

Fernanda Miler Lima Pinto
(Organizadora)

REFLEXÕES SOBRE
DIREITO E
SOCIEDADE:
fundamentos e práticas

2

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Organizadora

Prof.ª Ma. Fernanda Miler Lima Pinto

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. 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.º Dr. João Luiz Kovaleski

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

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.º Me. José Henrique de Goes

Centro Universitário Santa Amélia

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 Me. Myller Augusto Santos Gomes

Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Me. Pedro Fauth Manhães Miranda

Centro Universitário Santa Amélia

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 Ma. 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

Prof.º Dr. Valdoir Pedro Wathier

Fundo Nacional de Desenvolvimento Educacional, FNDE

© 2022 - 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]. / Fernanda Miler Lima Pinto (organizadora) -- Ponta Grossa: Aya, 2022. 301 p.
v.2

Inclui biografia
Inclui índice
Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
ISBN: 978-65-5379-053-7
DOI: 10.47573/aya.5379.2.82

1. Direito. 2. Direito tributário - Brasil. 3. Improbidade administrativa - Brasil. 4. Direitos humanos. 5. Patentes – Legislação – Brasil. 6. Marca registrada - Legislação- Brasil. 7. Idosos - Maus-tratos. 8. Direito do trabalho. 9. Teletrabalho. I. Pinto, Fernanda Miler Lima. II. Título

CDD: 340.07

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

International Scientific Journals Publicações de Periódicos e Editora EIRELI

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53
Fone: +55 42 3086-3131
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.....11

01

**O princípio tributário da vedação ao confisco:
limites constitucionais e proteção da cidadania.
.....12**

Elizabeth Rodrigues de Souza
Robson Alves Holanda

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.1

02

**Improbidade administrativa - uma análise
comparativa do seu procedimento,
aplicabilidade e eficácia entre a redação
anterior e as alterações trazidas pela lei federal
Nº 14.230/202123**

João Victor Silva Almeida
Rayara Ágada Gonçalves Fernandes
Maira Regina de Carvalho Alexandre

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.2

03

**A impossibilidade de escusar-se da lei
alegando desconhecê-la e a ausência de
educação jurídica nas escolas.....39**

Angélica Altoé
Wilker Batista Cavalcanti
Kamila Soares Leal

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.3

04

**Alguns apontamentos sobre Poder
Constituinte, Biopoder, Controle, Discurso
sobre a Exceção e Jurisdição Constitucional .51**

Audra Pires Silveira Thomaz

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.4

05

Os direitos dos presos à luz da lei 13.964/2019 – pacote anticrime.....62

Rodrigo dos Anjos
Letícia Viviane Miranda Curey
DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.5

06

Uma vela para Dario e o direito constitucional: uma perspectiva jurídica entranhada no conto Trevisaniano77

Katya Keyla Santana Sousa
Kamila Soares Leal
DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.6

07

Propriedade intelectual e inovação: uma análise sobre a criação e registro de marcas e patentes na região do Bico do Papagaio no Tocantins.....88

Arthur Theopompo
Marcelle Altoé
Kamila Soares Leal
DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.7

08

O direito fundamental de acesso à justiça e as dificuldades econômicas e sociais106

Haíly Araújo Pereira
Maynara Fernandes da Costa Nascimento
Márcio Fernando Moreira Miranda
Kamila Soares Leal
DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.8

09

A responsabilização dos agentes públicos por fraudes nas aquisições públicas durante a pandemia (Covid-19)121

Ana Gabriela da Silva Almeida
Jardel de Souza Pereira
Ihgor Jean Rego

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.9

10

Abandono afetivo inverso: uma abordagem frente ao abandono do idoso134

Eriksson Soares Rodrigues
Gustavo Henrique Araujo
Samantha Lau Ferreira Almeida Faiola

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.10

11

Recursos hídricos, usinas hidrelétricas e a legislação brasileira151

Igor Talarico da Silva Micheletti
Natiele Cristina Friedrich,
Aline Cristina Perussi Real
Anny Rosana Trindade Siqueira
Bruno Henrique de Araujo Sousa
Eder Silva Cordeiro
João Paulo Lopes Silva
Renata Bianca Ferreira
Jessica Oliveira Borges Ferreira
André Varella Bianeck

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.11

12

Cédula de produto rural e sua importância para o desenvolvimento do agronegócio.....163

Igor Talarico da Silva Micheletti
Natiele Cristina Friedrich
Aline Cristina Perussi Real
Anny Rosana Trindade Siqueira
Bruno Henrique de Araujo Sousa
Eder Silva Cordeiro
João Paulo Lopes Silva
Renata Bianca Ferreira
Jessica Oliveira Borges Ferreira
André Varella Bianeck

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.12

13

Uma breve análise da prescrição na nova lei de improbidade administrativa e sua aplicação nas ações judiciais em curso, noções conceituais, finalidade e um comparativo com as regras prescricionais da lei revogada.....173

Allison Kelvis de Almeida Prihl
Sebastião Edilson Rodrigues Gomes

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.13

14

Vício oculto e a vida útil do produto, até quando o consumidor está protegido pela garantia legal193

Raimunda Cristina Oniz de Lima
Nathalia Isabelly Silva Rodrigues
Ihgor Jean Rego

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.14

15

A constituição econômica brasileira e a competência legiferante concorrente dos entes federados como instrumento de intervenção econômica.....209

Allan Thiago Barbosa Arakaki

Maria de Fátima Ribeiro

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.15

16

O Teletrabalho: A pandemia do Covid-19225

Andressa Botelho Evangelista Sansão

André Luiz de Oliveira Brum

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.16

17

Influenciadores digitais: análise acerca da responsabilidade civil.....236

Amanda Maciel da Silva

Josemberg Ribeiro Cardena

Sebastião Edilson Rodrigues Gomes

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.17

18

Análise da proteção jurídica no ambiente virtual na legislação brasileira.....251

Patrícia Macedo de Carvalho

Stefalyne Nascimento

Marcelo Lima de Oliveira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.18

19

Direito ao convívio familiar diante ao abandono afetivo: uma análise constitucional.....263

George Lucas Coelho Diniz

Irineu Wagner Junior Valoeis

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.19

20

A efetiva normatização do teletrabalho: a nova regulação disposta na medida-provisória 1.108/22275

Ricardo Ovídio de Oliveira Lima

Thalita Kelle Pires Beserra

Pedro Victor Miranda de Oliveira

Jose Rosman Varjão Alves de Albuquerque

Isabele Thalyta Oliveira Andrade de Melo

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.20

21

A defensoria pública como importante instrumento de acesso à justiça.....286

Clebson da Cunha Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.21

Organizadora295

Índice Remissivo296

Apresentação

É com imensa satisfação que apresento e organizo esse segundo volume da obra intitulada “Reflexões sobre Direito e Sociedade: fundamentos e práticas”, que segue com o mesmo escopo e qualidade da sua antecessora. Contando com a participação de diversos pesquisadores que se debruçam sobre a causa do Direito e da sociedade moderna, a presente obra navega por diferentes áreas do saber e se concentra em analisar as implicações de assuntos que tangem o mundo jurídico em nossa realidade.

Acredito que aceitar o desafio de pensar o Direito, mesmo em um mundo tão dinâmico e flexível, é o que motiva cada um dos pesquisadores que compõem essa obra ao acessarem diversos saberes para pensar nos problemas e soluções que podem ser úteis à nossa vida.

Desse modo, destaca-se que os 21 (vinte e um) trabalhos que integram esse volume se comprometem a contribuir para o debate entre a sociedade e o Direito, com os seguintes temas: Vedação do Confisco no Direito Tributário; Nova Lei de Improbidade Administrativa; Educação Jurídica; Direito Constitucional e Biopoder; Análises sobre o “Pacote Anticrime”; Interações entre Direito e Literatura; Propriedade Intelectual e Inovação; Direito de Acesso à Justiça; Fraude nas Aquisições Públicas e Pandemia da Covid-19; Abandono de Idosos; Legislação Brasileira e o Uso de Recursos Hídricos; Cédula de Produto Rural; Direito do Consumidor e os Vícios de Produto; A Defensoria Pública; O Teletrabalho; Responsabilidade Civil e Influenciadores Digitais; Privacidade e Crimes Digitais; Abandono Afetivo; Direito Constitucional e Intervenção Econômica.

Por meio dessa breve apresentação e exposição dos temas aqui elencados, pode-se perceber o quão diverso e profundo é esse compêndio que perpassa diversas áreas do saber para pensar a relação entre o Direito e a Sociedade moderna. Aproveito essa ocasião para parabenizar os autores, aos quais se dispuseram a compartilhar todo conhecimento científico produzido, e também para agradecê-los como cidadã por estarem ativamente refletindo sobre problemas e soluções em nossa tão complexa sociedade.

Espero que de uma maneira ou de outra os leitores que tiverem a possibilidade de ler este volume, tenham a mesma satisfação que tive ao organizar, acompanhar e ler o conjunto dessa obra. Espero, muito honrosamente, vê-los no próximo volume que logo será lançado.

Boa leitura e bons estudos!

Prof.^a Ma. Fernanda Miler Lima Pinto

01

O princípio tributário da vedação ao confisco: limites constitucionais e proteção da cidadania

The tax principle of prohibition of forisifiation: constitutional limits and protection of citizenship

Elizabeth Rodrigues de Souza

Universidade Regional do Cariri (URCA)

<http://lattes.cnpq.br/1774111198303776>

Robson Alves Holanda

Universidade Regional do Cariri (URCA)

<http://lattes.cnpq.br/0469408881512350>

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.1

RESUMO

O objetivo do presente estudo é demonstrar a importância da proibição do tributo com efeito de confisco, garantindo ao cidadão o direito do ajuste do tributo apenas de parcela líquida de sua renda, resguardado o princípio do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana. Entende-se que a instituição de tributos tem impacto diretamente na vida do cidadão, na medida em que constitui um mecanismo importante de superposição dos recursos da administração para sustentar a máquina governamental e atender às demandas de interesse público. Nesse sentido, uma carga tributária aplicada de forma adequada e justa para cada contribuinte na perspectiva de concretização dos direitos fundamentais sociais, consolida o verdadeiro Estado Democrático de Direito. Conclui-se que a arrecadação de tributos deve se basear na razoabilidade, não podendo se configurar como abuso de poder econômico e o princípio da vedação ao confisco estabelece limites em relação à capacidade contributiva do cidadão.

Palavras-chave: vedação ao confisco. limitação constitucional. cidadania.

ABSTRACT

The purpose of this study is to demonstrate the importance of prohibiting the tax with the effect of confiscation, guaranteeing the citizen the right to adjust the tax only on the net portion of his income, safeguarding the principle of the existential minimum and the dignity of the human person. It is understood that the institution of taxes has a direct impact on the life of the citizen, insofar as it constitutes an important mechanism for the superposition of administration resources to support the governmental machine and meet the demands of public interest. In this sense, a tax burden properly and fairly applied to each taxpayer with a view to realizing fundamental social rights, consolidates the true Democratic Rule of Law. It is concluded that the collection of taxes must be based on reasonableness, and cannot be configured as an abuse of economic power and the principle of prohibition against confiscation sets limits in relation to the contributory capacity of the citizen.

Keywords: sealing the confiscation. constitutional limitation. citizenship.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, aumentou a discussão sobre uma tributação justa como parâmetro de justiça fiscal. O estabelecimento de diretrizes de norteamiento das ações do Estado no exercício de tributar permite garantir ao contribuinte a efetivação dos seus direitos fundamentais e consolidação da cidadania. Portanto, torna-se inadmissível uma carga tributária que qualifique o confisco e torne inviável o bem-estar social.

A cobrança de tributos apresenta-se como uma das importantes fontes de arrecadação das receitas públicas, possibilitando ao Estado o cumprimento da sua função de interesse público. Sabe-se que Constituição Federal de 1988 proclama objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, orientando a edificação de uma sociedade justa e igualitária, bem como assegurando o desenvolvimento nacional. Logo, as relações tributárias são baseadas em princípios constitucionais tributários que impõem limites à faculdade de tributar do Estado e que,

portanto, devem ser respeitados.

Dessa forma, é imprescindível que o Sistema Tributário Nacional se posicione de acordo com o que anuncia o texto constitucional, assegurando que toda disposição normativa somente tenha validade se estiver compatível com o que preconiza a CF/88, incluindo todos os sujeitos da relação. Porquanto, o recolhimento tributário pelo Estado não poderá significar retrocesso em relação aos direitos fundamentais conquistados ao longo dos tempos.

Nesse sentido, a soberania estatal autoriza o poder de tributar em determinado território e população e a competência tributária é dirigida para todos os entes da Federação, disciplinada com limites advindos de princípios e imunidades constitucionais. Além disso, a Constituição também determina no Art. 5º, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. E pugna no art. 150, que é vedado “tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos” (BRASIL, 1988).

A prerrogativa de tributar do Estado é justificada, visto que há determinados limites advindos de princípios constitucionais e imunidades tributárias. Não é admissível se pensar em tributos de cunho confiscatório, exigindo-se uma certa razoabilidade na definição da carga tributária. O princípio da vedação ao confisco requer que não extrapole a medida avaliada como concebível pela sociedade, numa determinada conjuntura.

Nesse contexto, questiona-se a efetividade dos limites constitucionais ao princípio tributário da vedação ao confisco. Dessa forma, o objetivo desse ensaio é analisar a eficácia desse princípio, numa perspectiva de concretização da cidadania. Para tanto, utilizou-se uma pesquisa de natureza qualitativa, de cunho bibliográfico, por meio de doutrinas, julgados, plataformas científicas de credibilidade e como marco referencial a Constituição Federal de 1988.

Salienta-se que a base do não confisco é não acolher práticas de políticas arrecadatórias ilimitadas e garantir a cobrança de tributos de forma proporcional em relação a todos os contribuintes, sendo reconhecida como garantia material do excesso de tributação, constituindo instrumento de tutela dos direitos e garantias individuais do brasileiro.

Apesar de ter sua positivação na CF/88, é considerado um princípio valorativo, uma vez que a sua previsão não é categórica por não apresentar delimitações qualitativas mais precisas, e funciona como um parâmetro para qualificar o direito da propriedade e o da justiça social. O ordenamento jurídico brasileiro autoriza o legislador tributário a incentivar comportamentos compatíveis com interesses coletivos através da tributação coerente e de benefícios fiscais. O que significa que o Estado não precisa impor tributos além da capacidade contributiva do cidadão.

Nesse sentido, é que a realização da tributação deve ser pautada na satisfação das necessidades mínimas de existência, visualizando o confisco como violação à dignidade da pessoa humana. Não se pode sacrificar a capacidade contributiva do indivíduo em favor do cumprimento de tributar.

Em virtude dessa atividade tributária ser considerada de muita relevância para a vida socioeconômica do Estado, entende-se que o princípio da vedação ao confisco tem relação intrínseca com o princípio da capacidade contributiva, enquanto o primeiro impõe um limite máximo para a tributação, o segundo padroniza um limite mínimo por meio de critérios para a graduação

dos impostos. É nessa linha de pensamento que se pretende desenvolver esse trabalho e contribuir com o fortalecimento dos elementos qualificadores do ser humano.

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA VEDAÇÃO AO CONFISCO

Como ente soberano, originalmente o Estado tem o poder de tributar, assim entendida a aptidão para ganhar dos cidadãos os tributos que desejar. No entanto, o Direito limita e no caso de federações divide esse poder (no Brasil, entre União, Distrito Federal, Estados-Membros e Municípios). É por isso que se diz que o objeto do Direito Tributário é a disciplina – estabelecendo critérios e impondo limites na forma de como o poder público poderá instituir e cobrar tributos.

Para tornar rígidos os mais importantes desses “limites”, evitando que sejam suprimidos ou revogados do ordenamento jurídico, e para que a ele se submetam não apenas às autoridades do poder executivo, mas também o próprio poder legislativo de cada ente tributante, optou-se por inseri-los na CF/88, denominando-os de limitações ao poder de tributar. Depois de legitimado constitucionalmente, o poder de tributar é então chamado de competência tributária.

Em face da essencialidade dessas limitações ao poder de tributar, consagrou-se chamá-las de “princípios”. Tem-se, assim, o princípio da vedação ao confisco. Entende-se que o Direito Internacional Público foi pioneiro na discussão acerca do confisco, apresentando a Constituição Espanhola como sendo a primeira a enunciar a proibição de tributos com fins de confisco, que esboça no dispositivo 31, nº1:

Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.

O princípio da vedação ao confisco, positivado na Constituição brasileira, foi fruto do que já estava disposto nas entrelinhas das Cartas anteriores. A legislação estabelece parâmetros que implicam em comprometimento da renda ou o patrimônio de alguém em favor de uma tributação onerosa. A totalidade de um tributo, assim como toda a tributação pertinente, deve ser razoável.

Mesmo quando não expresso este princípio, os autores os extraem do direito de propriedade privada, geralmente colocado, nos países não socialistas, entre os direitos fundamentais. A Constituição de 1988 seguia a tradição histórica, garantindo o direito de propriedade (Art. 5º, XXII). Só com isso seria suficiente, para que se pudesse afirmar que tampouco a tributação pode pretender confiscar a propriedade. Tornando-se o mais explícito, no que tange ao Direito Tributário, o inc. IV do Art. 150, da Lei Fundamental, determinou ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “utilizar tributo com efeito de confisco. (OLIVEIRA; HORVATH; 2001, p. 67).

É notório que não pode subsistir, no âmbito da aplicação das normas tributárias a restrição às necessidades básicas do cidadão. Acata-se o princípio da proporcionalidade como um dos postulados de proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais e o estado não pode extrapolar o seu poder de tributar. A proibição aos efeitos de confisco requer a tensão entre uma norma tributária e um direito humano fundamental.

No entanto, as decisões recentes do Supremo Tribunal Federal (STF) caminham no sentido de se estabelecer o confisco quando um determinado ente político introduz uma carga tributária execrável ao particular, ao ponto de levá-lo a uma inviabilidade econômica.

Em entendimento majoritário sobre o tema, aplica-se o critério da proibição do confisco

em se tratando de multas, desde que o particular prove que o seu pagamento tornará insuportável a sua situação financeira, hipótese onde deverá ser aplicada a razoabilidade e a proporcionalidade. Sabe-se que a progressividade é um instituto que é admitido constitucionalmente, possibilitando um aumento da alíquota e da base de cálculo em determinadas circunstâncias. No entanto, tal acréscimo não pode significar o confisco patrimonial.

Em uma situação, por exemplo, em que o Poder Público aumente de forma progressiva as alíquotas do Imposto sobre propriedade Territorial Rural (ITR) ou do Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) com a finalidade de desestimular certas práticas do proprietário em descumprir a função social da propriedade, mas tais aumentos não surtam o efeito que se espera, não deve ocorrer o confisco, mas pode ensejar a desapropriação por interesse social quando do descumprimento da função social da propriedade.

No entendimento do STF:

Tributário ICMS. Multa com caráter confiscatório. Na ocorrência. Não se pode pretender desarrazoada e abusiva a imposição por lei de multa, que é pena pelo descumprimento da obrigação tributária -, sob o fundamento de que ela, por si mesma, tem caráter confiscatório." (STF, AgRg no RE 590.754, j. 30.09.2008. rel. Min. Eros Grau, Dje 24.10.2008) (BARTINE, 2013, p. 24)

Sobre o assunto, comenta Baleeiro:

O problema reside na fixação de limites, excedidos, os quais esses objetivos, prometidos pela Constituição, estariam irremediavelmente feridos (...) esse problema é fundamentalmente econômico. E à luz da economia, fácil provar, até com a experiência, que, na tributação progressiva, se poderá atingir até quase 100% da renda – do que há fartos exemplos – sem destruir a propriedade, impedir o trabalho, desencorajar a iniciativa ou ultrapassar a capacidade contributiva. (BALEIRO, 1997, pp. 566-567)

Existe seletividade quando passa ser possível a existência de alíquotas diferenciadas em razão de determinados produtos e serviços, considerando a essencialidade do produto ou o serviço for para o consumo, menor será a alíquota ou vice-versa.

A Constituição Federal de 1988 determina que o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) deve ser seletivo (Art. 153, & 3º, I), e que o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) poderá ser seletivo (Art. 155, & 2º, III). Por sua vez, com o advento da EC 42/2003, o IPVA passa a ser seletivo uma vez que poderá ter alíquotas diferenciadas em função do tipo e da utilização do veículo automotor (Art. 155, & 6º, II). Na aceção de Bartine:

Entende-se por confisco a expropriação de um bem particular em caráter meramente sancionatório, sem a devida indenização. Por exemplo, uma alíquota do IPTU calculada a 25% do valor do imóvel implica em que em quatro anos o seu terá exonerado o seu direito de propriedade em razão da entrega do imóvel para a Prefeitura, o que é um confisco. (BARTINE, 2013, p. 23)

Sobre o tema o Supremo Tribunal Federal se posiciona:

(...) o Supremo Tribunal Federal, em casos análogos decidiu que a instituição de alíquotas progressivas para a contribuição previdenciária dos servidores públicos ofende o princípio da vedação de utilização de qualquer tributo com efeito confiscatório, nos termos do Art. 154, IV da Constituição de República." (STF AgRg no AI 701.192, 1.ª T. J. 19.05.2009, voto da Min. Carmem Lucia Dje 26.06.2009) (BARTINE, 2013, p. 24)

Enfim, para o STF, aplica-se tributos isoladamente não, e a jurisdição constitucional excluirá o último tributo majorado, quando for atingido o efeito confiscatório, lembrando de que

para o estabelecimento o confisco conjunto de tributos, é necessário que sejam instituídos pela mesma pessoa política.

A CAPACIDADE DE TRIBUTAR PARA CONSOLIDAÇÃO DA CIDADANIA

Compreende-se que na tributação, ao estabelecer impostos de custeio em favor da prestação de serviços de interesse público, o poder soberano do Estado estabelece uma relação jurídica de cidadania com o contribuinte. No Estado Democrático de Direito, é imperioso a fundamentação das suas ações em princípios garantidores dos direitos, rechaçando o abuso do poder. Ao opondo-se ao que acontecia na época da Monarquia (1822/1889), onde os tributos eram planejados com arbítrio e sem considerar o desejo do povo.

