, 47, 48, 49, 50, 76, 278, 280, 281, 282, 283, 285, 286
- doutrina 101, 104, 106, 107, 108, 114, 119, 120, 129, 158, 166, 186, 197, 218, 225, 227

E

educação 76, 77, 78, 79, 126, 129, 141, 142
emprego 112, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 279, 283
envelhecimento 46, 47, 48, 50, 65
estabilização 94, 163, 164, 165, 167, 168, 171, 172
execução fiscal 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202
extrafiscalidade 204, 205, 206, 207, 210, 211, 212

F

fenômeno 117, 127, 128, 129, 131, 132, 136, 164, 165,
166, 167, 168, 169, 243, 282, 285
ferramenta 38, 40, 41, 81, 86, 103, 180, 181, 206, 207,
215, 230, 250
ferramentas 204, 207, 211

G

gestão 301, 302, 303, 304, 305

H

habilidades 73, 77, 78, 140
heterossexualidade 33, 34, 45
história 238, 247, 277, 278, 284

I

idosos 46, 47, 48, 49, 50, 51, 63
ilícito 111, 119, 120, 129, 175, 176, 179, 180, 181, 184
impostos 141, 204, 205, 206, 207, 208, 211, 240, 281
inclusão 29, 46, 69, 70, 72, 73, 77, 133, 189
inclusive 16, 94, 111, 112, 114, 116, 117, 118, 119, 120,
122, 136, 164, 166, 188, 191, 192, 220, 222, 223,
302, 303
inovação 51, 78, 156, 172, 192, 193, 204, 207, 208,
209, 211, 225, 287, 288, 290, 291, 292, 293, 294,
295, 296, 298, 299, 301, 302, 303, 304, 305, 306
instituições 301, 302, 306
instrumento 38, 40, 47, 48, 61, 81, 82, 83, 84, 85, 86,
110, 111, 115, 116, 117, 155, 165, 172, 181, 182,
204, 205, 206, 208, 209, 210, 212, 214, 215, 230,

244, 283, 304
instrumentos 108, 110, 123, 204, 205, 206, 208, 211,
213, 243, 282, 303
intelectual 17, 35, 61, 77, 235, 287, 289, 290, 291, 292,
293, 301, 303, 304, 305
isonomia 153, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162

J

judicial 41, 81, 85, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96,
97, 98, 99, 100, , 119, 153, 154, 155, 159, 160, 161
judiciário 16, 41, 44, 81, 89, 93, 128, 153, 186, 193
jurídica 16, 22, 23, 26, 44, 61, 63, 64, 65, 70, 80, 84, 92,
98, 100, , 101, 102, 103, 104, 105, 106, 114, 117,
119, 121, 153, 155, 157, 164, 165, 167, 169, 170,
171, 172, 173, 176, 177, 196, 197, 199, 200, 202,
218, 226, 229, 231, 232, 233, 234, 235, 237, 242,
285, 305
jurídico 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 39, 40, 43, 45,
52, 53, 54, 58, 61, 65, 66, 89, 91, 97, 101, 102, 103,
104, 109, 110, 111, 113, 116, 117, 119, 123, 125,
126, 128, 142, 154, 157, 158, 159, 163, 164, 170,
171, 172, 186, 187, 188, 192, 196, 197, 206, 215,
218, 219, 224, 225, 226, 234, 240, 280, 285, 304
jurídicos 107, 109, 278, 286
jurisprudência 27, 28, 85, 88, 92, 101, 104, 107, 108,
111, 113, 119, 120, 121, 171, 195, 197, 198, 199,
200, 201, 202
justiça 109, 117, 123, 153, 154, 155, 157, 158, 197, 199

L

legalidade 107, 121
legislação 16, 22, 26, 29, 30, 31, 34, 40, 51, 54, 57, 58,
61, 62, 65, 69, 90, 101, 102, 103, 106, 107, 114,
117, 121, 122, 123, 156, 157, 174, 186, 206, 210,
212, 224, 225, 226, 239, 240, 241, 242, 247, 257,
258, 259, 262, 263, 264, 265, 266, 268, 269, 270,
274
legislativo 22, 92, 95, 102, 121, 238, 240
lei 17, 22, 26, 30, 31, 54, 61, 62, 63, 64, 67, 81, 82, 84,
85, 86, 89, 92, 93, 95, 97, 101, 102, 103, 104, 105,
106, 109, 110, 120, 157, 164, 166, 167, 168, 170,
173, 176, 177, 180, 184, 188, 189, 190, 191, 193,
195, 196, 197, 198, 201, 202, 214, 215, 216, 217,
222, 223, 224, 226, 227, 238, 240, 241, 242, 244,