De acordo com Machado (2003), na relação entre Estado e contribuinte existem obrigações, apresentando um sujeito ativo, que é o Estado; um sujeito passivo, que é o contribuinte e a obrigação, que é o tributo. Nesse conjunto, as normas funcionam como elementos que promovem efetivação no sentido de buscar recursos e ao mesmo tempo gerar justiça social.

Assim, o princípio da capacidade contributiva fortalece a ideia de cidadania, declarando direitos e deveres junto ao fisco, elementos considerados ratificadores dos direitos humanos fundamentais. O fisco e o cidadão estabelecem uma relação que deve ser visualizada em ambos os lados. Primeiro, do ponto de vista da necessidade do mínimo existencial do contribuinte; depois, existem direitos e deveres tanto do fisco quanto do cidadão, envolvendo inclusive questões éticas.

A ponderação acerca da cidadania e o fisco envolve a ética tributária, anunciando juridicamente e constitucionalmente que a tributação efetiva tem que acompanhar as condições mínimas de existência que a população demanda. A CF/88 determina expressamente:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

I - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

(...)

(BRASIL, 1988)

A Carta Magna também prevê o princípio da capacidade contributiva no § 10 do Art. 145:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (BRASIL, 1988)

Isso significa que a graduação dos impostos deve ter consonância com a capacidade econômica do contribuinte. Indubitavelmente, exige-se a compreensão de que o tributo é o gênero; os impostos, taxas, contribuição de melhoria e contribuições sociais são espécies tributárias.

Notadamente, a interpretação constitucional pela jurisprudência ou doutrina, acontece muitas vezes de forma hermeneuticamente inadequada, de modo injusto, impreciso, uma vez que “(...) o sentido deverá ser construído de acordo com os princípios que a fundamentam, não sendo possível, simplesmente, examiná-lo apenas pelo método literal de interpretação”. (BUFFON, 2007, pp. 203-204)

Portanto, a capacidade contributiva do cidadão deve assegurar o mínimo existencial que lhe resguarde a sua subsistência pessoal e familiar. Assinala Zilveti:

Embora a Constituição brasileira atual não traga o mínimo existencial de maneira expressa como na Constituição de 1946 (mesmo que restrita ao imposto de consumo), o faz indiretamente, ao determinar a graduação dos impostos de acordo com a capacidade econômica do contribuinte (Art. 145, &1º). Nesse sentido, temos observado nas leis do ICMS, isenções para os produtos chamados de cesta básica; no IPTU, para as casas de determinado tamanho; no ITR, para as chamadas propriedades locais, desde que a família trabalhe nela, obriguem-se o legislador, o intérprete e o destinatário, a respeitar o mínimo existencial do lançamento tributário. (ZILVETI, 2004, p. 223)

Destarte, a interpretação do direito tributário brasileiro atual requer um modelo de tributação que contemple a cidadania e a justiça fiscal, colocando o contribuinte como sujeito principal da promoção social. Buscam-se diretrizes que orientem a implantação dos tributos paralelamente às diretrizes que vislumbrem a concretização dos direitos humanos fundamentais, com foco em um processo democrático justo.

É necessário prevalecer o conceito de cidadania, no sentido de integrá-la como elemento de obrigatoriedade de formação humana. Isso se dá através do conhecimento, das lutas de classes e de uma construção gradativa ao longo das épocas, faz parte de uma conquista da sociedade.

Vincular o aspecto cidadania no contexto do Direito Tributário significa considerar a dignidade humana. O Princípio da Vedação ao Confisco em conjunto com o Princípio da Capacidade Contributiva no momento em que são aplicados de forma justa, demonstra a confirmação da valoração do ser humano enquanto elemento social.

Nesse sentido, a noção contemporânea de cidadania abrange indivíduos portadores de direitos e deveres. No Estado Social o dever de pagar tributos é de todos e a possibilidade de sonegação é condição para a realização de direitos, principalmente os prestacionais. Esse pensamento reflete a equidade de acesso de todas as pessoas no desempenho estatal e na estruturação dos serviços promovidos pelo mesmo. Ademais, a aplicação e obrigação de tributos devem ser um ônus concebível e pressupõe a validação dos direitos civis, sociais e políticos.

A tributação e a cidadania constituem um binômio plenamente compatíveis, presumindo a efetivação do dever fundamental constitucional de pagar tributos, na medida em que exige a proporcionalidade no estabelecimento dos seus encargos, fortalecendo assim, a relação entre

democracia participativa e solidariedade fiscal.

O tributo, além de se inserir como uma ferramenta de financiamento das ações estatais tem função socioeconômica relevante e envolve uma complexidade de litígios tributários. Gonçalves (2008) afirma que o cidadão define políticos e governantes como corruptos e irresponsáveis, quando da criação e controle de impostos.

Depreende-se então, que quando se impõe uma tributação adequada às condições de contribuir, se viabiliza a justiça social, potencializando a ideia de que o Estado deve compartilhar com o interesse público, em favor da cidadania. Vê-se, que na contemporaneidade, as democracias constitucionais se fundamentam em ideais liberais individuais e sociais. Por sua vez, o comunitarismo se anuncia como uma alternativa multiculturalista e mudança da concepção de justiça. Nesse contexto, o estado de Direito Constitucional vislumbra na seara tributária a cidadania contributiva e amplia a discussão sobre a temática em comento.

A DIGNIDADE HUMANA COMO LIMITE AO NÃO CONFISCO TRIBUTÁRIO

É muito expressivo e comum o aumento da carga tributária pelo Estado, comprometendo as diversas camadas da população, principalmente as mais vulneráveis. Por isso, se acelera o debate acerca do tema.

Quando se diz que o Estado Democrático de Direito contempla princípios peculiares, como o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo visível a sua relevância junto ao princípio do mínimo existencial, aborda-se também nessa esfera, os princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco. Na prática, esses conceitos têm efeitos no cidadão-contribuinte enquanto titular de direitos fundamentais assegurados pela CF/88, que entre outros dispositivos, dispõe:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988)

Portanto, a proteção aos direitos sociais envolve o sistema tributário, na medida em que a sua efetividade junto ao emprego dos recursos necessários à execução, possa atingir um patamar regular na sua aplicabilidade. O custo e os entraves de orçamento estatal, muitas vezes impedem que os direitos prestacionais sejam empreendidos a contento, comprometendo a observação do princípio mínimo existencial, que no comentário de Novelino, é:

Resultante da conjugação da dignidade da pessoa humana, da liberdade material e do Estado Social, esta expressão surgiu na Alemanha, em uma decisão do Tribunal Federal Administrativo proferida em 1953, sendo posteriormente incorporada na jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional daquele país. O mínimo existencial consiste em um grupo menor e mais preciso de direitos sociais formado pelos bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida humana digna. (NOVELINO, 2013, p. 555)

Consequentemente, o princípio do mínimo existencial assinala diretrizes para a institui-

ção das metas prioritárias estatais. A hipótese de proclamar a reserva do possível no âmbito dos direitos sociais que compõem esse princípio é uníssona na doutrina e a limitação ao poder de tributar do Estado está assentada no entendimento desses princípios.

Entende-se que na relação fisco-justiça, o planejamento e acompanhamento das ações tributárias merecem atenção suprema e o Estado tem que garantir o emprego apropriado dos recursos e o mínimo suficiente para proporcionar-lhe dignidade humana. O princípio da dignidade da pessoa humana é elencado cada vez mais no contexto dos dias atuais, se consagrando como legítimo no ordenamento jurídico de uma nação. Na lição de Sarlet:

(...) dentre as funções exercidas pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa, humana, destaca-se pela sua magnitude, o fato de ser, simultaneamente, elemento que confere, unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional (...). A Constituição, a despeito do seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado (...). (SARLET, 2011, p. 91)

Dessa forma, a relação fisco/contribuinte deve ser harmônica e com consciência em prol da defesa dos interesses públicos, para que minimize a existência de ilícitos fiscais, o Estado assuma os compromissos pertinentes e o cidadão tenha integridade nos impostos contraídos.

O Estado nação democrático clássico afirma que todos os cidadãos têm os mesmos deveres e direitos, e que os objetivos democráticos são básicos, sendo a isonomia considerada um norte para a democracia moderna, consagrada no princípio da cidadania que foi edificado ao longo da história. Porém, no mundo globalizado, o Estado parece não ter mais a posse das regras, levando a acreditar que o seu poder deve ser partilhado e/ou questionado.

É certo que a nova concepção de cidadania amplia-se cada vez mais, e cabe ao Estado a tutela jurídica dos direitos básicos do indivíduo, bem como a promoção das funções econômicas e sociais. O ponto de partida da prática democrática passa a ser a própria sociedade, que tem potencialidade para afastar o abuso do poder.

Por conseguinte, na esfera de aplicação dos tributos, a capacidade contributiva é uma diretriz de delimitação do poder do estado, evitando abusos e ressaltando a esfera obrigacional do princípio da isonomia, que se enquadra como instrumento eficaz de alcance da justiça social e da dignidade humana. No pensamento de Sarlet:

(...) a dignidade da pessoa humana tem sido reiteradamente considerada por muitos como o princípio (valor) de maior hierarquia da nossa e de todas as ordens jurídicas que a reconheceram, aspecto que nos remete ao problema de uma eventual relativização da dignidade e da necessidade de uma ponderação (e, por conseguinte também de uma hierarquização) de bens, (...). (SARLET, 2011, p. 100)

Logo, o princípio da dignidade da pessoa humana estabelece um dever de moderação e atitudes positivas com o fito de valorização humana. Todas as atividades estatais devem contemplar esse princípio, manifestado no dever estatal de privar-se de posições contrárias à dignidade da pessoa humana, e no dever de proteção.

Nesse contexto, presume-se indivisível a ideia de dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais numa ordem instituída, constituindo-se um princípio normativo de identificação dos direitos fundamentais em todas as dimensões. Abrange respeito e requer o conhecimento de que o poder de tributar não deve tornar impossível a condição mínima de existência

da vida humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão ora apresentada sobre a contextualização da tributação na era atual pressupõe a importância da segura abordagem de bases importantes, quando da aplicabilidade de tributos pelo Estado, com fins de atingir objetivos dispostos na Constituição Federal de 1988.

Percebe-se que, torna-se cada vez mais relevante a obtenção de receitas públicas como uma das formas de gerir a nação, sendo que nesse cenário, o poder de tributar do Estado deve estar concatenado também com a ideia de concretização da cidadania. Nesse sentido, o não confisco tributário é princípio constitucional considerado um fator que limita a atividade estatal no momento da criação de tributos, com foco na não imposição de carga tributária demasiadamente excessiva. Destarte, a estabilidade das contas públicas com a manutenção do bem comum constitui um desafio para o governante.

A possibilidade de reduzir renda e propriedade do indivíduo, em função de uma tributação que adota legitimamente o estado como único e capaz de preservar a ordem interna, é que reflete a necessidade de demonstrar também o outro lado da questão, que envolve tributação como instrumento de política pública e bem-estar socioeconômico. Fica claro que não basta apenas arrecadar.

Ao longo da história, verifica-se que as questões tributárias foram foco de revoltas sociais entre governados insatisfeitos e governantes. E que na contemporaneidade, o Estado ainda enfrenta um universo de complexidade quanto ao seu poder de tributar. Compreender a relação tributação e cidadania significa compartilhar com o progresso político e os interesses coletivos do homem. A partir disso, o diálogo entre as searas tributária e jurídica, entre Estado e cidadão, presume uma série de elementos peculiares relevantes.

Dessa forma, a reflexão das ações governamentais deve observar a real necessidade da efetivação do mínimo existencial que promova o bem-estar social e que o indivíduo se desenvolva enquanto ser humano. É pacífico o pensamento de que o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado o núcleo dos direitos fundamentais, e assim, imune às restrições, na medida em que é reconhecido como elemento limitador destes, impedindo o abuso que poderá levar ao seu esvaziamento.

Compreende-se que a imposição de tributos que sejam compatíveis com a capacidade de contribuir, potencializa a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo viabiliza a materialização dos direitos fundamentais prestacionais, proporcionando a realização de políticas de favorecimento ao bem comum.

Nessa perspectiva, não se deve tratar a tributação com o único olhar de arrecadação. Vencer a rotina de um sistema tributário com regras e vícios “milenarios” constitui uma quebra de paradigmas. Portanto, a vedação ao confisco tributário concretiza o princípio do Estado Democrático de Direito, que preconiza uma sociedade justa, pelo reconhecimento do princípio da dignidade humana incorporado a todas as suas ações. Unificar ideais em todas as dimensões culturais, políticas, administrativas e sociais, também constitui um instrumento de consolidação da cidadania plena.

REFERÊNCIAS

- BALEEIRO, A. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BARTINE, C. Direito Tributário. – 2 ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 abr. 2022.
- BUFFON, M. A tributação como instrumento de densificação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. UNISINOS, 2007, pp. 203-204. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2479>. Acesso em 01 mar 2022.
- CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA DE 1978. Disponível em: <http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf> Acesso em 14 mar 2022.
- GONÇALVES, J. G. – A Tributação, a relação Estado/cidadão e o controle social. Brasília: ESAF, 1999.
- MACHADO, H. B. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Atlas, 2003
- NOVELINO, M. Direito Constitucional. São Paulo: Método, 2013, p. 555.
- OLIVEIRA, R. F.; HORVATH, E. Manual de Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SARLET, I. W. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SEGUNDO, H. B. M. Direito Tributário e Financeiro. São Paulo: Atlas, 2010.
- VIEIRA, L. Os Argonautas da Cidadania: sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record: 2001.
- ZILVETI, F. A. Princípios do Direito Tributário e a Capacidade Contributiva. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

02

Improbidade administrativa - uma análise comparativa do seu procedimento, aplicabilidade e eficácia entre a redação anterior e as alterações trazidas pela lei federal Nº 14.230/2021

**Administrative improbity - a
comparative analysis of its
procedure, applicability and
effectiveness between the previous
writing and the amendments brought
by federal law Nº 14.230/2021**

João Victor Silva Almeida

Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS)

Rayara Ágada Gonçalves Fernandes

Bacharelada em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS)

Maira Regina de Carvalho Alexandre

Mestra em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (PPGPJDH), pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Professora da Graduação em Direito da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS). Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0241426848139231>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1533-9026>

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.2

RESUMO

Há muito as sociedades visam desenvolver um sistema de gestão da coisa pública mais eficiente, que não permita corrupções ou atitudes danosas ao interesse da população, embora evoluções significativas só possam ter sido vistas a nível mundial após a revolução francesa. E foi desses movimentos que surgiu o conceito de improbidade administrativa, regulamentado posteriormente no Brasil através da Lei Federal nº 8.429/92. Ocorre que referida Lei passou por profundas modificações desde o seu conteúdo conceitual e principiológico até mudanças de aspecto material e procedimental, após um longo processo de discussão no âmbito do Poder Legislativo Federal. Entretanto, em razão de tão profundas alterações, surge o questionamento: as alterações trazidas pela nova Lei constituem avanços na repressão às práticas ímprobas ou podem ocasionar eventuais óbices à sanção dos responsáveis pelos atos considerados ímprobos e à repressão como um todo das impropriedades na gerência do patrimônio público? Após o levantamento de conceitos, princípios e aspectos legais sobre o tema, pôde-se observar que a Lei Federal nº 14.230/2021, responsável pelas alterações à Lei de Improbidade Administrativa trouxe grandes evoluções à tutela da moralidade e probidade administrativa, implicando em verdadeira evolução em todos os seus aspectos.

Palavras-chave: improbidade administrativa. Lei 14.230/2021. tutela da probidade.

ABSTRACT

Societies have long sought to develop a more efficient public affairs management system, which does not allow corruption or attitudes harmful to the population's interest, although significant developments could only have been seen worldwide after the French Revolution. And it was from these movements that the concept of administrative improbity emerged, later regulated in Brazil through Federal Law nº 8.429/92. It so happens that this Law underwent profound changes from its conceptual and principled content to changes in material and procedural aspects, after a long process of discussion within the Federal Legislative Branch. However, due to such profound changes, the question arises: the changes brought about by the new Law constitute advances in the repression of improbable practices or can they cause eventual obstacles to the sanction of those responsible for acts considered unrighteous and the repression as a whole of improprieties in the management of the public property? After surveying concepts, principles and legal aspects on the subject, it was possible to observe that Federal Law nº 14.230/2021, responsible for the changes to the Administrative Improbity Law, brought great evolutions to the protection of morality and administrative probity, implying a true evolution in all its aspects.

Keywords: administrative dishonesty. Law 14.230/2021. Protection of Probity.

INTRODUÇÃO

Historicamente, diversas sociedades dentre as mais preponderantes no cenário mundial lutaram contra o poderio exorbitante exercido pelos Reis, Faraós, Imperadores, e demais figuras de autoridade que, a contrassenso do interesse público (conceito sequer existente nessas épocas), mandavam e desmandavam nos súditos, e usufruíam como se seus fossem, dos bens, dos impostos, e até das pessoas que compunham as comunidades.

As sociedades, desde a antiguidade mais remota, sempre realizaram distinção dos comportamentos antagônicos do bem e do mal como meio de classificação das condutas humanas que, inclusive, servem de orientação à tomada de decisões, como forma de evitar a perpetuação de atitudes impróprias.

Um grande exemplo disso, foi o ocorrido na atual Inglaterra, no reino de João I, conhecido como Rei João Sem-Terra, que governou entre os anos de 1199 a 1216.

Foi sob seu reinado que fora promulgada a Magna Carta de 1215, reconhecidamente um dos primeiros regramentos da idade média a estabelecer maior gama de direitos aos súditos, bem como um controle claro de atos da monarquia considerados abusivos.

Em que pese o contexto histórico da promulgação da referida carta seja conturbado, a anuência do Rei João à sua elaboração tenha se dado através de pressões dos barões ingleses, que insatisfeitos com as constantes derrotas do Reino na guerra contra a França, bem como aos constantes aumentos de impostos e outras medidas autoritárias, praticamente impuseram a sua publicação, é inegável que ela deu início a grandes revoluções contra regimes autoritários no mundo inteiro.

Séculos depois, exsurge a famigerada revolução francesa, que possuindo com lemas a liberdade, a igualdade, e a fraternidade, consistiu em uma das maiores mobilizações sociais de que se tem notícia contra medidas abusivas da Monarquia, que culminaram com a morte do então Rei Luís XIV.

O Rei Luís, em rompantes de demonstração de seu poderio, governou praticamente sozinho, dissolveu o Conselho de Estado e para acalmar os ânimos da nobreza, que viu-se quase sem funções práticas no governo, formou uma corte que chegou a ter mais de seis mil pessoas, enquanto que, mesmo ciente da necessidade de uma reforma na política tributária do país, vez que encontrava-se em crise decorrente da extrapolação de gastos a maior que a receita, não demonstrava o mínimo interesse na diminuição dos privilégios ou pagamento de mais impostos pelos primeiro e segundo estados.

Tal situação culminou com a mobilização do “Terceiro Estado”, representado pela grande maioria da população, formada via de regra pelos burgueses e camponeses, que em 1789, realizou o que ficou conhecido como “a queda da Bastilha”, que por sua vez era uma prisão para os inimigos do Rei.

Em resumo, insatisfeitos com os atos autoritários e contestáveis do monarca, a população francesa decide rebelar-se contra o poderio monarca, gerando repercussões no mundo inteiro, e sendo uma das maiores causas do processo de constitucionalização (de direitos fundamentais) que ocorreu em massa posteriormente.

Esses e diversos outros exemplos demonstram uma tendência social de opor-se a mandos e desmandos das autoridades, democráticas ou não, e de condenar condutas que a depender do contexto local, cultural e temporal, possam ser tidas por impróprias ou injustas.

É justamente em decorrência desta tendência social que, com o passar dos anos, surgiram, em diversos formatos, legislações mundo afora que repeliam tais atos considerados como imorais, ilegítimos ou contrários ao interesse público, etc., este último elevado na atualidade ao status de princípio supremo regente do Direito Administrativo, desde suas raízes.

No Brasil, historicamente, é possível se destacar algumas adoções pelo legislador de um modelo que aos poucos passou a inclinar-se a determinado nível de abstenção estatal, no entanto, foi somente com o advento da Constituição Federal de 1967¹ (e as alterações realizadas pelas emendas 01/1969 e 11/1978), que houve a constitucionalização da repressão aos atos imorais em face da Administração Pública, e, em que pese tratasse apenas do enriquecimento ilícito no exercício de função pública e do dano ao erário, foi verdadeira precursora do combate às impropriedades na gerência da res pública.

E é precisamente desse contexto que em 1988, com a promulgação da Constituição Cidadã, que surge a ideia da improbidade administrativa, e a previsão constitucional expressa do dever de repressão aos atos assim configurados, cujos princípios, conceitos, tipificações e procedimentos inerentes seriam posteriormente disciplinados em Lei Federal.

Referida Lei foi editada em meados de 1992, e constituiu grande marco para o combate à ingerências cometidas na condução da máquina pública, estabelecendo regras rígidas e uma gama muito grande de atos considerados ímprobos, inclusive, violação aos princípios que nor-teiam a Administração.

Entretanto, após passados quase trinta anos da sua vigência, a Lei de Improbidade Administrativa passou, recentemente, por profunda alteração em razão das disposições da Lei Federal nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, que desde a ementa, até a parte principiológica, de tipificação e procedimental, modificou a dinâmica da repressão aos atos ímprobos e seus em vários sentidos.

Portanto, o presente trabalho visa, de modo geral, realizar uma análise do instituto da improbidade administrativa e as implicações decorrentes da inovação legislativa posta pela Lei 14.230/2021, observando e indicando, mediante juízo fundamentado, se as alterações realizadas podem ocasionar eventuais óbices à sanção dos responsáveis pelos atos considerados ímprobos e à repressão como um todo das impropriedades na gerência do patrimônio público.

Para alcance do desígnio geral acima indicado, foram estabelecidos, a título de objetivos específicos, os seguintes: a) Elencar os princípios da Administração com ênfase no princípio da moralidade, conforme art. 37 da CF/88; b) Conceituar improbidade administrativa nos termos da lei, apontando as características inerentes aos atos considerados como ilegais perante o ordenamento jurídico vigente; c) Apresentar a Lei de Improbidade Administrativa detalhando, de maneira resumida, o seu procedimento peculiar e sua razão de ser assim, bem como as consequências que as condutas nela elencadas podem ocorrer; d) Apresentar, de forma sintética, as inovações decorrentes da nova lei; e e) Analisar as alterações decorrentes da novatio legis (Lei Federal 14.230/2021), esclarecendo as principais mudanças realizadas; e, com base no contexto político atual, inferir se tais alterações são positivas ou negativas em face do combate à dilapidação dos bens públicos, os crimes contra a Administração e a malversação da coisa pública.

¹ Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] §11 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, nem de banimento. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação penal aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento no exercício de função pública.

METODOLOGIA

Realizou-se pesquisa bibliográfica atualizada, de natureza qualitativa e caráter exploratório, utilizando-se principalmente de conceitos do Direito Constitucional e do Direito Administrativo. Baseou-se ainda no método investigativo na análise das bibliografias utilizadas, não se produzindo conhecimentos novos.

BREVE RESUMO DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

As sociedades, desde a antiguidade mais remota, sempre realizaram distinção dos comportamentos antagônicos do bem e do mal como meio de classificação das condutas humanas que, inclusive, servem de orientação à tomada de decisões, como forma de evitar a perpetuação de atitudes impróprias.

Segundo prelecionam Garcia e Alves (2004), referida distinção constitui-se como fator de valoração humana durante todos os processos históricos, tornando-se inafastáveis e indissociáveis ao homem.

Um dos grandes exemplos históricos disso foi a magna carta de 1215, na qual o popular João Sem Terra, Rei da Inglaterra, impôs determinadas abstenções ao Estado, constituindo um dos primeiros documentos a limitarem a atuação da monarquia, sistema de governo vigente em praticamente todos as nações da época.

Em que pese o contexto histórico da promulgação da referida carta seja conturbado e, segundo Paulo Parauil Rodrigues (2013), a anuência do Rei João à sua elaboração tenha se dado através de pressões dos barões ingleses, que insatisfeitos com as constantes derrotas do Reino na guerra contra a França, bem como aos constantes aumentos de impostos e outras medidas autoritárias, praticamente impuseram a sua publicação, é inegável que ela deu início a grandes revoluções contra regimes autoritários no mundo inteiro.

Séculos depois, exsurge a famigerada revolução francesa, que possuindo com lemas a liberdade, a igualdade, e a fraternidade, consistiu em uma das maiores mobilizações sociais de que se tem notícia contra medidas abusivas da Monarquia, que culminaram com a morte do então Rei Luís XIV.

Segundo Flávia Lages Castro (2007, p. 201) o reinado de Luís XIV “foi um exemplo de centralização de poder [...] e tamanha centralização era justificada por teorias que buscavam explicar o Absolutismo ou mesmo foram utilizadas por este mesmo quando somente tentavam justificar a necessidade do Estado”.

Diversos são os relatos de exercício arbitrário do poder no reinado de Luís XIV, o que culminou com a fatídica, mas importantíssima histórica e politicamente, revolução francesa, que, em resumo, consistiu na mobilização popular diante da insatisfação com os atos autoritários e contestáveis do monarca.

Nesse cenário a população francesa decidiu rebelar-se contra o poderio monarca, gerando repercussões no mundo inteiro, e sendo uma das maiores causas do processo de constitucio-

nalização (de direitos fundamentais) que ocorreu em massa posteriormente.

No Brasil, ainda na época do controle político e administrativo exercido por Portugal, vieram a partir de meados de 1603, as ordenações Filipinas, um complexo compilado de normas que versavam sobre diversos assuntos, dentre eles, a vedação em realização de atos tidos por inadequados e pode-se dizer, ilegais, a título de exemplo, ao vedar o recebimento de vantagens por partes de oficiais e estabelecendo sanções para tanto. Nos dizeres de Garcia e Alves:

[...] ao vedar o recebimento de vantagens por parte dos Oficiais de Justiça e da Fazenda, comunicavam-lhe as penas de perda do ofício e obrigação de pagar vinte vezes mais do que receberam, sendo que, deste total, metade reverteria para o acusador e a outra metade para a denominada Câmara do Conselho. Na teoria tudo fluía muito bem, mas na prática as ações não eram concretizadas (GARCIA, ALVES, 2004, p. 187).

Após o fim de tais ordenações, no ano de 1830, passou a vigorar o Código Criminal Brasileiro, que tipificava condutas como, por exemplo, a corrupção e o suborno, posteriormente unificados através das alterações trazidas pelo Código de 1890. (SILVEIRA, 2011).

E é precisamente desse contexto que em 1988, com a promulgação da Constituição Cidadã, especificamente no art. 37, §4º, abaixo transcrito, que surge a ideia da improbidade administrativa, e a previsão constitucional expressa do dever de repressão aos atos assim configurados, cujos princípios, conceitos, tipificações e procedimentos inerentes seriam posteriormente disciplinados na Lei Federal 8.429 de 02 de junho de 1992.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (BRASIL, 1988)

Referida Lei 8.429/92 constituiu grande marco para o combate à ingerências cometidas na condução da máquina pública, estabelecendo regras rígidas e uma gama muito grande de atos considerados ímprobos, inclusive, violação aos princípios que norteiam a Administração, estes previstos no caput do art. 37 da CF, acima transcrito.

Entretanto, após passados quase trinta anos da sua vigência, a Lei de Improbidade Administrativa passou, recentemente, por profunda alteração em razão das disposições da Lei Federal nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, que desde a ementa, até a parte principiológica, de tipificação e procedimental, modificou a dinâmica da repressão aos atos ímprobos e seus em vários sentidos.

PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO E CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que resultou, dentre outros aspectos, da soma das evoluções históricas ocorridas mundialmente, em especial as citadas anteriormente, a República Federativa do Brasil foi constituída como Estado Democrático de Direito, sendo que a segunda expressão é importantíssima para a compreensão dos temas aqui estudados.

Para André Ramos Tavares (2017, p. 90):

É no denominado “Estado limitado”, decorrente de uma “limited Constitution”. que emerge a concepção de que o Governo deve encontrar balizas (constitucionais) e que estas lhe devem ser impostas. É o corolário do Estado de Direito: a autolimitação do Estado por meio do Direito.

Já Alexis Madrigal (2015), elenca que o Estado de Direito diz respeito, dentre outros aspectos, à limitação que o próprio Estado estabelece sobre si mesmo, ou seja, o dever de obedecer às próprias leis, que é, também um desdobramento do próprio princípio da legalidade.

Dessa forma, verifica-se que o Estado de Direito, impõe sobre si mesmo limitações e normas a serem obedecidas, normas estas que se subdividem em normas-regra e normas-princípio, estas últimas mais abstratas, entretanto, importantíssimas à fiel interpretação do que as primeiras efetivamente determinam.

Acerca dos princípios inerentes à Administração Pública, os principais são vistos no caput do art. 37 da CFRB/88, que dispõe que: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes [...] obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018) preleciona que legalidade pode ser compreendida em dois sentidos, um à Administração e outro aos particulares, sendo que o primeiro trata da legalidade estrita, ou seja, a Administração somente pode realizar aquilo que a Lei expressamente permita ou determine, não existindo liberdade em decorrência da omissão legislativa.

Ainda segundo a autora, os gestores e agentes públicos devem se pautar pela impessoalidade, que significa, em suma, que os agentes não realizam suas funções em mérito próprio, mas sim é a Administração quem age. De outro lado, não deve haver favorecimento pessoal pois todos devem ser igualmente tratados, o que se assemelha muito ao próprio princípio da isonomia.

Ensina ainda que todos os atos, salvo as exceções previstas em lei (obediência à legalidade), devem ser públicos. Isso deriva do próprio conceito de Estado democrático, que pressupõe o dever dos gestores de prestar contas, o que somente pode ocorrer através da publicização dos atos.

Quanto à eficiência, incluída como princípio constitucionalmente expresso, esta diz respeito à substituição do modelo burocrático anteriormente adotado para a adoção da gestão organizada da *res pública*, visando a melhor prestação dos serviços aos administrados.

Elenca ainda a autora outros princípios importantíssimos como a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, entretanto, para fins de alcance do objetivo traçado no presente estudo, ressalta o princípio da moralidade, este, por sua vez, o bem jurídico mais tutelado pela Lei de Improbidade Administrativa.

José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 78), ensina que:

O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. Acrescentamos que tal forma de conduta deve existir não somente nas relações entre a Administração e os administrados em geral, como também

internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram.

Ou seja, embora o conceito de honestidade, probidade, etc., sejam abstratos e possam variar entre indivíduos e circunstâncias, existe um consenso acerca de determinadas condutas, que é dever do agente público.

É nessa senda que surge a Lei de Improbidade Administrativa, que visa reprimir os atos atentatórios contra a moralidade pública, bem jurídico por ela tutelado.

É possível conceituar Improbidade Administrativa como o ato ilícito praticado por agente público (ou terceiro que o induza ou com ele concorra) no exercício das funções inerentes, em regra de forma dolosa, contra entes públicos ou privados que possuam recursos públicos. (NEVES; OLIVEIRA, 2014). Sendo mais que a transgressão da letra da lei, superando a mera ilegalidade administrativa, sendo o ato ilegal qualificado pela imoralidade do agente público (MARCQUES, 2010).

Ou seja, a Improbidade Administrativa é, em suma, determinada conduta, previamente cominada em lei, que contraria a moralidade no trato com a coisa pública, importando em desonestidade que lesando ou não o patrimônio público, deve ser reprimida, atendidas as disposições legais.

VISÃO GERAL DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUAS PARTICULARIDADES (REDAÇÃO ANTERIOR)

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº 8.429/92), como visto, constitui instrumento repressor das condutas ilícitas que violam, especialmente, a moralidade pública, princípio importantíssimo elencado no art. 37 da CFRB/88.

Referida lei é fruto do mandamento constitucional previsto no §4º do referido art. 37, dispondo que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

A redação anterior da lei, em seus dispositivos iniciais, trazia previsões genéricas e conceitos sobre os agentes puníveis (art. 2º e 3º), obrigações comuns a todos os agentes públicos (art. 4º), procedimento quando houvesse lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito (art. 5º, 6º e 7º) e até regras acerca do alcance das obrigações aos sucessores do ímprobo, em caso de morte (art. 8º).

Entretanto, são os artigos 9º, 10 e 11 da Lei que estabelecem, de fato, as condutas tipicamente consideradas ímprobas, e, por conseguinte, passíveis das sanções de que trata o posterior art. 12.

A tutela à moralidade e à probidade era tanta (a análise dos efeitos da alteração legislativa se dará nos tópicos posteriores), que desde condutas que importassem em enriquecimento ilícito e dano ao erário, até aquelas que atentassem tão somente contra os princípios da Administração possuíam previsão de sanções graves como a multa pecuniária e perda dos direitos políticos, além de outras como a impossibilidade de contratar com a Administração Pública, etc.

A Legislação adotava então um modelo rígido de combate às práticas desonestas no âmbito da condução da coisa pública, e as mínimas condutas atentatórias aos princípios, obviamente levada em consideração a proporcionalidade, eram devidamente sancionadas.

Importantíssimo ainda mencionar que atitudes culposas, mas que importassem em dano patrimonial ou mesmo em violação de princípios, eram punidas, consoante anterior dicção dos artigos 10 e 11. *Ipsis litteris*:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: (BRASIL, 1992)

Tais conceitos geraram inúmeras discussões no âmbito do Poder Judiciário, e o Egrégio Superior Tribunal de Justiça – STJ pacificou entendimento² no sentido de que para as condutas do art. 11 da LIA, o elemento subjetivo do tipo é o dolo genérico, não necessariamente o dolo específico do agente.

Além disso, nos autos da Ação de Improbidade Administrativa – AIA nº 30/AM, que tramitou no STJ, o Tribunal pacificou que para as condutas elencadas no art. 10 da LIA, bastava a demonstração da culpa grave do agente para possibilidade de imposição das reprimendas.

Tal posicionamento evidencia que prevalecia a interpretação mais rígida da legislação, no sentido de que as condutas consideradas ímprobas, mesmo que ausente o dolo específico do agente, eram reprimíveis.

No tocante às penas, era previsto até o advento da Lei 14.230/2021, a título de exemplo, o pagamento de multa civil de até o triplo do valor acrescido ilicitamente ao patrimônio, no caso de cometimento de conduta prevista no art. 9º, ou de até o dobro do dano ao erário verificado, no caso de condenações pelo art. 10 da LIA, além de diversas outras, comuns aos artigos 9º, 10 e 11, como a proibição de contratação com a fazenda pública ou ainda a suspensão de direitos políticos por diferentes prazos.

Importante frisar ainda que foi incluído o art. 10-A à LIA em meados de 2016, através da Lei Complementar nº 157/2016, que tratava dos atos de improbidade decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário, ampliando o rol das condutas consideradas ilícitas perante a norma.

Essas, dentre outras disposições, demonstram o caráter repressivo da norma, que era sobremodo rígida em face das condutas tidas por imorais ou desonestas. Entretanto, décadas depois, foi editada a recentíssima Lei Federal nº 14.230/2021, abordada a seguir.

IMPLICAÇÕES E ALTERAÇÕES DA LIA PELA LEI 14.230/2021

Como visto, a Lei 8.429/92 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro um robusto

² REsp 765.212/AC

sistema de repressão à improbidade Administrativa, em que condutas inclusive culposas seriam repelidas com sanções que vão desde patrimoniais até a suspensão de direitos fundamentais como os políticos.

Entretanto, após uma longa discussão no Legislativo Federal, referida norma sofreu alterações significativas através do advento da Lei 14.230/2021, desde sua parte principiológica e geral, passando pela estipulação de novas condutas ímprobas, e até alterações de natureza procedimental, resultando, na prática, na edição de um novo sistema jurídico de repressão à improbidade, embora permaneça disciplinado na mesma lei.

Isso se deu a exemplo da Emenda Constitucional 01/1969, que, editada no regime militar para alterar a recente Constituição de 1967, é compreendida por parte da doutrina como uma própria constituição autônoma, embora não o seja, no aspecto formal do termo.

Diversas foram as inovações tragas pela nova Lei de Improbidade Administrativa, que reestruturaram todo o sistema de repressão dantes disciplinado pela Lei 8.429/92, e são tão profundas, que alteram até a ementa da legislação, expressando de maneira mais adequada o mandamento do §4º do art. 37 da CFRB/88.

O artigo 1º da Lei também foi profundamente alterado, com a inclusão de diversos parágrafos, bem como o próprio *caput* passou a ter redação que deixou mais claro o bem jurídico por ela tutelado, fazendo menção expressa à “probidade”. Referida inovação é importante pois implica em mudança no paradigma da repressão à improbidade, pois desde o início a legislação agora passa a indicar que seu objetivo é a tutela de determinado bem jurídico, a saber, a probidade, e não somente a punição, como indicava a anterior dicção.

Entretanto, uma das mais relevantes alterações foi no tocante à exigência do dolo na aferição das condutas. A anterior redação do art. 3º da Lei 8.429/92, que tratava da aplicação da Lei aos que não fossem agentes públicos assim dispunha: “As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

A nova redação, no entanto, inseriu a expressão “dolosamente” ao dispositivo, estabelecendo que as condutas de induzimento ou concorrência para a prática de ato ímprobo exige a configuração do elemento subjetivo do dolo.

Como visto, o tema já foi amplamente discutido no âmbito do Judiciário brasileiro, ocasião em que o STJ proferiu entendimento no sentido de que em determinados casos, a figura da culpa grave ou do dolo genérico poderiam ensejar condenação. Porém, a partir da vigência da *novatio legis*, o dolo passa a ser elemento subjetivo exigível em todos os casos de improbidade, sendo que sem a sua configuração o ato ímprobo não se consuma.

Esta é a exata expressão do disposto nos novos parágrafos 1º e 2º do artigo primeiro da LIA, inseridos pela Lei 14.230/2021, que assim dispõem:

§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente. (BRASIL, 2021)

Ou seja, somente se consideram atos de improbidade aquelas condutas dolosas perme-

adas da vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito previsto nos artigos 9º, 10 e 11, sendo que a voluntariedade do agente, neste novo regime, não é suficiente para configuração da “antiprobidade” das condutas.

Corroborando isso, a nova redação dos artigos 9º, 10 e 11 passaram a prever expressamente em seus respectivos caputs a previsão do dolo como elemento subjetivo do tipo, ilidindo quaisquer possibilidades de entendimentos contrários.

Quanto às condutas propriamente ditas, houve não singela modificação dos tipos previstos na legislação. Os incisos IV, VI e VII do art. 9º, que trata dos atos de improbidade que importem em enriquecimento ilícito, tiveram sua redação alterada, bem como os incisos I, VIII, X, XIX e XX, além de revogado o inciso XXI e incluído o XXII, todos do art. 10.

Paralelo a isso, o art. 10-A foi inteiramente revogado, assim como os incisos I, II, IX e X do artigo 11, que teve também a redação de outros incisos alterada (III, IV, V e VIII), tendo sido adicionados os incisos XI e XII.

Merece destaque dentre as adições feitas à Lei 8.429/92, o inciso XI do art. 11, que dispõe acerca do “nepotismo”, assim dispôs:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: [...] XI - nomear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas; (BRASIL, 2021)

A repressão ao nepotismo, embora já ocorresse antes, agora se deu de forma bem mais incisiva, pois contrapõe-se, inclusive, ao atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, que não verificava até então vedação à nomeação de familiares para cargos de confiança, em especial os de natureza política.

Sem a intenção de manifestar posicionamento taxativo, é possível verificar da dicção do dispositivo que agora a vedação se dá de forma total, e não parcial, incluindo na tutela da probidade a necessidade de evitar o aparelhamento da máquina estatal.

No que se refere às penas, observa-se que o art. 12 passa a trazer em seus incisos, além de outras alterações, a previsão de suspensão máxima dos direitos políticos por até quatorze anos), aumento significativo em face do máximo de dez anos anteriormente previstos. Em contrapartida, as sanções de natureza pecuniárias foram razoavelmente diminuídas, passando nos casos do inciso I, do triplo do enriquecimento ilícito eventual para somente o valor contraído irregularmente.

A parte procedimental, por fim, também passou por severas modificações, desde a alteração da legitimidade ativa, que agora pertence tão somente ao Ministério Público, e não mais aos Municípios lesados, até as disposições referentes à prescrição, que passa a ser de 08 (oito anos) em todos os casos, isso além das alterações referentes aos acordos de não persecução cível.

A *novatio legis* trouxe, portanto, um conjunto de não singelas alterações que modificaram

profundamente toda a dinâmica da repressão à improbidade administrativa. Resta saber, entretanto, se tais mudanças são capazes de gerar maiores impactos positiva ou negativamente.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Observando o panorama acima descrito, e o conjunto das profundas alterações trazidas com a entrada em vigor da nova lei, isso, em paralelo com o objetivo geral deste trabalho, exsurge o questionamento: as alterações trazidas pela nova Lei constituem avanços na repressão às práticas ímprobas ou podem ocasionar eventuais óbices à sanção dos responsáveis pelos atos considerados ímprobos e à repressão como um todo das impropriedades na gerência do patrimônio público.

Como indicado introdutoriamente, para alcance do desígnio geral acima indicado, foram estabelecidos, a título de objetivos específicos, os seguintes: a) Elencar os princípios da Administração com ênfase no princípio da moralidade, conforme art. 37 da CF/88; b) Conceituar improbidade administrativa nos termos da lei, apontando as características inerentes aos atos considerados como ilegais perante o ordenamento jurídico vigente; c) Apresentar a Lei de Improbidade Administrativa detalhando, de maneira resumida, o seu procedimento peculiar e sua razão de ser assim, bem como as consequências que as condutas nela elencadas podem ocorrer; d) Apresentar, de forma sintética, as inovações decorrentes da nova lei; e e) Analisar as alterações decorrentes da *novatio legis* (Lei Federal 14.230/2021), esclarecendo as principais mudanças realizadas; e, com base no contexto político atual, inferir se tais alterações são positivas ou negativas em face do combate à dilapidação dos bens públicos, os crimes contra a Administração e a malversação da coisa pública.

Os três primeiros objetivos foram alcançados através da exposição do neles indicados, cujas informações subsidiaram o alcance dos demais (quarto e quinto), estes por sua vez relacionados ao mérito do objetivo geral do trabalho.

As alterações da *novatio legis* foram profundas e abrangeram diversos aspectos da atividade repressora estatal acerca dos atos de improbidade administrativa e vão desde aspectos conceituais até disposições materiais e procedimentais específicas, que acabam por configurar, na prática, uma reforma quase que integral às disposições da Lei nº 8.429/92.

Ab initio, o próprio objetivo da Lei, estampado no art. 1º, foi alterado e passou a ser a tutela expressa da probidade administrativa, deixando de ser seu objetivo principal a simples punição dos atos tidos por ímprobos, conforme anterior redação do dispositivo.

Isto implica em um novo objeto de atuação estatal, que afeta toda a dinâmica instituída pela LIA, uma vez que em situações omissas ou em caso de contradição da norma, o objetivo principal exsurge como princípio específico mor, e orienta a tomada de decisão não baseado no critério punitivista dantes fixado, mas sim no critério de proteção do erário público e da probidade, que é fundamentalmente mais amplo, posto que a simples punição não é capaz de proteger a probidade, embora seja um dos meios de seu alcance.

Aliado a isso, uma das maiores mudanças trazida pela lei foi a referente à extinção da culpa (comum ou grave) e do dolo genérico para a configuração do ato ímprobo, passando a exigir-se em todos os casos a comprovação do dolo específico para repressão de eventuais

condutas, o que ultrapassa um grandessíssimo compilado jurisprudencial sobre o tema, entretanto, substancia uma mais específica tutela, evitando a punição em nível de igualdade dos desonestos, de práticas cometidas por mero equívoco ou mesmo incapacidade na gerência da res pública.

Além disso, no tocante às disposições materiais, houve redução dos tipos administrativos considerados ímprobos, sendo suprimidos o inciso XXI do art. 10º, o art. 10º-A, e ainda os incisos I, II, IX e X do art. 11 da LIA, além de alterados sensivelmente outros dispositivos da trinca composta pelos artigos 9º, 10º e 11. Entretanto, em contrapartida, outros tipos foram incluídos na legislação, como os incisos XI e XII ao art. 11 e o XXII ao art. 10º.