245, 282, 302, 304, 306
liberdade 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27,
28, 30, 41, 42, 60, 61, 62, 65, 70, 76, 81, 82, 92,
104, 117, 118, 119, 141, 157, 160, 179, 189, 227,
233, 282
logística 249, 250, 251, 252, 256

M

maioridade penal 126, 127, 128, 129, 139, 140, 141,
142
marginalização 129
mediação 186, 187, 188, 189, 192, 193
meio ambiente 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182,
183, 184, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211,
214, 249, 251, 252, 253, 254
método 128
migrações 277, 281, 282, 284
multas 107, 109, 116, 117, 118, 119, 120, 122, 123

N

normas 16, 18, 22, 23, 26, 38, 39, 84, 85, 92, 95, 96,
109, 111, 112, 123, 157, 161, 215, 220, 225, 230

O

onerosidade 114, 232, 233, 234
ordenamento 15, 16, 18, 21, 22, 34, 39, 43, 89, 95, 97,
116, 117, 119, 158, 159, 163, 164, 170, 171, 172,
186, 188, 192, 196, 197, 206, 218, 285

P

pacificação 110, 186
pagamento 301, 303, 304, 305
penal 126, 127, 128, 129, 139, 140, 141, 142, 143
política 81, 82, 85, 86, 140, 141, 238, 239, 240, 242,
245, 246, 278, 279, 280, 281, 284, 301, 303, 304,
305
política pública 76, 78
políticas 77, 79, 82, 83, 84, 127, 128, 132, 141, 142,

143, 153, 204, 205, 206, 207, 210, 212, 239, 241,
242, 277, 279, 280, 282, 284, 286
político 78, 88, 90, 93, 210, 238, 239, 241, 243, 246,
247
princípio 16, 17, 22, 23, 28, 34, 63, 65, 66, 72, 76, 87,
88, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 97, 105, 109, 110, 111,
119, 120, 121, 125, 153, 155, 156, 157, 158, 159,
160, 161, 163, 166, 167, 169, 172, 180, 189, 197,
208, 209, 216, 218, 219, 221, 223, 226, 257, 258,
259, 260, 262, 263, 268, 269, 270, 272, 273, 274,
281
princípios 109, 110, 111, 115, 120, 121, 122, 153, 154,
158, 159, 160, 245
processo 16, 17, 27, 34, 36, 37, 43, 46, 55, 56, 57, 58,
60, 65, 69, 71, 73, 76, 77, 92, 95, 102, 114, 136,
138, 140, 154, 155, 156, 157, 159, 160, 161, 162,
165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 173, 174, 180,
181, 182, 184, 185, 186, 188, 189, 192, 193, 197,
200, 217, 218, 219, 222, 223, 225, 228, 229, 238,
239, 240, 246, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263,
269, 270, 274, 284, 285
processo penal 257, 258, 259, 260, 274
processos 83, 111, 128, 153, 202, 303
processual 153, 155, 156, 157, 159, 160, 163, 165, 166,
167, 168, 169, 173, 174, 180, 181, 185, 190, 192,
193, 197, 219, 220, 227, 228, 230, 231
propriedade intelectual 287, 289, 290, 291, 292, 293,
294, 296, 297, 298, 301, 303, 304, 305
propriedades intelectuais 301, 303, 305

R

redirecionamento 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201,
202
refugiados 277, 278, 279, 280, 281, 283, 284, 285, 286
refúgio 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 286
rescisão 107, 113, 114, 115, 117, 122, 125
responsabilidade 5

S

segurança 17, 19, 22, 23, 26, 55, 76, 77, 83, 84, 95,
101, 102, 112, 113, 117, 118, 132, 141, 142, 157,
161, 163, 164, 165, 167, 171, 172, 173, 211, 222,
229, 239, 279, 283, 286
sistema 5

sociedade 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 35, 36, 37, 39, 40, 41, 46, 48, 49, 51, 54, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 77, 81, 86, 89, 92, 105, 107, 108, 109, 110, 112, 121, 122, 123, 127, 128, 140, 142, 155, 158, 165, 172, 177, 180, 187, 195, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 204, 206, 208, 212, 216, 217, 227, 249, 252, 253, 254, 255, 277, 281, 284, 285

socioculturais 34, 36

subordinação 161, 215, 216, 233, 235, 236, 237

sustentável 204, 206, 209, 210

T

totalitarismo 215, 218, 225, 227, 230

toxicidade 182

tributação 204, 208, 211, 212

tributária 195, 196, 197, 201, 202, 204, 205, 206, 211, 212

tributárias 83, 196, 197, 199, 200, 206, 215, 223, 225, 226, 229

tutela inibitória 175, 176, 177, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185

V

violência 126, 132, 134, 137, 140, 141, 142, 143

vulnerabilidade 153, 215, 218, 227, 228, 231, 280



AYA EDITORA

2023