Dessa forma, a supressão ou alteração de redação de alguns dos incisos desses artigos não implicam, por si só, em uma menor tutela da probidade, ou na desresponsabilização dos agentes públicos, pelo contrário, implicam em uma nova concepção do que é capaz de materialmente ferir a moralidade pública e demais princípios da Administração, havendo uma transmutação das atividades realmente nocivas ao Erário e ao Interesse Público, ilidindo algumas que somente davam azo ao ajuizamento em massa de ações de responsabilização por improbidade.

Quanto às penalidades, observa-se que como regra, diminuíram em seu aspecto pecuniário (financeiro), no entanto, foram agravadas no tocante à restrição de direitos políticos e de contratação com a administração. Em que pese a redução parcial do *quantum* financeiro aplicado a título de sanção decorrente de atos ilícitos implicar em uma menor gravosidade de determinadas sanções, o que pode ser entendido por alguns como um incentivo institucional à prática de tais condutas, é um caminho mais adequado entender que houve mais uma justificação do que uma redução das penas, que muitas vezes tinham suas respectivas execuções frustradas diante da morosidade e lento procedimento.

Valores menores, mas não ínfimos, facilitam a própria pretensão executória pela Administração competente, e verbas de cunho sancionatório e não apenas ressarcitório ainda foram mantidas em patamar adequado, embora menor que anteriormente previsto.

De outro lado, no tocante ao afastamento dos que cometerem os atos reprimidos pela legislação, dos cargos políticos ocupados, seja pela suspensão dos direitos políticos ou proibição de contratar com o poder público, nota-se que o novo diploma impôs penas mais duras que podem chegar até quatorze anos às do inciso I do art. 12, doze anos às do inciso II do mesmo artigo e ainda quatro anos (só para a proibição de contratação) no que se refere às sanções do inciso III do mesmo dispositivo, o que representa um aumento considerável frente aos anteriores, dez, cinco e três anos, respectivamente.

Nos aspectos procedimentais alterados, um dos mais sensíveis pontos da reforma foi no tocante à destituição do Ente Federativo prejudicado pela prática do agente público ou corresponsáveis, da condição de legítimo ativo para propositura da ação de responsabilização por ato de improbidade correspondente. Nesse ponto, entende-se ser também positiva a reforma no sentido de impedir que a máquina pública seja utilizada para mera perseguição política pelas novas gestões que ingressam no Poder Público a cada quatro ou oito anos.

A designação do Ministério Público para ser o titular da ação de responsabilização por improbidade constitui novamente avanço na seara da tutela da probidade, uma vez que evita a utilização da estrutura administrativa para ajuizamento em massa de gestores passados, oposi-

tores políticos, e ainda, importante ressaltar que não há prejuízos pela Administração que ainda se resguarda ao poder/dever de realizar representação junto ao Órgão Ministerial, e ainda situar-se como terceiro interessado em eventual ação desta natureza, defendendo diretamente seus interesses em processo conduzido por autoridade desvinculada do Município.

Essas dentre outras alterações demonstram o caráter modernizador da Lei Federal 14.230/2021, e indicam que as reformas por ela introduzidas no cenário jurídico brasileiro são de suma importância para a justa e eficiente tutela da probidade, que se dá não somente com a punição propriamente dita dos atos ímprobos, mas se manifesta através de diversas outras formas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observado todo o exposto, entende-se que foram alcançados os objetivos específicos, uma vez que foram identificados os princípios constitucionais e infraconstitucionais pertinentes ao tema, foi possível, com base na doutrina e análise da legislação vigente, conceituar a improbidade administrativa, e foram abordados os aspectos principais da Lei 14.230/2021, em contraste com a Lei 8.429/92, esta última alterada pela primeira, a fim de melhor compreensão dos objetivos, meios, conteúdos e procedimentos vigentes no Brasil para tutela da probidade e repressão dos atos ímprobos.

Além disso, foi possível analisar, meritoriamente, os aspectos da nova legislação, e, com base nisso, aferir se a sua entrada em vigor constituiu-se em uma inovação positiva à proteção da coisa pública, ou instituiu óbices ao devido processo de tutela da probidade e moralidade administrativas.

Analisando todo o cotejo acima apresentado, é possível concluir que a *novatio legis* (Lei Federal nº 14.230/2021) constitui-se como mecanismo legal inovador que é responsável pela ampliação do objeto de proteção conferido à Lei Federal nº 8.429/92, pela adequação dos atos objetivos a serem reprimidos, de acordo com a situação social, pela justificação do processo de reprimenda, com a deslegitimação dos Entes para a propositura de ação judicial que vise a responsabilização, evitando assim a utilização da máquina pública para perseguição política, e isso, sem esgotar a atuação judicial dos Entes que podem/devem representar atos ilícitos ao Órgão Ministerial e constar como terceiro interessado nos processos que visem apuração de práticas ímprobas, dentre outra série de alterações importantes, que tornam mais justo e razoável o processo de apuração desses ilícitos, sem implicar em financiamento à impunidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1967) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 24 nov. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. Lei Federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal;

e dá outras providências. Brasília, DF, 03 jun. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 07 dez. 2021.

BRASIL. Lei Federal nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília, DF, 26 out. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art2. Acesso em: 07 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 765.212/AC. Brasília, DF, 02 de março de 2010, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 02/03/2010, publicado no Diário da Justiça em 23 jun. 2010. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clap.+e+@num=%27765212%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%27765212%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clap.+e+@num=%27765212%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%27765212%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 07 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AIA 30/AM, Brasília, DF, 28 de setembro de 2011, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/09/2011, Publicado no Diário da Justiça em 28 set. 2011. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AIA%27.clas.+e+@num=%27000030%27\)+ou+\(%27AIA%27+adj+%27000030%27.suce.\)\)](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AIA%27.clas.+e+@num=%27000030%27)+ou+(%27AIA%27+adj+%27000030%27.suce.))). Acesso em: 07 dez. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28. ed. São Paulo/Sp: Atlas, 2015. Disponível em: <https://morumbidireito.files.wordpress.com/2015/09/direito-administrativo-28c2aa-ed-2015-josc3a9-dos-santos-carvalho-filho.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2021.

CASTRO, Flávia Lages de. HISTÓRIA DO DIREITO GERAL E BRASIL. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. 572 p.

GARCIA, Emerson. e ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 2.ªed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MADRIGAL, Alexis. O Estado Democrático de Direito no Brasil. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37262/o-estado-democratico-de-direito-no-brasil>. Acesso em: 01 dez. 2021.

MARQUES, Silvio Antônio, Improbidade Administrativa: ação civil e cooperação internacional. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, Manual de Improbidade Administrativa. 2ª ed. São Paulo: Editora Método. 2014. NEVES, Daniel Amorim Assumpção, OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, Manual de Improbidade Administrativa Direito Material e Processual. 6ª ed. São PauloSP: Editora Método, 2017.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. Legislação e jurisprudência atualizadas. 1º ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 1180 p.

RODRIGUES, Paulo Parauil. A influência da magna carta do rei João sem terra nos direitos e garantias individuais estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Brasília, 2013.101f.–Monografia (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/824>

SILVEIRA, Clariana Oliveira da. Um breve histórico da improbidade administrativa no Brasil. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 14, nº 752. Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-administrativo/2156/um-breve-historico-improbidade-administrativa-brasil> desde 16 de fevereiro de 2011. Acesso em 24 de novembro de 2021.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 15. ed. São Paulo/Sp: Saraiva, 2017. 1309 p.

A impossibilidade de escusar-se da lei alegando desconhecê-la e a ausência de educação jurídica nas escolas

The impossibility of excusing oneself from the law claiming to be unaware of it and the lack of legal education in schools

Angélica Altoé

Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins - UNITINS.

Wilker Batista Cavalcanti

Graduado em Direito pela Universidade Cândido Mendes – Rio de Janeiro (1996). Especialização em Metodologia da educação Superior pela Universidade Estadual do Maranhão (2005), Mestre em Administração pela FEAD (2014) e Doutor em Direito pela FADISP – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (2015), professor universitário

Kamila Soares Leal

Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Taubaté - UNITAU (2020); Especialista em Prática Avançada Previdenciária pelo Damásio (2020); Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER (2016); Especialista em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Rio Sono (2015); Bacharel em Direito pela Faculdade do Bico do Papagaio - FABIC (2013).

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.3

RESUMO

O estudo em tela aborda as normativas que estabelecem o princípio da inescusabilidade da lei, e sua melhor execução por meio da inserção de educação jurídica no ensino regular. Trata-se de uma pesquisa qualitativa exploratória que apresenta a relativização do conhecimento da lei desde sua publicação e vigência, e a viabilidade da inclusão de matéria jurídica no ensino brasileiro em prol da segurança jurídica, proporcionando aos cidadãos um melhor desenvolvimento acadêmico, intelectual e social, contribuindo também para o pleno exercício da cidadania. Por fim, subtede-se durante o trabalho, que ordenamento jurídico, bem como o Poder Legislativo necessitam implementar alternativas que aumentem a inserção da população nas atividades normativas, para que assim sejam gozados os direitos e deveres dos cidadãos.

Palavras-chave: lei. inescusabilidade. educação jurídica. conhecimento.

ABSTRACT

The study on screen addresses the regulations that establish the principle of the inexcusability of the law, and its best execution through the insertion of legal education in regular education. This is an exploratory qualitative research that presents the relativization of knowledge of the law since its publication and validity, and the feasibility of including legal matters in Brazilian education in favor of legal certainty, providing citizens with better academic, intellectual and social development also contributing to the full exercise of citizenship. Finally, it is understood during the work that the legal system, as well as the Legislative Power, need to implement alternatives that increase the inclusion of the population in normative activities, so that the rights and duties of citizens are enjoyed.

Keywords: law. inexcusability. legal education. knowledge.

INTRODUÇÃO

O atual ordenamento jurídico brasileiro apresenta um vasto leque normativo, caracterizando a atuação regular dos órgãos legislativos. Por esse motivo, é indispensável que após a promulgação de uma nova lei, ocorra a sua publicação no Diário Oficial, possibilitando aos cidadãos seu pleno acesso (BERNARDI, 2012).

Com isso, a fim de determinar o melhor meio que garanta a segurança jurídica da sociedade, o Decreto – Lei nº 4.657 de 1942, identificado como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), estabeleceu em seu artigo 3º que é vedado ao cidadão, esquivar-se de suas responsabilidades jurídicas alegando o desconhecimento da norma.

Ante o exposto, verifica-se que há a presunção do saber legal pela sociedade, para a efetivação dos princípios da legalidade e da inescusabilidade da lei, em razão da subjetividade do conhecimento. Assim, resta ao infrator desconhecedor das leis, recorrer à aplicação de atenuante a fim de reduzir sua punibilidade, como permite a legislação penal em vigor.

Desse modo, nota-se que a inclusão da educação jurídica na grade escolar possibilitaria

aos cidadãos o acesso ao sistema normativo, de forma gratuita e eficiente, em prol do desenvolvimento intelectual e jurídico da população, resultando na melhor desenvoltura da legislação no meio social.

Com isso, o objetivo geral da pesquisa é demonstrar que a obrigatoriedade do conhecimento da lei poderá ser efetivada por meio da inclusão da educação jurídica nas escolas, sendo para isso necessário realizar a análise da inescusabilidade da lei, a caracterização do ensino jurídico como garantia constitucional para o exercício da cidadania, e a averiguação da relativização do conhecimento obrigatório da norma.

Nesse sentido, o trabalho apresenta também uma abordagem exploratória quanto aos fins da pesquisa, visando pontuar e esclarecer o conteúdo exposto, proporcionando a maior familiaridade com o problema. Para isso, faz-se o uso de fontes bibliográficas para a construção da fundamentação teórica (PRODANOV; FREITAS, 2013).

Assim, a pesquisa em tela é organizada em seis capítulos e apresenta abordagem qualitativa, por meio da coleta de informações descritivas em torno da realidade observada. Tendo em vista, que a presente pesquisa não requer a utilização de métodos e técnicas estatísticas, sendo os dados obtidos analisados indutivamente, voltando maior atenção ao processo de descoberta do pesquisador (PRODANOV; FREITAS, 2013).

A PROMULGAÇÃO E DIVULGAÇÃO DE NOVAS LEIS

A eficácia e obrigatoriedade da lei ocorre mediante sua publicação em Diário Oficial. Dessa forma, a publicação é a ferramenta advinda da promulgação para que a lei entre em vigor e assim seja executável, tornando-se de conhecimento público e social. Ademais, ao responsável pela promulgação da lei, será também atribuído o dever de sua publicação, podendo este incorrer em crime de responsabilidade quando desta se omitir dolosamente.

Nesse sentido, a Agência Senado (2021) compreende que a promulgação da lei:

é o instrumento que declara a existência da lei e ordena sua execução. Emendas constitucionais são promulgadas pelas Mesas da Câmara e do Senado, em sessão solene do Congresso. A promulgação das leis complementares e ordinárias é feita pelo presidente da República, e ocorre simultaneamente com a sanção. No caso de sanção tácita, o próprio presidente da República é quem deve promulgar a lei. Caso não o faça, a promulgação fica a cargo do presidente do Senado. O presidente da República também promulga os projetos de lei cujos vetos são derrubados pelo Congresso. Não o fazendo, a atribuição se desloca para o presidente do Senado, e, se este se omitir, para o 1º vice-presidente. Os decretos legislativos são promulgados pelo presidente do Senado, bem como as resoluções adotadas pela Casa e pelo Congresso Nacional. As resoluções da Câmara dos Deputados são promulgadas pelo seu presidente.

Ou seja, os projetos de lei serão encaminhados à promulgação quando houver a sanção ou a derrubada de veto presidencial pelo Congresso Nacional, tendo em vista que este será a última ação do processo de constituição de um ato normativo, sendo o mesmo posteriormente encaminhado para a publicação em veículo oficial, tornando-se conhecido e aplicável.

Segundo a Agência Senado (2021):

é com a publicação da lei que esta se torna obrigatória. Com a publicação, os cidadãos são informados sobre a existência da nova norma jurídica e ninguém pode alegar desconhecimento da lei para não cumpri-la. A publicação é o complemento da promulgação e,

normalmente, a lei entra em vigor a partir da data em que é publicada.

Isto é, a publicação em Diário Oficial do Estado ou Diário da União é de extrema relevância para os cidadãos, sendo inerente à Administração Pública a publicação de todas as leis, resoluções, decretos, medidas provisórias e demais atos normativos enunciados pelo Poder Legislativo, Executivo e Judiciário.

Ante o exposto, há de se falar também em *vacatio legis*, normalmente estabelecida no último artigo de uma legislação, no qual expressa o período entre a publicação e a vigência da lei. Tal prazo é estabelecido para possibilitar aos cidadãos um intervalo de assimilação do conteúdo que acabara de ser promulgado, vigorando temporariamente a lei antiga.

Diante disso, considerando o surgimento constante de novas leis, o Decreto-Lei nº 4.657 de 1942, compreende em seu artigo 30 que “as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas”.

Todavia, em razão das numerosas legislações existentes, principalmente leis que efetuam outras leis, verifica-se um aumento exorbitante de normas em razão de constantes edições, modificações e aprovações diárias, sendo a maioria delas inadequadas, ineficientes ou pragmáticas, dificultando aos cidadãos o conhecimento integral das leis que regem os municípios, estados e a união, podendo ocasionar as interpretações de conveniência e em razão disso, a insegurança jurídica.

Por conseguinte, como fora arguido pelo ex-presidente Michel Temer durante o discurso pela ocasião da Assinatura da consolidação dos decretos federais e Lançamento do aplicativo Planalto Legis em 2018, a produção desenfreada de atos normativos contraria os preceitos da segurança jurídica, tendo em vista que as elaborações de leis inconsequentes geram a instabilidade nas relações sociais. Assim, verifica-se que a cultura brasileira prestigia a ação legislativa, enquanto a melhor opção seria simplificar as normas, para que não ocorra o desequilíbrio da ordem social.

A INESCUSABILIDADE DA LEI

Conforme supracitado, por meio da publicação da norma subtendem-se que há o seu conhecimento por parte da população, tornando a mesma exequível. Nesse viés, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB, 1942) entabula em seu artigo 3º que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

Dessa forma, compreende-se a impossibilidade de declarar-se inocente de fato ilícito tipificado penalmente, alegando o vago ou inexistente conhecimento acerca da legislação brasileira, uma vez que, ao cidadão configura-se a relativização do saber jurídico.

Nesse sentido, estabelece o Código Penal de 1940:

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Isto é, diante do princípio da inescusabilidade da lei, sabe-se que decorrido o prazo de *vacatio legis* há a presunção de conhecimento absoluto da norma, podendo ser aplicada mesmo diante da ignorância do infrator. Essa decisão, fundamenta-se na necessidade de estabelecer ordem social e segurança jurídica.

Com isso, a aplicação da legislação não se limita ao seu efetivo conhecimento, tendo em vista que, se este fosse estabelecido como pré-requisito para a concretização da lei, prevaleceria a insegurança jurídica, em razão da subjetividade que este apresenta, não havendo como distinguir quando há ou não a real ignorância.

Todavia, deve-se ressaltar que a ausência de consciência da ilicitude em nada se iguala ao desconhecimento da lei, o qual é inescusável. Isso ocorre pois, na primeira situação não há o conhecimento de que o ato é proibido, enquanto no segundo há a carência de compreensão jurídica ainda que na consciência do ato ilícito.

Diante disso, verifica-se a existência do erro de tipo e erro de proibição, como explica Guaracy (2021, p. 173):

No erro de tipo, o agente não sabe o que faz, erra sobre os elementos que integram o tipo penal; no erro de proibição o agente sabe o que faz, mas erra sobre a ilicitude da sua conduta.

No erro de tipo quando escusável, inevitável, invencível, exclui o dolo e culpa, mas se evitável, vencível, inescusável, permite a punição por crime culposo. No erro de proibição exclui a culpabilidade, mas se evitável, permite-se a diminuição de pena.

No erro de tipo o agente não vislumbra naquele instante a existência de fatos descritos no tipo penal. No erro de proibição, ao contrário, o agente tem absoluta noção dos fatos que estão correndo.

Ou seja, no erro de tipo o equívoco está relacionado às informações colhidas da sociedade, enquanto no erro de proibição o desconhecimento da norma, bem como a sua compreensão dificultosa infringem sob a noção da ilicitude do ato praticado. Assim, não há de falar em isenção da penalidade, quando o autor da infração alegar somente sua ignorância jurídica.

Nesse sentido, Estefam e Gonçalves (2020, p.166) exemplifica:

Em Direito Penal, duas são as modalidades de erro, as quais, a depender da intensidade do equívoco em que o agente operou, podem conduzir à sua irresponsabilidade penal; são elas: o erro de tipo e o erro de proibição. O primeiro se faz presente, em linhas gerais, quando o sujeito capta incorretamente a realidade que o circunda, de tal modo que em sua mente forma-se uma ideia dos acontecimentos diversa da que efetivamente ocorre (por exemplo: “A” deixa seu automóvel em um grande estacionamento e, ao retornar, confunde o local em que o parou e, encontrando veículo semelhante, nele ingressa, acreditando que o bem lhe pertence; “B” recebe de um conhecido uma mala, solicitando que a transporte em seu voo e a entregue a um “parente” no destino, desconhecendo que em seu interior há cocaína).

Nessas situações, o equívoco retira dos autores a noção de que o ato por eles realizado possui caráter criminoso, afastando o dolo (CP, art. 20, caput).

O erro de proibição se aperfeiçoa quando o sujeito não possui conhecimento do caráter ilícito da ação ou omissão por ele praticada. Neste caso, embora tenha plena consciência da realidade ao seu redor, perfaz uma conduta criminosa, mas crê, sinceramente, que seu agir é lícito (por exemplo: “C” encontra um valioso relógio de pulso perdido numa via pública e, tomando-o em suas mãos, decide procurar o dono para entregá-lo, mas não o localiza e, após um mês de incontáveis tentativas de devolução, com sua consciência tranquila e de boa-fé, decide se apropriar do objeto, incorrendo no crime previsto no art.

Dessa forma, o desconhecimento da norma não há de ser argumento efetivo para a prática de crimes, pois seria utópico que diante das regras impostas pelo ordenamento jurídico, bem como as diversas codificações, limitar uma sociedade na qual não é obrigatório a formação jurídica.

Para mais, corrobora Estefam e Gonçalves (2020, 518) ao declarar que “se o desconhecimento da lei isentasse as pessoas de responsabilidade por seus atos, quase todos teriam um “alvará” para cometer os mais atrozes atos, prejudicando terceiros, sem sofrer qualquer punição”.

Ou seja, a simples alegação da ignorância quanto á norma poderia tornar-se meio de evasão das consequências de qualquer ato ilícito, tendo em vista que o caráter subjetivo do desconhecimento impede a confirmação das alegações do indivíduo que se encontrar em acusação de ato ilícito.

No entanto, o Código Penal de 1940 em seu artigo 65, inciso II, considerando a complexidade do ordenamento jurídico brasileiro, permite que o infrator invoque e utilize o “desconhecimento da norma” como atenuante de pena.

Assim, ainda que a relativização do saber jurídico seja inerente ao cidadão, este poderá em determinadas ocasiões utilizar tal alegação para mitigar sua penalidade, ou, a depender do contexto, deixar de ser responsabilizado quando evidenciado seu equívoco ao interpretar a normativa.

Nesse contexto, o Decreto-Lei n° 3.688 de 1941 corrobora em seu artigo 8º, ao compreender que “no caso de ignorância ou de errada compreensão da lei, quando escusáveis, a pena pode deixar de ser aplicada”.

Por fim, verifica-se a necessidade de possibilitar atenuante penal àqueles que desconhecem a norma, tendo em vista a multiplicidade de leis que atualmente vigoram no ordenamento jurídico brasileiro, o que justifica a ignorância por grande parte da sociedade em relação à legislação, que muitas vezes se torna obscura até para os próprios juristas, caracterizando como única justificativa da inescusabilidade da lei, a busca pela ordem social e maior segurança jurídica.

O UTÓPICO CONHECIMENTO OBRIGATÓRIO DA LEI

Um dos principais pilares do ordenamento jurídico brasileiro, se não o mais essencial, são as leis que regem a União, os Estados e os Municípios. Como entabula o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 em seu inciso II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”, ou seja, a norma é inerente à segurança pública, garantindo os direitos dos cidadãos e limitando suas ações em prol da vida em sociedade.

Como fora supracitado, é cristalino em determinadas legislações, a obrigatoriedade do conhecimento da lei, tendo em vista que este preceito é fundamental para a efetividade do princípio da legalidade, de modo que, a relativização do conhecimento da norma é necessária para que estas sejam aplicadas à sociedade.

Todavia, considerando a quantidade de normas atualmente vigentes e suas complexidades, há a possibilidade de que o conhecimento obrigatório possa abranger diversas interpreta-

ções, em razão das atenuantes previstas na esfera penal e civil, em que há a compreensão pelo erro de direito que justifica condutas específicas.

Além disso, é compreensível que apenas parcela da população tem um real acesso e entendimento das normas, uma vez que contabilizadas as diversas leis criadas em esfera municipal, estadual e federal, que alteram constantemente a legislação administrativa, penal, civil, trabalhista, tributária, processual civil, e os demais âmbitos jurídicos (ANDRADE, 2018).

Assim, como exposto em capítulo anterior, o conhecimento das normas é presumido quando há sua publicação oficial, ainda que esta não seja efetivamente divulgada. Isso ocorre em razão da necessidade social em garantir a segurança jurídica, não havendo possibilidade de escusar-se da lei alegando seu desconhecimento, tendo em vista sua subjetividade.

A EDUCAÇÃO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

A disponibilidade da educação é uma realidade inerente aos Direitos Humanos, sendo uma garantia constitucional da Carta Magna de 1988, no rol dos direitos sociais. Isto se dá, em razão de sua atuação essencial para o desenvolvimento humano, contribuindo para o exercício da cidadania e instruindo os indivíduos para desempenhar suas atividades cotidianas e trabalhistas.

Nesse sentido, a Lei nº 9.394 de 1996 compreende que:

Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

§ 2º A educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social.

Com isso, verifica-se que a educação ultrapassa os limites escolares, tendo em vista, que o aprendizado pode e deve ser formado por meio das relações entre os institutos de ensino, as relações familiares, os vínculos trabalhistas e o exercício social, para que assim, se concretize o desenvolvimento educacional em sua íntegra.

Diante disso, a Constituição Federal de 1988 compreende em seu artigo 23, que “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação”.

Ou seja, cabe aos entes federativos adotar as medidas possíveis e cabíveis para que os cidadãos possam usufruir de educação digna e gratuita, com disponibilidade de tecnologia e meios que facilitem à pesquisa, inovação e ciência, a fim de aprimorar e enriquecer a cultura e o desenvolvimento nacional.

Além disso, a Carta Constitucional de 1988 em atual vigor entabula:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII - garantia de padrão de qualidade.

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

IX - garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida.

Com isso, é evidente a participação ativa do poder público para a garantia da educação em razão da promoção cidadã e sua formação para o desenvolvimento de atividades sociais e trabalhistas, sendo também indispensável a atuação da família para o aperfeiçoamento do ensino, considerando que esta é a mantenedora inicial do indivíduo.

A INCLUSÃO DA EDUCAÇÃO JURÍDICA NA GRADE CURRICULAR DO ENSINO REGULAR

Tratando-se de Educação, é impossível delinear um conceito abrangente e definitivo que demonstre tal magnitude, tendo em vista, a sua visível influência sob as formas de expressões culturais presentes em diferentes grupos sociais. Pode-se afirmar que a Educação é uma ferramenta inerente à vida, por se caracterizar como um processo ininterrupto que acompanha a existência dos indivíduos nas inserções culturais e sociais.

Através das experiências e compartilhamento de saberes é possível aos cidadãos novas percepções e ações para com o mundo exterior, considerando que, o âmbito escolar proporciona o desenvolvimento da pessoa por meio de metodologias pedagógicas que permitirão a este a descoberta de habilidades e comportamentos necessários ao longo da vida, propiciando o amadurecimento pessoal (MARTINS; TOUCHERT, 2016).

Diante disso, compreende-se por educação jurídica, o suplemento dos direitos fundamentais dos cidadãos, uma vez que este é dotado de deveres e direitos. Por meio dela, é possível a participação ativa da pessoa civil na democracia, garantindo assim a melhor efetivação da justiça.

A partir da inclusão do ensino jurídico nas escolas públicas e particulares, possibilita aos estudantes a distinção dos direitos e deveres fundamentais, bem como a interpretação dos princípios basilares da Constituição Federativa que rege a União, garantido a compreensão legislativa e política, assim como a atuação popular no ambiente normativo.

Ademais, a Lei nº 9.394 de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, compreende que:

Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

Dessa forma, a inserção de uma nova disciplina direcionada à educação jurídica auxilia-

ria os estudantes na construção de um entendimento próprio e a consequente contribuição para o exercício da Democracia, considerando que as futuras gerações teriam consciência de si e do meio em que vive, fortalecendo os pilares da sociedade.

Além disso, espera-se que através do ensino jurídico ocorra consecutivamente o maior acesso à informação, no que diz a respeito da conscientização da coletividade quanto as normas que regem o ordenamento jurídico brasileiro, bem como o entendimento sobre as estruturas e as ferramentas de efetivação de direitos e da fiscalização popular da coisa pública, considerando que a soberania popular é intrínseca à consciência cidadã (CÂMARA; ROSA, 2018)

Nesse contexto, acredita-se que a inclusão de conhecimentos jurídicos nas escolas possa resultar em um eficiente dispositivo de diligência à negligência intelectual sobre o sistema normativo brasileiro, levando à uma realidade diferente da que hoje se encontra na sociedade, e colaborando com o princípio da inescusabilidade da lei previsto na legislação vigente.

Assim, compete à sociedade, à família e ao Estado a concretização da função social escolar, para a formação de cidadãos conscientes e atuantes na sociedade, fazendo jus aos direitos de liberdade de expressão, ensino gratuito e aos demais princípios que regem a República Federativa do Brasil.

O CONHECIMENTO JURÍDICO COMO FERRAMENTA PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA

Como fora arguido, o conhecimento jurídico a nível escolar corrobora diretamente para o exercício da cidadania, auxiliando os cidadãos a enfrentar as situações cotidianas, uma vez que, aos estudantes será possível um melhor desempenho intelectual e humanístico, considerando que a efetivação da cidadania mitiga as desigualdades sociais.

Ademais, a Carta Magna do ordenamento jurídico brasileiro, também conhecida como Constituição Cidadã, estabelece no caput do seu artigo 1º, inciso II, que “[...] formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: II – a cidadania”.

Diante disso, a legislação é cristalina ao garantir aos indivíduos, o direito a educação, os serviços de saúde, o trabalho, o lazer, uma vida digna. Assim, a cidadania pode ser conceituada como a condição social que assegura ao cidadão a validação de seus direitos consequentes de sua participação nos meios social e político.

Dessa forma, cidadão seria aquele que honra e contribui ativamente nas decisões de teor coletivo, em razão da busca pela melhor condição de vida individual e social. Nesse viés, a educação é um elemento indispensável para a formação cidadã, considerando o meio social dotado de virtudes e moral estabelecidos pela convivência de determinado grupo.

Ou seja, ao adquirir informações sobre seus direitos e deveres, o indivíduo torna-se parte ativa da sociedade, sendo a educação jurídica indispensável para a compreensão do funcionamento do estado e do sistema normativo, bem como conhecimento de suas garantias, alcançando mais cidadãos e divulgando adequadamente a legislação, considerando que grande parte da população desconhece ou não consegue interpretar as leis (FERREIRA, 2020).

Portanto, consciente de que a maior parte dos cidadãos brasileiros não possuem conhecimentos básicos a respeito de seus direitos ou das normas que regem o ordenamento jurídico brasileiro, bem como a organização estrutural do Estado como seus direitos e obrigações, é fundamental a implantação da educação jurídica para assegurar o dever do Estado em garantir a educação para o exercício da cidadania plena (ALEXANDRE; NETO, 2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Poder Legislativo presente no ordenamento jurídico brasileiro, atua ativamente na promulgação de novas leis com temáticas diversificadas. É certo, que tal fato ocorre em razão da necessidade da adequação das normas vigentes às mudanças sociais. Todavia, a publicação desenfreada de legislações dificulta aos cidadãos o exercício de seus direitos, uma vez, que estes em sua maior parte desconhecem ou possuem dificuldade em interpretar tais textos jurídicos.

Além disso, em busca de garantir a mínima segurança jurídica das normas, os códigos nacionais adotam o princípio da inescusabilidade da lei, na qual se idealiza o conhecimento relativo da população, sempre que ultrapassado o período de vacância da lei e esta for devidamente publicada para acesso.

Nessa perspectiva, fora evidenciado pela pesquisa em tela a necessidade da implementação da educação jurídica básica nas escolas regulares, a fim de contribuir na formação de cidadãos ativos com melhor desenvolvimento intelectual, social, humanístico e jurídico, resultando na mitigação do desconhecimento da lei.

Para mais, conforme supracitado ao longo do trabalho, a inclusão de disciplinas de cunho jurídico no sistema educacional brasileiro, permitiria execução do princípio da inexcusabilidade da lei, possibilitando o exercício da cidadania por meio da compreensão da realidade institucional do país, bem como dos direitos e deveres que possui.

Dessa forma, faz-se fundamental a figura do Estado para proporcionar tal mudança na educação brasileira, com auxílio da sociedade e da família, tendo em vista, que ao introduzir as crianças e os jovens desde sua juventude na esfera judicial, espera-se que haja o exercício correto e frequente da cidadania.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Maira Regina de Carvalho; NETO, Josino Paulino. Inclusão de noções de direito básico no ensino médio. Revista Ibero – Americana de Humanidades, Ciências e Educação – REASE, 2021. Disponível em: < <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/2759>>. Acesso em: 08 de novembro de 2021.

ANDRADE, Renato Campos. Relativização do desconhecimento da lei. DomTotal, 2018. Disponível em: < <https://domtotal.com/noticia/1293895/2018/09/relativizacao-do-desconhecimento-da-lei/>>. Acesso em: 06 de novembro de 2021.

BERNARDI, Jorge Luiz. O processo legislativo brasileiro. 1ª ed. Curitiba: InterSaberes, 2012.

BEZERRA, Vincenzo Dartanhan Silva; PEREIRA, Jeferson Botelho. O erro de proibição direto como fator

de relativização do conhecimento obrigatório da lei penal. Jus, 2018. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/66831/o-erro-de-proibicao-direto-como-fator-de-relativizacao-do-conhecimento-obrigatorio-da-lei-penal/2>>. Acesso em: 06 de novembro de 2021.

BRASIL. Decreto – Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: 121º da Independência e 54º da República, 1942. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 04 de novembro de 2021.

BRASIL. Presidente (2016 – 2019: Michel Temer). Discurso pela ocasião da Assinatura da consolidação dos decretos federais e Lançamento do aplicativo Planalto Legis. Brasília, 22 de novembro de 2018. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=u-TXlvAdZ3s>>. Acesso em: 04 de novembro de 2021.

BRASIL. Decreto – Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro: 119º da Independência e 52º da República, 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 de novembro de 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 de novembro de 2021.

BRASIL. Decreto – Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Rio de Janeiro: 120º da Independência e 58º da República, 1941. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3688-3-outubro-1941-413573-norma-actualizada-pe.html>>. Acesso em: 05 de novembro de 2021.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Diretrizes e bases da educação nacional. Brasília: 175º da Independência e 108º da República, 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 06 de novembro de 2021.

BRASÍLIA: Agência Senado. Glossário Legislativo. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo>>. Acesso em: 04 de novembro de 2021.

CÂMARA, Hermano Victor Faustino; ROSA, Mariana Camilo Medeiros. O Ensino Jurídico na Educação Básica como Instrumento de Efetivação do Direito Social à Educação. Revista Brasileira de Educação e Cultura, 2018. Disponível em: < <https://www.periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura/article/view/346>>. Acesso em: 07 de novembro de 2021.

DIAS, Luciano Souto; OLIVEIRA, Leonil Bicalho. Acesso à educação jurídica: pela inclusão do ensino jurídico na grade curricular do ensino regular. Jus, 2015. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/35335/acesso-a-educacao-juridica-pela-inclusao-do-ensino-juridico-na-grade-curricular-do-ensino-regular>>. Acesso em: 06 de novembro de 2021.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito penal esquematizado – parte geral. – Coleção esquematizado, coordenador Pedro Lenza. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FERREIRA, Marilton Barros. A importância do conhecimento jurídico para o exercício da cidadania. Conteúdo Jurídico, 2020. Disponível em: < <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55884/a-importancia-do-conhecimento-juridico-para-o-exercicio-da-cidadania>>. Acesso em: 07 de novembro de 2021.

FRANÇA, Suelen Cardoso. Direito constitucional como disciplina obrigatória nas escolas brasileiras de

educação básica: análise do Projeto de Lei nº70/2015. Jus, 2017. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/62094/direito-constitucional-como-disciplina-obrigatoria-nas-escolas-brasileiras-de-educacao-basica-analise-do-projeto-de-lei-n-70-2015>>. Acesso em: 07 de novembro de 2021.

FREITAS, Ernani Cesar de; PRODANOV, Cleber Cristiano. Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2ª ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

GUARACY, Moreira Filho. Código Penal Comentado. 11ª ed. São Paulo: Rideel, 2021.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARTINS, Luzinete Pereira; TAUCHERT, Maicon Rodrigo. Direito Constitucional e cidadania: importância da inclusão no currículo estudantil brasileiro. Jus, 2016. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/50947/direito-constitucional-e-cidadania-importancia-da-inclusao-no-curriculo-estudantil-brasileiro>>. Acesso em: 07 de novembro de 2021.

MIRANDA, Sara Barbosa. Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece. Folha Vitória, 2015. Disponível em: < <https://www.folhavoria.com.br/geral/blogs/direito-direto/2015/02/27/ninguem-se-escusa-de-cumprir-a-lei-alegando-que-nao-a-conhece/>>. Acesso em: 06 de novembro de 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACHECO, Luciana Botelho. Como se fazem as leis. 2ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

PEREIRA, Alfeu Bisaque. O Brasil de muitas leis e poucos resultados. Diário Santa Maria, 2021. Disponível em: < <https://diariosm.com.br/colunistas/colunistas-do-impreso/o-brasil-de-muitas-leis-e-poucos-resultados-1.2303672>>. Acesso em: 04 de novembro de 2021.

SILVA, André Ricardo Fonsêca da; SOUZA, Sthelson Pierre De Lacerda. A inserção do direito Constitucional nas grades curriculares do Ensino Médio. João Pessoa, 2018. Disponível em: < <https://bdtcc.unipe.edu.br/wp-content/uploads/2018/12/STHELSON-TCC-.pdf>>. Acesso em: 07 de novembro de 2021.

SILVA, Leonardo. O que todo advogado precisa saber sobre publicação oficial. Diário Oficial da União, 2021. Disponível em: <<https://e-diariooficial.com/o-que-todo-advogado-precisa-saber-sobre-publicacao-oficial/>>. Acesso em: 04 de novembro de 2021.

04

Alguns apontamentos sobre Poder Constituinte, Biopoder, Controle, Discurso sobre a Exceção e Jurisdição Constitucional

Some notes on Constituent Power, Biopower, Control, Discourse on Exception and Constitutional Jurisdiction

Audra Pires Silveira Thomaz

Doutoranda em Direitos Humanos, Democracia e Ordem Internacional (PUC-Rio); Mestre em Direito Penal (UERJ); Pós-graduada em Direito da Criança e do Adolescente (UERJ); Pós-graduada em Segurança Pública e Cidadania (UCAM); Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal (AMPERJ).

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.4

RESUMO

O presente estudo tem por escopo trazer a compreensão de alguns dos conteúdos da seara constitucional, haja vista a extensão de riqueza nas informações fornecidas quanto aos conceitos fundamentais do pensamento constitucional contemporâneo. O trabalho não tem a pretensão de esgotar as principais reflexões intercaladas e críticas com base nos institutos apresentados, mas sim procurar relacioná-los, possibilitando demonstrar a importância dos temas trabalhados no curso de doutoramento por meio de um método de procedimento dogmático, centrando-se a investigação nas perspectivas doutrinárias sobre o tema, em uma pesquisa de natureza qualitativa, a partir de fontes bibliográfica e documental. Como resultado, apresenta-se a necessidade de profunda reflexão e reformulação adequada e prática dos institutos mencionados diante de um panorama caótico e atual sofrido pela democracia brasileira.

Palavras-chave: Poder Constituinte. Biopoder. Controle. Discurso sobre a exceção. Jurisdição Constitucional.

ABSTRACT

This study aims to bring the understanding of some of the contents of the constitutional field, given the extent of wealth in the information provided regarding the fundamental concepts of contemporary constitutional thought. The work does not intend to exhaust the main interspersed and critical reflections based on the institutes presented, but rather to seek to relate them, making it possible to demonstrate the importance of the themes worked in the doctoral course through a method of dogmatic procedure, focusing on the investigation in the doctrinal perspectives on the subject, in a research of qualitative nature, from bibliographical and documental sources. As a result, there is a need for deep reflection and adequate and practical reformulation of the aforementioned institutes in the face of a chaotic and current scenario suffered by Brazilian democracy.

Keywords: Constituent Power; Biopower. Control. Discourse on the exception. Constitutional Jurisdiction.

AS CONTRIBUIÇÕES INTRODUTÓRIAS DE NEGRI, SPINOZA, MARX, HOBBS, SCHMITT, LATOUR E OUTROS

Do Poder Constituinte

Um dos primeiros textos lidos no âmbito do Direito Constitucional, e que chamou a atenção da autora, foi o do autor Antonio Negri sobre o poder constituinte como um ensaio sobre as alternativas da modernidade¹. Nele, para compreender o conceito de poder constituinte, o autor baseia a construção de seu pensamento em outros três autores: Maquiavel, Spinoza e Marx, em oposição a Hobbes, Schmitt e outros.

Para Negri, a compreensão do conceito de poder constituinte deve ser fundamentada em elementos teóricos de Spinoza e de Marx, e para atingir seu intuito, investiga a fundo os conceitos de desejo, trabalho vivo, multidão e comum, haja vista que a elaboração conceitual é

¹ NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

decorrência da linhagem entre eles.

Negri busca o conceito de poder constituinte por meio de um método sintético que aprendeu com Spinoza, ou seja, a partir de sua gênese, de suas causas, e não de seus efeitos. Assim, não é com base nos problemas do poder constituído (coisa julgada, direitos adquiridos, validade e vigências de normas, entre outros), mas sim a promoção de uma intercalação de todos os elementos jurídicos e não jurídicos que integram o conceito.

Tal objetivo somente é possível de ser atingido por meio de uma investigação complexa e estrutural do poder constituinte; por isso mesmo, Negri pegou a teoria política de Spinoza e juntou-a com a teoria de Marx sobre trabalho. Ao afirmar (p. 124) que o conceito do poder constituinte faz referência à ontologia por um lado e ao trabalho por outro, ele está, respectivamente, fazendo alusão a Spinoza e a Marx.

A preocupação de Negri em trazer um novo conceito de poder constituinte é baseada na tentativa de responder a problemas atuais que vêm desafiando as ciências sociais, o meio jurídico e a filosofia, uma vez que as organizações sociais e políticas contemporâneas demonstram o fim do modelo fabril de organização, com resistências para além dos muros das fábricas. Até porque falar de poder constituinte é falar de democracia (p. 7).

Essas resistências traduzem um movimento de luta por novos direitos que é fomentado por recentes conjunturas econômicas, políticas, identitárias e sociais, o que desencadeou em Negri a construção de um conceito de poder constituinte completamente diferente do tradicionalismo jurídico e o conceito de multidão.

Para Negri, o poder constituinte é um processo ontológico político e físico que estabelece a organização de um poder político. Sua análise é baseada em um processo de cooperação social, ou seja, não cria somente normas jurídicas e sim novas relações sociais, modos de produção e instituições políticas, em postulados de Spinoza e Marx².

Conversando com o texto de Negri, Latour³, por sua vez, em sua obra que data de 1947 e que teve a primeira edição traduzida para o Brasil em 1994, faz uma argumentação teórica em cinco capítulos: Crise, Constituição, Revolução, Relativismo e Redistribuição. A preocupação do autor é com a problematização do conceito de modernidade e um novo olhar social para o que a sociedade denomina ser moderna. Para isso, propõe o conceito de rede como sendo lastreado nos elementos da ciência e da política, por serem peças essenciais de uma nova antropologia simétrica (verificação da relação híbrida entre sociedade e natureza com uma explicação que consiga engajar natureza, cultura e sociedade).

Ao analisar, no segundo capítulo de sua obra, a historicidade da modernidade com a formação da sua Constituição que se dá pela separação do governo, das ciências exatas, dos humanos e não humanos, da natureza, agrupamentos, relações, competências e propriedades, o autor ressalta as obras antagônicas de Thomas Hobbes (representação política dos humanos com posição de confiança e exclusividade somente por delegação de poder ao Estado) e de Robert Boyle (representação científica dos objetos com conhecimento baseado na opinião, por meio da visão do observador sobre determinado fato), os quais são inventores do mundo moder-

2 GUIMARÃES, Franciso de. *O poder constituinte segundo Antonio Negri: Um conceito Marxista e Spinozista*. *Revista Direito e Práxis*. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/21683/18933>>. Acesso em: 05 dez. 2021.

3 LATOUR, Bruno. *Jamais fomos modernos: ensaio de antropologia simétrica*. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1994.

no, no qual, por meio de laboratórios, as coisas são representadas, resultando na ausência do contrato social como forma de representação dos cidadãos.

Para Latour, o mundo moderno não existiu, pois jamais funcionou conforme as regras da Constituição (1994, p. 44) e, para isso, ele explica que há dois lados na modernidade para as coisas serem explicadas: o humano e o não humano; e em comparação afirma haver um âmbito executivo e um âmbito jurídico, com a cisão do mundo natural e do mundo social, o que seria uma comparação da Constituição presente no Direito.

É por isso que é perceptível da sua obra o pano de fundo de todas as suas inquietações, pois se os experimentos foram feitos em contexto determinado e dentro de um laboratório, não seria possível uma lei científica ser universal; por isso, a universalidade deve ser compreendida por redes (resgate do coletivo). E, mais ainda, é com Boyle que há compreensão de máquinas e laboratório na representação da natureza da forma como ela se apresenta, de uma força natural (1994, p. 34-35), e é com Hobbes que há compreensão das relações sociais, forças, poderes e sociedade (1994, p. 34).

Assim, a Constituição moderna é formada por meio de duas garantias: o poder natural (Boyle) e o poder político (Hobbes), que precisam caminhar juntas e em harmonia para a manutenção de um governo. No entanto, o autor afirma que a sociedade e a natureza precisam ficar distintas como uma terceira garantia, e como quarta garantia a de que Deus está suprimido da modernidade, sendo o mundo, Deus e o homem a configuração de três pilares da crise, ou seja, o jogo da modernidade é o jogo existente entre a transcendência e a imanência.

Para Latour, a modernidade faz com que todos sejam obrigados a integrá-la, ainda que nem todos sejam modernos como os indígenas. Por isso, a modernidade deve ser tida como mais do que uma etapa histórica: deve ser tida como uma força e operada pela separação das ciências exatas, dos humanos e não humanos e da natureza, com a necessidade de superação da distinção ontológica entre humanos e não humanos como novo paradigma de mudança.

Do conceito fundador da teoria da constituição

Ainda na seara de poder constituinte e o conceito fundador da teoria da Constituição e dialogando com as obras de Latour e Hobbes, os ensinamentos de Spinoza foram muito bem analisados por Tatián⁴. O autor destaca o fato de a paz não ser construída contra o Direito natural, o que dialoga com o texto de Latour, e sim com ele e como resultado dele, ou seja, dialogando com Hobbes implicaria o seu redirecionamento como forma de politização e não o seu cancelamento em uma ontologia política, desmantelando a ideia de um bom governo concebido por um príncipe de virtudes de cunho privado. Nas palavras de Spinoza, seria uma “ciência de afetos”.

Para Spinoza, a política tem por condição uma paz entendida como pacto, uma aliança de composição com equilíbrio e consentimento. Por isso a democracia é tida como a forma mais plena do spinozismo sobre a paz. A monarquia estaria unida com a guerra, enquanto a paz estaria unida com a democracia. Estaria vinculada ao que Spinoza denomina de Razón, isto é, a inquietação de quais seriam os afetos que integram a democracia e quais seriam os afetos que integram a paz.

⁴ Segundo Spinoza, o poder e o desejo (aqui há diálogo com os pensamentos de Deleuze e Guattari). TATIÁN, Diego. *Spinoza, um realismo anômalo de la paz.*, in *Araucaria. Revista Ibero-americana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 16, nº 32. Segundo semestre de 2014, p. 93-109.

e Foucault) definem os seres humanos. O Direito proporciona uma afirmativa, como expressão de uma potência. Assim, a paz de Spinoza é tida como virtude quando uma sociedade está estabelecida e constituída sobre um Direito natural pautado em um processo social e coletivo.

O estado político de Spinoza é baseado na autoinstituição coletiva e ininterrupta do Direito, na qual a sociedade é a expressão mais potente, e não em um pacto de cancelamento do poder natural ou anulação do Direito pela lei conforme a distinção clássica levantada por Hobbes. A paz no spinozismo está ligada diretamente à democracia e seria a virtude do coletivo e não uma desproteção.

Para Spinoza, o poder público tem por escopo conceber a manutenção por via de estabilidade de uma ordem, cujo inimigo é o desconhecedor do seu governo por estar ausente da sua cidade, diferentemente de Hobbes, para o qual a transformação é fomentada pela hostilidade.

Assim, no spinozismo é na paz (la concordia) e não na guerra que o Estado Democrático alcança sua maior virtude. A sua conquista é por meio de uma ação coletiva, sendo ininterrupta como exercício de uma potência, e não perpétua, mas uma condição estabelecida e mantida pelos homens.

A Carta 50 do Spinoza – *Tratado político*⁵ – rompeu com o contratualismo (que na época era o de Hobbes). Assim, Spinoza afirma que ele mantém o Direito natural, enquanto Hobbes não. A chamada “potência que toda coisa possui” é como Spinoza define o Direito natural. Direito natural é igual a: potência= conatus que é o esforço de perseverar. No spinozismo, o Direito seria tudo aquilo que mantém a garantia de se conservar. O Direito natural é mantido após a formação do Estado. E é o Direito natural de todos que estão de acordo, que é a multidão, que é o sujeito político na obra de Spinoza. A democracia seria tida como um desafio contínuo de atualização de potência democrática.

Segundo os ensinamentos do professor Francisco de Guimarães (PUC-Rio), da convergência de pensamentos entre as obras apresentadas, fica claro que a *teoria da Constituição* nasce e se desenvolve a partir da teoria política. Desde o século XVI, a partir de Maquiavel é tema debatido por Carl Schmitt em *Teoria da Constituição*⁶. O tema, como já apresentado anteriormente, está também em Hobbes e Spinoza. É uma dicotomia entre inimigo público e inimigo privado. É preciso partir de uma filosofia política e iniciar o entendimento de Maquiavel e Spinoza, até porque ninguém deixa de ser moderno por estudar os clássicos, sendo considerados como contemporâneos os indivíduos que têm atuação na modernidade, mas sem crença no fundamento ontológico.

A Constituição da modernidade, para Latour, deve ser tida como um período histórico, no qual os homens eliminaram todas as barreiras entre as forças humanas e as forças não humanas. Intervenção política e científica foram constantemente destruídas, embora para Latour a associação de forças humanas e não humanas seja extremamente necessária.

É fato que a constituição política epistemológica foi construída tanto por Latour quanto por Hobbes e Boyle. Para Hobbes, o problema é a privatização do poder, ou seja: como fazer para efetuar a construção de um poder de forma publicizada sem acarretar uma guerra civil? Hobbes e Boyle se assemelham ao defender a autonomia de seus conhecimentos, Hobbes nitidamente pelo campo da política.

5 SPINOZA, Baruch. *Tratado político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

6 SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. In *Alianza Universidad Textos*, p. 66-114.

O controle público é fundamental e precisa ser politizado, ponto em que Hobbes tem razão. Já Boyle defende a autonomia, uma vez que a modernidade é Hobbesiana e Boyleana ao mesmo tempo. Há dois tipos de representação: política e de coisas naturais, tendo a modernidade cindido nesses dois pontos. É o homem quem cria o experimento; logo, a natureza é fabricada e não natural. É o Leviatã que recria os próprios homens que o criaram.

Para Hobbes, são os homens que criam a sociedade política. Para Latour, sem investimento não há ciência, há crítica à modernidade e às garantias estabelecidas. Mas para Maquiavel, qual a fala nessa história dos pensamentos apresentados no presente texto? Maquiavel é considerado o pai da ciência científica moderna. Para ele, não é pensar o fato consumado, mas sim o fato a consumir. Sua preocupação está baseada em como conseguir fundar um Estado e ao mesmo tempo conservar o Estado.

O problema político seria de ação adequada ao que o tempo exige, que é a relação entre virtude e fortuna, e não um problema de consciência. Para Maquiavel, os homens devem interferir na política. Há necessidade de fundação e de conservação do Estado em O príncipe e Os discursos. Não basta fundar, é preciso durar. É a virtude do poder constituinte que não cessa.

O príncipe não é o monarca, uma vez que todo monarca tem raízes e não está só. O príncipe é aquele novo que cria o tempo presente, isto é, uma potência de criação que supostamente rompe com a moral instituída. A República democrática é a expressão máxima da virtude de um príncipe que ultrapassa a sua constituição física. É fazer existir algo que se conserve. Assim, a virtude é inventiva, pois a fortuna está sempre escapando e sendo imprevisível, uma vez que as circunstâncias estão sempre mudando.

Dessa forma, a virtude, ao criar uma nova realidade, criou problemas que não existiam. Fortuna nunca cessa, então, virtude também não pode cessar. A indissociabilidade do saber e do poder é preciso, pois é necessário saber o momento adequado de ação, o que somente é identificado por um príncipe astuto.

A ideia de poder constituinte, para Maquiavel, não pode ser decisionismo, pois ele é pura força. O príncipe não escolhe o momento de agir, nem as condições. A fortuna boa traz benefícios para o Estado, já a fortuna má acaba com o Estado, sendo preciso erguer barreiras contra ela. O conflito social é ontológico, sendo impossível curá-lo, uma vez que integra toda e qualquer sociedade.

A saída para o príncipe é politizar essas forças sociais, é nutrir-se desse excesso. O príncipe somente alcançará sucesso caso venha a se alinhar aos pequenos e não aos grandes.

Conforme os ensinamentos do professor Adriano Pilatti (Puc-Rio), Maquiavel tem influência desde o século XVI. O dissenso como construtivo, como constituinte, desde que promovido de baixo para cima, concilia princípio moral e aristocrático. A construção e instituição da liberdade dos oprimidos contra o desejo dos grandes faz esse dissenso a partir de um realismo férreo, não apenas das contradições humanas.

Pensar a construção das liberdades dos de baixo e com relação a isso Maquiavel toma partido no próprio Príncipe do ponto de vista laborativo: armas- comunidade política forte é povo armado, com armas próprias; imaginação simbólica- proposta de religião cívica que anime o povo a construir a liberdade e mantê-la; igualdade material – tornar-se material - príncipe do povo

é exclusão dos privilegiados. É fundamental para a construção da República, senão nenhuma República permanece livre. As instituições precisam sempre se movimentar.

Carl Schmitt, em Teoria da Constituição, traz a ideia de que a Constituição não pode ser limitada à Carta Constitucional ou ao campo jurídico, que está atrelado na essência ao campo político. Para Schmitt, há a Constituição (materialmente existente e com caráter político) e há uma Constituição (formalmente existente, rígida, escrita e decorrente de um poder constituinte originário, que é traduzida por um sistema de normas, sem obrigatoriedade de ser ideal e de acordo com as necessidades de um povo, conforme p. 29).

A teoria da Constituição, para Schmitt, seria tudo aquilo que compõe um Estado, ou seja, a unidade política de um povo (2003, p. 29). Por isso, somente no caráter de normas não é possível obter o conceito de Constituição. Já o Direito está vinculado à chamada força de autoridade, isto é, um dever-ser decorrente de uma ordem soberana de um ser (2003, p. 34). Assim, a teoria Schmittiana, ao ser lastreada no político como algo indeterminado e pautado na existência de uma força, é atravessada pela teoria Hobbesiana do Leviatã (2008, p. 20), na guerra – campo político estabelecido pela relação entre amigo e inimigo – (2008, p. 20), no inimigo e na decisão, dialogando no mesmo contexto de objeto averiguado e já exposto até aqui.

As pessoas, ao se reconhecerem diante de um referencial em comum (amigos), por meio da força acabam decidindo a organização da vida, formando a Constituição. Sendo vitoriosas (da guerra), formam um mundo político de acordo com o que acabaram de decidir. Por isso, a Constituição é formada para além do normativo, ou seja, decorre da organização de uma vontade anteriormente decidida de um povo.

Para Schmitt, Constituição é unidade, enquanto a lei constitucional é uma ideia traduzida em texto normativo. O sistema de Direito (2008, p. 45) é criado pela decisão política, efetiva e concreta de um povo (2008, p. 46), que é gerador de um poder constituinte ensejador de uma Constituição. Por isso temos a chamada teoria decisionista Schmittiana (o Direito somente existe em decorrência de uma decisão que o permitiu existir).

O soberano, cuja vontade é executada pela Constituição e pela lei, para Schmitt é aquele que, ao perceber a aproximação de um combate, poderá suspender a Constituição formal para salvaguardar a Constituição material, mantendo os amigos e não permitindo a vitória dos inimigos. Já a Constituição pode nascer de duas formas: decisão política unilateral do poder constituinte ou, então, convenção plurilateral do poder constituinte (2006, p. 66).

Por isso, sua afirmação de que a Constituição é posterior ao pacto social, e é elaborada por um sistema político e jurídico, de garantias da liberdade burguesa (2006, p. 59), escrita (2006, p. 61) e com divisão de poderes (2006, p. 60). O poder constituinte emana de uma unidade de poder (2006, p. 86), sendo a Constituição, o Direito e as leis limitadores formais do que pode ou não pode ser feito em razão da decisão do povo que os permite existir (2006, p. 160-161).

Seguindo a linha da análise do poder constituinte, faz-se necessário trazer no presente trabalho as discussões levantadas por Michael Hardt⁷. Para o autor, ao focar no conceito de transição revolucionária, tem-se a melhor apreensão do pensamento de Thomas Jefferson, que baseia sua ideia no conceito de transição baseado em rebelião e Constituição em uma vertente e democracia e transição em outra vertente.

⁷ HARDT, Michael. "Thomas Jefferson ou a transição da democracia". *Lugar Comum*, nº 27, p. 11-27.

Assim, a rebelião seria o fato fomentador de reabertura do processo constituinte por meio de práticas democráticas pelo povo. Toda e qualquer rebelião é meio necessário de derrubada e transição a um novo governo que, ao ser formado, coloca fim na rebelião. Interessante, porque para Jefferson, diferentemente de Spinoza, o ápice da democracia como maior virtude é alcançada pelas periódicas e necessárias rebeliões e não na paz.

Para Jefferson, as rebeliões periódicas como propícias a gerar reabertura de processos constituintes são necessárias para preservar a liberdade e manter a saúde dos membros de uma sociedade pela prevalência do bem maior que é a democracia (sinônimo de “Republicanismo”, para Jefferson), como objetivo de um processo revolucionário participativo, pautado no seu aspecto mais importante, que é como ela torna possível as mudanças nas pessoas (p. 23), haja vista que elas somente saberão o que é democracia ao exercerem a participação. Dissenso e multidão são conceitos que dialogam entre Maquiavel e Jefferson.

É imperioso trazer também as contribuições de Victor Nunes Leal ao estabelecer a divisão de poderes no quadro da burguesia⁸. Segundo o autor, as estruturas social e econômica formam a base das instituições políticas, que muitas vezes limita o crescimento da sociedade pela ausência de harmonia na evolução de cada estrutura.

Para o autor, as mudanças são promovidas pelo impulsionamento das forças políticas no sentido do avanço. Para John Locke, os poderes não deveriam estar equilibrados, e sim o poder legislativo deveria ser superior ao poder executivo. Já para Montesquieu, a liberdade humana somente é resguardada pelo equilíbrio existente entre os poderes por meio de um sistema de freios e contrapesos como garantia da liberdade política (1955, p. 104).

Leal destaca que o sentido sociológico da divisão de poderes é explicado pelo fato de ser criado menos para impedir usurpações do poder executivo do que para impedir reivindicações do povo (1955, p. 108), que vem obtendo reconhecimento no estado liberal, desde que não interfira na essência do sistema econômico fundador (1955, p. 110).

Segundo o autor, a teoria da divisão de poderes, por não atender às necessidades contemporâneas de resguardar as liberdades humanas, está condenada, tendo em vista a profundidade das reivindicações sociais de cunho crítico. As reivindicações vão modificar o sistema capitalista com a reforma da sociedade pelo estado representativo, ou então o regime representativo será desfeito pelo sistema capitalista com uma economia transformadora do Estado, com readequação da estrutura política (1955, p. 112).

Em igual sentido, Thoreau:

Prefiro antes confiar no sentimento do povo. Em seus votos encontraremos pelo menos alguma coisa de certo valor, ainda que pequeno; caso contrário, ficaremos restritos apenas ao julgamento limitado de um indivíduo, sem significado algum. A lei nunca tornará livres os homens; são os homens que precisam tornar livre a lei. São amantes da lei e da ordem os que as observam quando o governo as viola [...]. O resultado de um bom governo é tornar a vida mais valiosa – o de um mau governo é torná-la menos valiosa.⁹

⁸ LEAL, Victor Nunes. *A divisão de poderes no quadro da burguesia*. In CAVALCANTI, Temístocles; SILVA, Carlos Medeiros e LEAL, Victor Nunes. *Cinco estudos*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1955.

⁹ THOREAU, Henry David. *A desobediência Civil*. Penguin & Companhia das Letras, 2012, p. 50-56.

DO BIOPODER, DO CONTROLE E DO DISCURSO SOBRE A EXCEÇÃO: BREVE PANORAMA

Já no campo do discurso sobre a exceção, pode-se afirmar, com base nos ensinamentos do professor Francisco de Guimarães (Puc-Rio), que a exceção é técnica de governo no século XX. A transferência do Poder Legislativo para o Poder Executivo é em decorrência da crise econômica¹⁰.

Segundo Foucault¹¹, o Biopoder seria um novo modelo de organização do poder, e ao mesmo tempo um novo sujeito aparece para o Estado com o fito de exercício do poder, que é a população “corpus espécie”. Foucault não pensa só no poder, mas como aqueles que estejam sujeitos ao poder resistem. Na história da sexualidade, a vontade de saber há uma relação íntima.¹²

A “plenitude do possível” está falando do estado social, daquilo que somos e que podemos ser, do direito à saúde, à satisfação das necessidades e à felicidade, entre outros aspectos. A normalização vem por vezes na total contramão da normatividade. Aquela é a colocação de um modelo que é constituído pelo poder, pelas instituições disciplinares, mas é diferente nos casos das populações porque não tem como controlar cada gesto, daí para Foucault a importância da estatística; justamente para poder verificar tendências.

Nos casos de segurança trabalha-se com caso, perigo e crise. O caso é vinculado à noção de risco, à noção de perigo, que são somente populações mais inerentes, e à noção de crise, que é um processo de disparada de casos. A norma precisa levar em consideração a normalidade. Na segurança, o normal vem antes da norma. Toda população possui suas regularidades, curvas de normalidade, e é por isso que recusa representação política, pois a norma precisa vir depois.

O modo do poder de lidar com os movimentos populacionais inviabiliza o voluntarismo. Para Deleuze¹³, a chamada “sociedade de controle”, que Foucault denomina de “sociedade de segurança”, se faz for a das instituições, por isso não pode ser confundida com as instituições disciplinares (sociedade disciplinar).

SIMPLÓRIAS CONTRIBUIÇÕES SOBRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – JUDICIAL REVIEW

No tocante à jurisdição constitucional, Waldron¹⁴ não concorda com Dworkin¹⁵, que em algumas circunstâncias o judicial review¹⁶ sobre a legislação não retira, mas por vezes até aprimora, o caráter democrático do sistema político no qual está inserido, haja vista que o judicial review não ensejaria perdas para a democracia (p. 245).

10 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção, capítulo I*. São Paulo: Boitempo, 2004.

11 FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. São Paulo: Martinsfontes, 2008, p. 73-103.

12 _____. *História da Sexualidade: a vontade de saber*, 14ª edição, Editora Graal, p. 127-136.

13 DELEUZE, Gilles. *Post scriptum sobre as sociedades de controle*. In *Conversações 1972-1990*, Editora 34, p. 219-226.

14 WALDRON, Jeremy. *O judicial review e as condições da democracia*. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs). In *Coleção ANPR de Direito e Democracia*.

15 Ronald Dworkin é defensor da ideia dos direitos constitucionais vinculados ao judicial review em seu livro *Freedom's Law*.

16 Judicial review é um termo originário da jurisprudência e utilizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos como forma de controle de constitucionalidade por meio da supremacia do Poder Judiciário no tocante ao poder de declarar nulas as normas consideradas inconstitucionais.

Segundo Waldron, a relação entre a democracia e as condições de sua legitimidade pode ser representada como uma relação entre direitos. O autor (p. 248-270) sustenta que:

[...] se alguns são excluídos deste processo, ou se o processo em si mesmo é desigual ou inadequado, então, tanto os direitos quanto a democracia estão comprometidos [...]. A democracia e a regra da maioria só fazem sentido quando são regidas por certas condições; e as mais óbvias dentre estas são a garantia da liberdade de expressão e a liberdade de associação – direitos que estabelecem um contexto deliberativo amplo em uma sociedade civil para as decisões políticas formais.

Da análise da sua obra, pode-se verificar que, de fato, há uma ligação entre democracia e direitos, e com base em alguns direitos individuais é que haverá uma deliberação majoritária legítima; por fim, diante do não consenso dos requisitos sustentadores de uma democracia, será questionável o fato de se recorrer a uma legitimidade de deliberação majoritária com finalidade de solucionar eventual conflito.

Logo, o autor sustenta que recorrer ao judicial review também sempre será um sistema questionável, sempre haverá perda para a democracia quando suas insurgências estiverem submetidas a qualquer instituição não democrática, mesmo diante da possibilidade de pontos de melhora para a própria democracia; e, por último, não há como se pensar em contribuição do judicial review para a melhora do debate participativo dentro de uma sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, em considerações finais com base nos ensinamentos do professor Fábio Leite (Puc-Rio), o Brasil copiou uma boa parte da Constituição dos Estados Unidos. Na época, Rui Barbosa fez uma revisão profunda no texto, que foi encaminhado e aprovado. A Constituição brasileira tem previsão de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, o que não tem na Constituição norte-americana.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção, capítulo I. São Paulo: Boitempo, 2004.

DELEUZE, Gilles. Post scriptum sobre as sociedades de controle. In Conversações 1972-1990, Editora 34, p. 219-226.

FOUCAULT, Michel. Segurança, território, população. São Paulo: Martinsfontes, 2008, p. 73-103.

_____. História da Sexualidade: a vontade de saber, 14ª edição, Editora Graal, p. 127-136.

GUIMARÃES, Franciso de. O poder constituinte segundo Antonio Negri: Um conceito Marxista e Spinozista. Revista Direito e Práxis. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/21683/18933>>. Acesso em: 05 Dez. 2021.

HARDT, Michael. “Thomas Jefferson ou a transição da democracia”. Lugar Comum, nº. 27, p. 11-27.

LATOUR, Bruno. Jamais fomos modernos: ensaio de antropologia simétrica. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1994.

LEAL, Victor Nunes. A divisão de poderes no quadro da burguesia. In CAVALCANTI, Temístocles; SILVA, Carlos Medeiros e LEAL, Victor Nunes. Cinco estudos. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1955.

NEGRI, Antonio. O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. In Alianza Universidad Textos, p. 66-114.

SPINOZA, Baruch. Tratado Político. São Paulo: Wmfmartinsfontes, 2009.

TATIÁN, Diego. Spinoza, um realismo anómalo de la paz., in Araucaria. Revista Ibero-americana de Filosofía, Política y Humanidades, año 16, nº. 32. Segundo semestre de 2014, pp.93-109.

THOREAU, Henry David. A desobediência Civil. Penguin & Companhia das Letras, 2012, p. 50-56.

WALDRON, Jeremy. O judicial review e as condições da democracia. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs). In Coleção ANPR de Direito e Democracia.

Os direitos dos presos à luz da lei 13.964/2019 – pacote anticrime

The rights of prisoners under law 13.964/2019 - anti-crime package

Rodrigo dos Anjos

Acadêmico de Direito da Faculdade São Lucas.

Letícia Viviane Miranda Curey

2Professor - Orientador do curso de Direito do Centro de Ensino São Lucas

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.5

RESUMO

O presente estudo tem por finalidade primordial, abordar as principais alterações e atualizações no Código Penal, parte geral e especial, promovidas pelo Pacote Anticrime, Lei nº 13.964/2019, a qual entrou em vigor a partir do ano de 2020, tendo como parâmetro os seus respectivos efeitos na Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/1984). Insta dizer, que o famigerado Pacote Anticrime modificou a Lei de Execuções penais nos seguintes itens: a alteração do parágrafo 9º-A da LEP, que versa sobre o perfil genético para crimes de hediondos; inclusão no Art. 50 de um novo tipo de falta grave, quanto à recusa, por parte do apenado, em conceder material genético para respectiva identificação; mudança do Art. 52, o qual trata do RDD (Regime Disciplinar Diferenciado); modificação das regras para a progressão de regime, o que perfaz uma nova modelagem do art. 112 da LEP. Almeja-se, deste modo, aprofundar-se no quesito comparativo do Pacote Anticrime com a Lei de Execuções Penais, tendo em vista síntese provocada pela comparação entre a legislação que outrora guiava o cumprimento da pena com as suas mudanças promovidas pela legislação que entrou em vigor em 2020. Em suma, realiza-se a análise parcial do Pacote Anticrime assim como da Lei de Execuções Penais com o objetivo de elucidação das novas nuances adquiridas a partir do ano outrora citado, tendo como esteio, também analisar, os efeitos positivos e negativos- do ponto de vista constitucional- de tais alterações promovidas.

Palavras-chave: código penal. execução penal. pacote anticrime.

ABSTRACT

The main purpose of this study is to address the main changes and updates in the Criminal Code, general and special parts, promoted by the Anti-Crime Package, Law No. their respective effects in the Criminal Enforcement Law (Law nº 7.210/1984). It urges to say that the infamous Anti-Crime Package modified the Criminal Executions Law in the following items: the amendment of paragraph 9-A of the LEP, which deals with the genetic profile for heinous crimes; inclusion in Art. 50 of a new type of serious misconduct, regarding the refusal, on the part of the convict, to grant genetic material for the respective identification; change of Art. 52, which deals with the RDD (Differentiated Disciplinary Regime); modification of the rules for regime progression, which makes up a new model of art. 112 of the LEP. It is intended, therefore, to delve into the comparative question of the Anti-Crime Package with the Criminal Executions Law, in view of the synthesis provoked by the comparison between the legislation that once guided the execution of the sentence with its changes promoted by the legislation that came into force. in force in 2020. In short, a partial analysis of the Anti-Crime Package as well as the Criminal Executions Law is carried out with the objective of elucidating the new nuances acquired from the aforementioned year, having as mainstay, also analyze, the positive and negative - from the constitutional point of view - of such promoted changes.

Keywords: criminal code. penal execution. anticrime package.

INTRODUÇÃO

Este estudo tem em como sustentáculo demonstrar a influência do Pacote Anticrime sobre Lei de Execuções Penais, realçando as principais alterações trazidas e suas respectivas

implicações no âmbito da execução penal.

O Pacote Anticrime em nosso país surgiu como um arcabouço jurídico cujo objetivo se denota em efetivar e endurecer a aplicação da lei penal, demonstrando o papel do Estado em uma aplicação mais draconiana da lei, a fim de se extinguir a sensação de impunidade, tão criticado em solo pátrio. Assim sendo, sob o contexto de se combater a impunidade e de fazer a aplicação da lei penal de modo mais efetivo, o atual governo sancionou um conjunto de medidas com vistas ao endurecimento de uma série de leis, dentre as quais, enquadra-se a Lei de Execuções Penais.

No contexto deste artigo, a Lei nº 13.964/2019 apresenta-se como um dispositivo jurídico alterador da Lei de Execuções Penais, bem como objeto de estudo acerca da sua eficácia na garantia da pena e de seus pressupostos modificadores da Lei nº 7.210/1984. Por conta de tais pressupostos, tal estudo se apresenta de modo parcial, uma vez que o primeiro instituto citado neste parágrafo não será analisado como um todo, apenas serão abordadas as suas peculiaridades no que diz respeito às mudanças da LEP.

A problemática, por sua vez, consiste em demonstrar as principais alterações trazidas pelo Pacote Anticrime no âmbito da execução penal em nosso país, perfazendo uma análise das peculiaridades inerentes a ambos os institutos. Deste modo, quais são as principais alterações trazidas pela Lei nº 13.963/2019 na esfera da Lei de Execuções Penais em relação aos direitos dos presos?

No que se refere a questões metodológicas, esta é uma pesquisa científica de abordagem qualitativa; o método de investigação, por sua vez, foi bibliográfico, sendo a pesquisa do tipo exploratória.

A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL E SEUS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

Os direitos das pessoas presas são assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88 e pela Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210, de 1984). Mesmo privado de liberdade, o preso deve manter seus direitos de cidadão como educação, saúde, assistência jurídica e trabalho para remição da pena. .

Para Vasconcelos (2017):

A execução penal trata do conjunto de normas que regulam a aplicação de penas e medidas de segurança em um determinado ordenamento jurídico, abrangendo, no âmbito de seu objeto, os estabelecimentos e os agentes encarregados de fazer cumprir a pretensão punitiva estatal. Uma das questões mais importantes relacionadas com o estudo desse ramo do direito, em processo de contínua implantação de sua autonomia enquanto disciplina jurídica, envolve a possibilidade de compatibilização das normas da Lei de Execução Penal em relação à Constituição Federal, consagrando o princípio da supremacia da Constituição. (VASCONCELOS, 2017, p.1)

Conforme se depreende do trecho elencado, podemos afirmar que a execução penal tem como escopo de dirigir o cumprimento da pena, perfazendo a pretensão punitiva estatal, no que tange ao direito de punir, tendo como parâmetro o centro do nosso ordenamento jurídico, que é a Constituição Federal de 1988. Assim sendo, em outras palavras, podemos definir a execução penal como um instituto que normatiza a aplicação da pena em nosso país.

Nesse mesmo sentido, nos ensina Nery (2010, p.41), no que tange à observância de se normatizar a aplicação da pena, tendo a Constituição como cerne: “O intérprete deve buscar a aplicação do direito ao caso concreto, sempre tendo como pressuposto o exame da Constituição Federal. Depois, sim, deve ser consultada a legislação infraconstitucional a respeito do tema.

Deste modo, em primeiro plano, cumpre consignar que, mesmo tendo legislação específica acerca das peculiaridades e medidas impostas à aplicação da pena, isto é, a sua normatização, o primeiro elemento que deve ser observado quanto ao cumprimento da pretensão punitiva estatal é a Constituição. Assim sendo, pode-se concluir que a aplicação do Direito ao caso concreto perfaz o seguinte caminho: avaliar a constitucionalidade e em seguida a legislação pertinente acerca do caso em questão legislação infraconstitucional.

Em solo pátrio, a normatização da execução da pena se dá perante a Lei nº 7.210/1984, ainda durante o Governo de João Batista Figueiredo, isto é, no final do Regime Militar. Segundo Vasconcelos (2017) antes da LEP (Lei de Execuções Penais), a ideia que perfazia o contexto da época era bem diferente dos dias atuais, de modo que um indivíduo submetido à sanção penal era enxergado quase que desfigurado de direitos. Para asseverar tal afirmação:

A execução penal é disciplinada pela Lei nº 7.210 (LEP), de 11.07.1984, que na época de sua edição inovou de maneira significativa o ordenamento jurídico que tratava da matéria, apesar de sua positivação ter-se dado sob a égide de um Estado ditatorial, que precedeu a nova ordem jurídica instaurada com a Constituição de 1988. A elaboração do diploma infraconstitucional prenunciou a superação da ideia de que o apenado não possui direitos, submetendo-se a uma execução forçada. É sujeito de direitos que goza de dignidade, sendo-lhe assegurada uma série de mecanismos judiciais e extrajudiciais para que arbitrariedades sejam superadas ou evitadas. (VASCONCELOS, 2017, p.2)

Vale ressaltar, nesse sentido, que a Constituição Federal de 1988, modificou o paradigma de outrora, que era de uma aplicação penal praticamente calcada na punição para um novo patamar, uma vez que o texto de 1988, através da consagração dos Direitos e Garantias Individuais, tendo como um dos princípios, o da dignidade humana.

Para Temer (1994) a Constituição de 1988 trouxe o ordenamento jurídico brasileiro para um estágio mais avançado no que se refere aos direitos humanos, excluindo deste modo, no contexto da aplicação penal, aspecto puramente absolutistas, que enxergavam a pretensão punitiva do estado através da via do castigo, somente.

Nesse diapasão, Nucci (2010) também destaca a importância dos Princípios Constitucionais, os quais são universais na aplicação de qualquer lei positivada em nosso país. Assim sendo:

O estudo da execução penal deve fazer-se sempre ligado aos princípios constitucionais penais e processuais penais, até porque, para realizar o direito punitivo do Estado, justifica-se, no Estado Democrático de Direito, um forte amparo dos direitos e garantias individuais. Não é viável a execução da pena dissociada da individualização, da humanidade, da legalidade, da anterioridade, da irretroatividade da lei prejudicial ao réu (princípios penais) e do devido processo legal, como todos os seus corolários (ampla defesa, contraditório, oficialidade, publicidade, entre outros). (NUCCI, 2010, p. 991)

Desta maneira, se faz necessário frisar que o Direito de Punir do Estado também é um atributo do Estado Democrático de Direito; porém, o que garante tal atributo à sanção penal, sob o ponto de vista da democracia, é o respeito aos direitos e garantias individuais, dentre os quais o Princípio da Dignidade Humana, Princípio da Individualização da Pena, do Devido Processo legal, dentre outros.

Segundo Temer (1994), o Princípio da Dignidade Humana tem suas raízes no Iluminismo e na sua profunda crítica ao absolutismo. Ademais, segundo o constitucionalista, este Princípio é o sustentáculo que garante a aplicação dos demais direitos, assim como preconizava os críticos do absolutismo, no século XVIII, a exemplo de Kant. O princípio elencado anteriormente, depreende outra garantia, que é o de não ser submetido a tratamento desumano e degradante assim como exposto a nefasta prática da tortura.

Quanto ao Princípio da Individualização da Pena, consagrado também no texto de 1988, Temer (1994) nos ensina que era comum, em regimes absolutistas, transcender a pena de um indivíduo aos seus descendentes. Portanto, sob um olhar liberal e democrático, a individualização da pena permite que somente o indivíduo que praticou um crime seja alvo da punição penal e não os seus descendentes, como ocorria em tempos de outrora.

Para Nucci (2018), a execução penal é particularmente intrigante, pois é regida pela Lei de Execuções Penais, além de possuir princípios e regras constitucionais aplicáveis a essa fase do processo-crime, no entanto, se assiste ao descumprimento sistemático de incontáveis normas. Entre outras preocupações do direito penal, uma delas é fazer com que a norma seja aplicada sem prejudicar a coletividade. Também busca equilibrar a igualdade de direitos entre os indivíduos. De acordo com Capez (2010):

A ciência penal, busca a justiça igualitária como meta maior, adequando os dispositivos legais aos princípios constitucionais sensíveis que os regem, não permitindo a descrição como infrações penais de condutas inofensivas ou manifestações livres a que todos têm direito mediante rígido controle de compatibilidade vertical entre a norma incriminadora e princípios como o da dignidade humana. (FERNANDO CAPEZ, 2010, p. 19)

Mirabete (2002, p. 23) explana ainda:

O direito, o processo e a execução penal constituem apenas um meio para a reintegração social, indispensável, mas nem por isso o de maior alcance, porque a melhor defesa da sociedade se obtém pela política social do estado e pela ajuda pessoal. (MIRABETE, 2002, p.23)

A política social deve ser desenvolvida pelo poder pública a partir de programas de ressocialização dos presos, direito garantido na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal Brasileira.

Princípios norteadores da lei de execução penal

Conforme mencionado anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro tem como cerne a Constituição Federal de 1988. Portanto, toda positivação legal necessita coadunar com os preceitos constitucionais. De modo mais específico, a LEP está sob o manto dos preceitos constitucionais de 1988, tendo o Princípio da Legalidade como um de seus sustentáculos, como ensina Vasconcelos (2017):

O princípio da legalidade garante a observância do conteúdo da sentença condenatória e das leis vigentes no país. O princípio alcança a taxatividade na fixação das penas e nas medidas de segurança, bem como estende às sanções disciplinares. Procura-se evitar também que sejam elaboradas normas de conteúdo indeterminado e vagas. (VASCONCELOS, 2017, p.3)

O Princípio da Legalidade, garante ao indivíduo que está na condição de apenado, a segurança jurídica necessária ao cumprimento da pena, isto é, mesmo estando na condição de apenado, os conteúdos normativos inerentes às sanções disciplinares, por exemplo, também

seguem em conformidade com o conteúdo jurídico qual o indivíduo está submetido. Noutros termos, tal princípio garante que a pena vigore de acordo com o que foi normatizado e positivado no ordenamento jurídico.

Na visão de Fernandes (2010), outro princípio importante que perfaz a LEP é o Princípio do Contraditório:

[...] No processo penal, é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhes os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, estarem as partes munidas de forças similares. [...] (FERNANDES, 2010, p. 57)

Deste modo, conclui-se que, de modo implícito, que o Princípio do Contraditório também pressupõe o direito das partes de estarem informadas quanto ao andamento processual e do que foi decidido perante o Estado-Juiz perante o seu caso concreto, isto é, no decorrer do processo penal como um todo, e isto inclui em determinados casos o cumprimento da pena, o indivíduo possui direito de estar informado quanto ao andamento dos atos processuais para que possa, nesses termos, inclusive, contradizer o que lhe sobrepõe.

De modo muito taxativo, Fernandes (2010) afirma que o contraditório pressupõe que a legislação permita que tal direito seja garantido, dado que, por outro óbice, de nada adianta positivar um direito sem dar-lhe a garantia para o seu pleno exercício.

Por implicações e consequências lógicas do contraditório, ficam assegurados os princípios da ampla defesa, e este, por sua vez, da defesa técnica.

Para Vasconcelos (2017):

A ampla defesa somente pode desenvolver-se num procedimento que efetivamente assegure o contraditório. Isso se justifica por razões lógicas, como a impossibilidade de a parte decidir como deve defender-se, se não tiver acesso aos elementos de informação colhidos em processo. (VASCONCELOS, 2017, p. 3)

A ampla defesa é assegurada também ao curso de todo processo até que sua sentença se torne irrecorrível; portanto, por implicação do Direito ao Contraditório, surge o corolário da ampla defesa para que o ora réu ou ora sentenciado tenha subsídios para se defender perante o que pesa em desfavor de si.

Ademais, fica entendido, de modo menos taxativo, que o Princípio da Publicidade também perfaz a estrutura da LEP, uma vez que para contradizer o que lhe é imputado assim como arguir-se de recursos de defesa, se faz necessário o conhecimento dos atos processuais.

Desta forma, a publicidade dos atos processuais (com suas respectivas ressalvas legais), deve se fazer presente, de modo ao réu ou ao sentenciado munir-se de informações para que haja o devido processo legal através do Princípio do Contraditório e seus corolários.

No tocante ao Princípio da Individualização da pena, neste caso, aplicado aos sentenciados, e não de modo geral como já explanado de modo histórico e filosófico, podemos demonstrar segundo Vasconcelos (2017):

A individualização da pena encontra previsão na Constituição Federal, no art. 5º, especificamente no inciso XLVI, nestes termos: “a lei regulará a individualização da pena [...]”. O princípio é especificado nas disposições dos incisos XLVIII e L, que asseguram, respectivamente, o cumprimento de penas em estabelecimentos penais diferenciados e a atenção dada à mãe presidiária durante o período de amamentação. (VASCONCELOS, 2017, p.5)

Primeiramente, é preciso destacar duas dimensões quanto ao Princípio em tela: a primeira dimensão é categórica em afirmar que, sob o contexto geral, consagrado na Constituição, a pena não deve passar da pessoa do condenado. A segunda dimensão, de modo mais concreto no que tange aos sentenciados, nos leva a afirmar que tal princípio garante a diferenciação em estabelecimentos prisionais, para que não haja a transposição da pena imposta a uma pessoa para terceiros. Em outros termos, o que queremos afirmar que a LEP assim como a Constituição Federal garantem um cumprimento diferenciado, a exemplo das genitoras apenadas no período de amamentação. Sem tal tratamento diferenciado, o descendente de tal apenada seria também, de modo indireto, um cumpridor de medida condenatória, fato que iria diametralmente contra ao Princípio da Individualização da Pena.

O pacote anticrime e a alteração parcial da LEP

O sistema adotado pelo legislador brasileiro na Lei de Execuções Penais -LEP- no art. 112, é o "Sistema Progressivo", ou seja, passa-se do sistema mais rigoroso para o menos rigoroso, a priori, só se fala em progressão em caso de pena privativa de liberdade.

Para Cambi *et al.* (2020):

A Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como Pacote Anticrime, alterou 17 (dezessete) leis - dentre as quais o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais – com profundos reflexos no sistema de justiça criminal brasileiro (CAMBI *et. al.*, 2020, p.12)

Como é de conhecimento de todos, o clamor da sociedade por alterações legislativas que sejam capazes de frear a sensação de impunidade assim como o terror imposto pela criminalidade levaram o Governo a sancionar o instituto em tela.

Para Canola e Filho (2020):

No que se refere especificamente a matéria de Execução Penal, as alterações oriundas da Lei n. 13.964/2019 foram as mais extensas e impactantes já promovidas desde a edição da Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984), doravante LEP, modificações essas que terão, certamente, enorme impacto social, já que envolvem alterações nos prazos de progressão de regime, no período de cumprimento total de penas, nos requisitos do livramento condicional, dentre outras. (CANOLA E FILHO, 2020, p.241)

Assim sendo, conforme citado, a Lei 13. 964/2019 promoveu, até hoje, o maior impacto sobre a Lei de Execuções em nosso país, modificando os prazos de progressão de regime, cumprimento de pena, requisitos e questões relativas ao perfilamento genético de detentos. Tais alterações possuem o escopo de “frear” a criminalidade e de demonstra à sociedade o papel do Estado Brasileiro no controle da criminalidade. Quanto à progressão do regime, podemos destacar, segundo Cambi *et.al* (2020), que a LEP previa três frações de progressão de regime: 1/3, 2/5 e 3/5.

Quanto à primeira fração, segundo Canola e Filho (2020):

A primeira fração outrora existente era a de 1/6 (um sexto) da pena, prevista na antiga redação do art. 112 da LEP, cujo cômputo englobava os crimes comuns e os crimes hediondos cometidos antes da entrada em vigor da Lei nº 11.464, de 29 de março de 2007, independente da primariedade ou reincidência do sentenciado. (CANOLA E FILHO, 2020, p.242)

Mediante o exposto, depreende-se que, antes da alteração realizada pelo pacote Anticrime, os indivíduos sentenciados possuíam o direito de progredir de regime a partir do cumprimento de 1/6 da pena, ou seja, menos de 20 por cento da pena imposta em sua totalidade.

Quanto à segunda e a terceira fração, antes do pacote anticrime, conforme nos ensina Canola e Filho (2020):

Além dela, havia também as frações de 2/5 (dois quintos) e 3/5 (três quintos) da pena, previstas no art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que se aplicavam aos delitos hediondos cometidos após a entrada em vigor da Lei nº 11.464/2007, sendo a fração de 2/5 (dois quintos) da pena aplicável aos sentenciados primários e a de 3/5 (três quintos) da pena aos sentenciados reincidentes. (Canola e Filho, 2020, p. 242)

Cumprir ressaltar que, para crimes de maior gravidade, cujo grau reprovação social do ato criminoso perfaz o contexto dos crimes hediondos, anteriormente o apenado detinha o direito de progredir de regime, quando primário, a partir do cumprimento de 2/5 da pena, isto é, a progressão era possível a partir de 40 por cento da pena. Em tratando-se de sentenciados reincidentes, indivíduos que demonstram profundo menoscabo perante as medidas impostas pelo Estado-Juiz, no contexto dos crimes hediondos, a progressão de regime se tornava possível a partir de 3/5 da pena, isto é, o sentenciado só poderia galgar para patamar mais brando mediante o cumprimento de 60 por cento da pena.

Mediante o demonstrado, a progressão de regime até o ano de 2020, isto é, até a entrada do Pacote Anticrime, o sentenciado, ressalvadas as peculiaridades do seu delito (comum ou hediondo), bem como da sua vida pregressa (preenchimento das suas respectivas folhas penais- para fins de constatação de reincidência-) poderia se enquadrar em três possibilidades para alcançar regime mais brando. Constata-se desta maneira, que a progressão de regime em nosso país, considerando o elevado grau de criminalidade que tanto assola a sociedade ordeira, antes do Pacote Anticrime, era demasiadamente branda, haja vista que sentenciados por crimes hediondos, somente pelo fato de serem primários, galgavam, por atributo da LEP, regime mais brando a partir do cumprimento de 40% da pena, fato, que a nosso ver, só coaduna para a prática de novas condutas nocivas a sociedade como também para a reincidência.

A progressão do regime segundo o pacote anticrime

Para Marques *et al.* (2020), a progressão de regime, que alterou o artigo 112 da LEP, de modo geral, em tratando-se de crimes hediondos, a progressão passou a ser mais dura, por se tratar de crimes que afrontam os bens mais valiosos do ser humano de forma mais violenta e repugnante.

Com a alteração realizada, Marques *et al.* (2020) leciona que foram criados distintos para o cálculo da progressão de regime, os quais podemos demonstrar:

I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido

cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional (BRASIL, LEP, 1984).

Destacaremos aqui, três grandes modificações acerca do cálculo para progressão de regime, principalmente no âmbito dos crimes hediondos ou equiparados.

- a) A redação deixou de mencionar a fração e passou utilizar da porcentagem;
- b) Os incisos que não sofreram alteração;
- c) Os incisos que sofreram alteração;

De modo harmônico, ambos tanto Marques *et al.* (2020) quanto Canola e Filho (2020) concordam que a nova redação traz consigo um peso maior para a progressão do regime, isto é, a nova redação é bem mais draconiana do que a de outrora, concebida no final da Ditadura Militar; entretanto, cumpre frisar, que tal endurecimento ficou mais nítido nos crimes hediondos ou equiparados, uma vez que, conforme Canola e Filho (2020):

Quanto aos novos prazos estabelecidos, alguns permaneceram idênticos ou praticamente idênticos aos anteriores, tais como os dos incisos: I (crime comum cometido sem violência ou grave ameaça por agente primário), que era de 1/6 (um sexto) da pena (fração geral de progressão de regime dos crimes comuns) e agora é 16% (dezesesseis por cento) dela; V (crime hediondo cometido sem violência ou grave ameaça por agente primário), que era 2/5 (dois quintos) da pena e agora é 40% (quarenta por cento) dela; e VII (agente reincidente específico em crime hediondo), que era 3/5 (três quintos) da pena e agora é 60% (sessenta por cento) dela. (CANOLA E FILHO, 2020, p.243)

Nesse diapasão, podemos concluir que em se tratando de crimes comuns, cometidos sem violência ou grave ameaça, o prazo para progressão permanece o mesmo, isto é, praticamente 16 por cento da pena deve ser cumprida em regime mais gravoso para que se alcance o regime mais brando.

No mesmo óbice e, mediante Marques *et al.* (2020), vale para o inciso “V”, onde a progressão ocorria (de modo fracionário) em 2/5 o que perfaz, em porcentagem, 40 por cento. Nesses casos, podemos dizer, que praticamente não houve alteração significativa em relação ao “quantum” para o direito à progressão, dado que o que se diferencia é tão somente a nomenclatura matemática para balizar os cálculos.

Porém, para os demais incisos, observa-se um endurecimento, conforme Canola e Filho (2020):

Outros prazos são visivelmente mais gravosos que os anteriormente previstos, destacando-se os dos incisos II, III e IV, respectivamente, de 20% (vinte por cento) da pena para reincidentes em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça, de 25% (vinte e cinco por cento) da pena para primários em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça e de 30% (trinta por cento) da pena para reincidentes em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça, sendo que a todas essas hipóteses se aplicava anteriormente a fração geral de 1/6 (um sexto) da pena. (CANOLA E FILHO, 2020, p. 243)

Neste sentido, a alteração trazida pelo Pacote Anticrime, trouxe para crimes cometidos sem violência e grave ameaça um aumento, aos que registram em suas folhas penais anotações desfavoráveis. Assim sendo, antigamente se progredia a partir de 1/6 da pena; atualmente, nestes casos, a progressão só se torna viável a partir de 20 por cento da pena concluída em regime maior gravosidade.

No que tange aos crimes cometidos com violência e grave ameaça, a progressão que se tornava viável a partir de 1/6 da pena passou para 25%, isto é, 1/4 para primários.

Quanto aos reincidentes que cometeram crimes cuja violência e a grave ameaça perfazem a sua estrutura, a porcentagem para a progressão ficou em 30%, ou seja, 1/3 da pena terá de ser cumprido para que se alcance a progressão.

Todas as hipóteses elencadas, segundo Marques *et al.* (2020) assim como Canola e Filho (2020), antes do Pacote Anticrime, estavam sujeitas ao mísero quantum de 1/6 da pena, mesmo tendo, em alguns casos, o uso da violência e da grave ameaça como elementos do crime, fato que a nosso ver, a legislação atual, tratou de modo muito inteligente em punir de forma mais efetiva os delinquentes que se valem destes recursos nefastos para a prática delituosa.

Na mesma direção do endurecimento, seguimos demonstrando, mediante Canola e Filho (2020):

Também mais gravosa é a hipótese do inciso VI, de 50% (cinquenta por cento) da pena se o apenado for primário e condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, ou condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado, ou condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada. Nesses casos, a fração anterior era de 2/5 (dois quintos) da pena no caso de crime hediondo com resultado morte e de 1/6 (um sexto) da pena nas outras duas hipóteses, visto que se trata de crimes de natureza comum. (CANOLA E FILHO, p. 244)

Em face do exposto, tendo o inciso VI como foco, podemos demonstrar o exemplo, segundo Marques *et al.* (2020):

Suponhamos que Mévio sem nenhum histórico criminal, tenha praticado crime de latrocínio (art. 157, § 3o, do CP), crime hediondo, e tenha sido condenado à pena de reclusão de 20 anos, com trânsito em julgado. Logo, progredirá quando cumprir 50% de sua pena, ou seja, 10 anos. (MARQUES *et. al.*, 2020, p. 133)

Portanto, se fossemos considerar a legislação passada, Mévio poderia ser agraciado com a progressão de regime a partir de 2/5 da pena, isto é, 40 por cento da pena. No caso exemplificado, Mévio, o latrocínio primário, poderia progredir de regime a partir do oitavo ano em regime de maior gravidade, considerando a legislação de outrora.

Nesses termos, tal exemplo permite-nos concluir que em se tratando de primariedade e de crime hediondo, o aumento se deu na razão percentual de 10% em relação ao texto de 1984, antes da modificação trazida pelo Pacote Anticrime.

Por conseguinte, dado o espaço exíguo tempo de vigor da Lei N°13'964/2019, sustentamos do ponto de vista constitucional, mediante a última hipótese aqui apresentada, que não há de se observar inconstitucionalidade na aplicação das porcentagens mais rigorosas, uma vez que, considerando o Princípio da Benignidade da Lei e da Irretroatividade, tais endurecimentos servem apenas aos que foram enquadrados penalmente após a publicação e validação da lei. Por outro óbice, só serão enquadrados nesse regime mais duro de progressão de regime, os

sentenciados após a data de vigor do Pacote Anticrime, em nada alterando a progressão aos que já foram sentenciados antes da validade do instituto em tela.

A questão da coleta de material genético do sentenciado

Primeiramente, precisamos fazer uma distinção importante, para posteriormente adentrarmos na questão da coleta de material genético de sentenciados. Em nosso país existem, de modo amplo, dois tipos de identificações: a civil e a criminal. Esta última é a que nos interessa, dado que sua validade até hoje levanta debates no campo jurídico.

Mediante Assumpção (2020):

A identificação criminal da pessoa civilmente identificada é regulada pela Lei n. 12.037/2009, que disciplina o art. 5º, LVIII, da CF/88. Essa Lei passou a contar com uma nova modalidade de identificação quando a Lei n. 12.654/2012 entrou em vigor. Além das conhecidas identificação fotográfica e datiloscópica, foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro a identificação genética, extração de DNA que pode se dar na fase da persecução criminal ou da execução da pena. (ASSUMPÇÃO, 2020, p.131)

Quando uma pessoa é indiciada, em inquérito policial, é feita a sua identificação criminal, para que se conste, por meio datiloscópico e fotográfico, as características pessoais daquele que sofreu indiciamento e teve de se submeter à identificação criminal, onde tais registros ficam nos institutos de identificação. Em alguns estados, tais institutos ainda estão na estrutura organizacional da Polícia Civil; em outros, são órgãos subordinados à Polícia Científica. Em Rondônia, por exemplo, mesmo tendo sido criada a POLITEC, o Instituto de Identificação Civil e Criminal ainda consta na estrutura organizacional da Polícia Civil. Conforme Assumpção (2020) a coleta de material genético foi incluída no nosso arcabouço jurídico a partir do ano de 2012, através da Lei nº12.654/2012, que preconiza a coleta de material genético (DNA) durante a persecução penal ou cumprimento de pena.

Porém, vale ressaltar que o Pacote Anticrime, a Lei 13.964/2019, no Art-9ºA prevê a retirada do DNA para composição de um banco de dados de perfil genético. Nesses termos:

Art. 9º- Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 1º-A. A regulamentação deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 3º Deve ser viabilizado ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º O condenado pelos crimes previstos no caput deste artigo que não tiver sido subme-

tido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

(...)

§ 8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, 1984).

A partir da mudança trazida pela Lei 13. 964/2019, os indivíduos sentenciados por crime sexual contra vulnerável a exemplo do Art. 217 do CP (estupro de vulnerável); crime contra a vida (art. 121 em especial); e o crime que atenta à liberdade sexual (art. 213- Estupro) estão obrigatoriamente por força de lei a fornecerem material genético para compor um banco nacional de dados de perfis genéticos.

O apenado que porventura, segundo Assumpção (2020) se recusar a fornecer tal material genético às autoridades, incorre em falta grave, a qual: “§ 8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético”. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019). Deste modo, podemos afirmar que a identificação do perfil genético é uma obrigação imposta pelo Pacote Anticrime, a fim de compor um banco de dados, para posteriormente comparação em se tratando de crimes contra a vida e de natureza sexual.

De forma mais específica, o indiciado, denunciado ou sentenciado, tem, por força de lei, ter o seu DNA recolhido por perito oficial (geralmente médico legista). Na condição de sentenciado, a recusa resulta em falta grave, fato que é registrado pelas secretarias de justiça e anexado aos arquivos das Varas de Execuções penais. Tal medida, visa observar o comportamento, progresso, e as faltas disciplinares dos apenados no exercício da pena imposta pelo Estado. (ASSUMPÇÃO, 2020)

Conforme depreende-se do exposto, insta, neste momento realizar algumas considerações:

A primeira diz respeito ao avanço das investigações criminais e das diligências médico-legais, no âmbito dos crimes contra a vida e contra a dignidade sexual.

Para Croce (2009) a diligência médico-legal é um conjunto de atividades realizadas pelos peritos legistas com vistas ao esclarecimento de um problema jurídico. Deste modo, o exame de DNA através dos vestígios extraídos através dos exames de perinecropsia, necropsia, conjunção carnal, dentre outros, permitiria às autoridades da Polícia Judiciária e da Polícia Científica a um maior número de resolução de casos e conseqüentemente uma maior proteção à sociedade ordeira.

Por fim, não acreditamos que esta medida seja vista como inconstitucional, uma vez que a própria constituição reza que “Ninguém fará ou deixará de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei. Assim sendo, como a LEP estabelece a obrigatoriedade da coleta deste tipo de material, não se verifica desrespeito à dignidade do preso, muito menos a pretensão de produzir provas contra si, dado que na coleta ele já se encontra sentenciado e sob a tutela do estado, dentro de uma instituição prisional, a não ser que durante o cumprimento da sua respectiva pena, ele cometa algum crime de natureza sexual ou contra a vida de outrem.

Alterações quanto ao regime disciplinar diferenciado - RDD

Implementada pela Lei do Pacote Anticrime, o artigo 52 da Lei de Execuções Penais sofreu amplas modificações com o intuito de endurecer as medidas do RDD principalmente para presos de facções criminosas e que apresentem alto grau de periculosidade. A primeira grande mudança vem no caput do artigo 52, que estabelece que tanto o nacional quanto o estrangeiro que venha a praticar crime doloso será submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado, regra que se aplica tanto ao preso condenado ou mesmo o preso provisório.

De acordo com o Professor Anezio Andrade (2020), também pode ser submetido ao RDD o preso que: “apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade ou sobre o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada”.

Entre outras mudanças advindas do Pacote anticrime, Minto (2020) aponta:

As visitas à aquele sujeito ao RDD são quinzenais, e não mais semanais, limitadas a duas pessoas, incluindo crianças, em local que impede o contato físico com o preso e a passagem de objetos. A saída para banho de sol é limitada a duas horas diárias, em grupos de até quatro presos, não podendo haver contato com outros do mesmo grupo criminoso. As entrevistas devem ser monitoradas, exceto quando realizadas com o advogado do preso. De todo modo, as instalações onde essas se realizarão devem impedir o contato físico e a passagem de objetos. (MINTO, 2020, s.p.)

Ao contrário de outras sanções que podem ser aplicadas no cumprimento da pena pelo diretor do presídio, o RDD (Regime disciplinar diferenciado) é a única punição disciplinar que não pode ser aplicada diretamente pelo mesmo. Ela só pode ser aplicada pelo juiz da execução penal após requerimento do diretor do presídio ou outra autoridade administrativa, conforme Art. 54 §1º, nesse sentido o MP é o legitimado para requisitar o RDD com fulcro no art. 68, II, “a” da Lei de Execuções Penais.

No tocante a outros direitos dos encarcerados, o Pacote Anticrime, trouxe mudanças em relação ao direito de visitas no RDD, que passaram a ser quinzenais e não mais semanais limitadas a duas pessoas. As entrevistas, exceto na presença do advogado do preso, devem ser monitoradas e ainda se tornou obrigatório a fiscalização de correspondências dos presos e as audiências devem ser de preferência por videoconferências (BRASIL, 2019).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, mediante tudo que foi exposto neste artigo científico, podemos, em primeiro plano tecer algumas considerações acerca da LEP instituída nos idos dos anos 80.

A primeira consideração diz respeito à mudança de paradigma frente à redemocratização do país. Conforme salientado ao longo deste, a Lei de Execuções Penais sancionada durante o Governo Figueiredo trouxe uma nova visão acerca do apenado. Ampliou-se, deste modo, a forma com a qual se enxergava o papel das penitenciárias, que era praticamente punitivo, tudo sob a ressalva da segurança interna, tão conclamada pela Ditadura Militar. Assim sendo, analisando cronologicamente o surgimento da LEP, podemos dizer que ela coaduna com um novo momento: o de reabertura democrática.

A segunda consideração relaciona-se a temporalidade da LEP em relação às mudanças sociais. criminalidade tornou-se muito mais artilosa, cruel e inteligente, e a legislação estática, que não se dinamiza perante as mudanças sociais, termina por tornar-se inútil por perder a sua eficácia.

Quanto ao Pacote Anticrime, há tempos, a sociedade brasileira clamava por uma legislação mais coerente com o cenário de guerra civil que vivemos atualmente. A reincidência em nosso país é tão grande, que chega a demonstrar o quão falido é o nosso sistema penitenciário no que se pretende em matéria de ressocialização, punição e proteção da sociedade.

Com o aumento do lapso temporal para que se possa galgar um regime mais brando, certamente o Pacote Anticrime e seu efeito sobre a LEP, produzirá um maior efeito punitivo, principalmente nos crimes hediondos e nos equiparados a este, como o tráfico de drogas, tipificado na Lei 11.343/2006, o qual não tem como elementos a violência e a grave ameaça; entretanto, é de fator criminógeno aberrante, dada a sua capacidade de circular dentre outras atividades criminosas assim como de destruir os tecidos sociais.

Por fim, ressaltamos que é imperioso punir com maior severidade aqueles que de forma monstruosa atentam contra os valores mais básicos da sociedade, bem como é importante que se obrigue, faça uma espécie de “catalogação médico-legal” de delinquentes de natureza sexual e assassinos corriqueiros. Deste modo, o legislador acertou em obrigar, sob pena de falta grave, o apenado que se recusar a fornecer o seu DNA para os órgãos de Polícia Científica.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Anezio. Dicas para ir bem no concurso do Depen. Alfacon, 2020. Disponível em: <https://blog.alfaconcursos.com.br/dicas-para-o-concurso-do-depen/> Acesso em 10 mar 2022.

ASSUMPÇÃO. V. Pacote Anticrime - comentários à Lei n. 13.964/2019. São Paulo: Editora Saraiva: 2020.

BARROSO, D. Lei Anticrime Comentada (13.964/2019). São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf Acesso em 12 abr 2022.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm Acesso em 21 mar 2022.

CAMBI, Eduardo. SILVA, Dani Salles. MARINELA, Fernanda. Pacote Anticrime. Vol.1. Escola Superior do Ministério Público do Paraná. 2020. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal//images/Publicacoes/documentos/2020/Anticrime_Vol_I_WEB.pdf Acesso em 15 abr 2022.

CANOLA, Bruno; Filho, Flávio. O Pacote Anticrime e seus reflexos na execução penal. Rio Grande do Sul: Revista da Defensoria Pública, 2020.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal parte geral. ed. 18. São Paulo: Saraiva, 2014. v.1

CAPEZ, Fernando. Curso de direito pena parte especial. ed. 14. São Paulo: Saraiva, 2014. v.2.

CROCE, Delton. Manual de Medicina Legal. São Paulo, Saraiva: 2009.

FERNANDES, Antônio Scarance. Processo penal constitucional. São Paulo: RT, 2010.

MINTO, R.M. Pacote anticrime e os reflexos na Lei de Execução Penal – Parte 1. Masterjuris, 2020. Disponível em: <https://masterjuris.com.br/pacote-anticrime-e-os-reflexos-na-lei-de-execucao-penal/> Acesso em 15 abr 2022.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução Penal. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo. São Paulo: RT, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. São Paulo: RT, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. É inaceitável a remição degradante na execução penal. Consultor Jurídico, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-14/nucci-inaceitavel-remicao-degradante-execucao-penal> Acesso em 15 abr 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal. Parte Geral. Pacote anticrime. Editora: Forense - 5 ed. Rio de Janeiro.

TEMER, Michel. Elementos do Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1994

VASCONCELOS, Adriano. A constitucionalização do Direito Penal: perspectivas de estudo da aplicação das penas a partir de uma interpretação constitucionalizada. Minas Gerais: UFMG, 2017.

Uma vela para Dario e o direito constitucional: uma perspectiva jurídica entranhada no conto Trevisaniano

A candle for Dario and constitutional law: a legal perspective intrancted in the Trevisaniano short story

Katya Keyla Santana Sousa

Estudante de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins-UNITINS. Graduada em Letras – Português/ Literatura pela Universidade Estadual do Maranhão - UEMA. Especialista em Teoria da Literatura pela Universidade Estadual do Maranhão

Kamila Soares Leal

Mestra em Gestão e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Taubaté-UNITAU. Especialista em Prática Avançada Previdenciária pelo Damásio. Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional – UNINTER. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Rio Sono. Bacharel em Direito pela Faculdade do Bico do Papagaio – FABIC.

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.6

RESUMO

O presente artigo objetiva realizar a análise do conto Uma Vela para Dario, de Dalton Trevisan, com o intuito de encontrar traços correspondentes a alguns artigos da Constituição Federal de 1988, buscando uma reflexão jurídica na obra trevisaniana. Quanto aos procedimentos técnicos, o trabalho apresenta um estudo por meio de uma pesquisa bibliográfica e exploratória, adentrando numa abordagem qualitativa. Apoiado na semiótica, vasculha-se os signos linguísticos, juntamente com a compreensão dos artigos constitucionais. Este trabalho apresenta o intercruzamento entre Direito e Literatura, contribuindo com os diálogos entre esses discursos tão distintos, o texto literário e a abordagem jurídica. A pesquisa propiciou o entendimento de que a personagem Dario no decorrer da narrativa teve seus direitos negados pela sociedade e negligenciados pelo Estado.

Palavras-chave: literária. constituição federal. semiótica. direitos. Estado.

ABSTRACT

This article aims to analyze the short story A Candle for Dario, by Dalton Trevisan, in order to find traces corresponding to some articles of the Federal Constitution of 1988, seeking a legal reflection on Trevisan's work. As for technical procedures, the work presents a study through a bibliographical research, entering into a qualitative approach. Supported by semiotics, linguistic signs are searched, together with the understanding of constitutional articles, aiming at exploratory research. This work presents the intersection between Law and Literature, contributing to the dialogues between these very different discourses, the literary text and the legal approach. The research provided the understanding that the character Dario throughout the narrative had his rights denied by society and neglected by the State.

Keywords: literary. federal constitution. semiotics. rights. state.

INTRODUÇÃO

A Literatura, fonte multiforme de dizeres, possibilita ao ser a oportunidade de revisitar histórias, muitas vezes perpetuadas pelo tempo, inesgotáveis de plurissignificação, e, por isso, podendo vir recobertas com roupagens diferentes e trazendo contribuições inextricáveis aos seres.

Para Eagleton (2006, p.18), “O discurso literário torna estranha, aliena a fala comum; ao fazê-lo, porém, paradoxalmente nos leva a vivenciar a experiência de maneira mais íntima, mais intensa.”

A obra literária possui uma linguagem capaz de fazer com que o leitor adentre no texto e consiga assimilar uma interpretação mais exacerbada da escrita. Importante observar que os objetos, as paisagens, os números, o que é colocado ou retirado de um local, pode ser visto como um meio de enxergar além.

Bosi (2007) ressalta a diferença entre o olhar e o ponto de vista. Enquanto aquele é

móvel, este não tem essa característica. De acordo com o autor, o olhar seria mais abrangente, como também cognitivo, e por vezes, emotivo ou passional, uma vez que no olhar está implícito tanto o processo da inteligência quanto o do sentimento.

Dalton Trevisan em *Uma Vela para Dario* utiliza-se de um cenário bastante representativo e suscitador de investigabilidade acerca do desvelamento de Dario, bem como o posicionamento social exercido pelas pessoas que aparecem no conto. Percebe-se durante o texto, objetos que traduzem os estados interiores dos seres que perpassam a obra, bem como outros trechos que trazem à tona uma temática bem pertinente e põe a personagem principal num processo angustiante para aquele que destrincha o conto. O narrador do texto leva o leitor a um espaço que a cada instante torna-se mais abafado, dando indícios de que a personagem será inserida num processo de terminalidade indigna.

Do outro lado da investigação, há o texto da Carta Magna, de 1988. A CF traz em seu artigo 5º os “Direitos Fundamentais”, os quais são de suma pertinência para uma vida mais digna do cidadão brasileiro. De acordo com Canotilho (*apud* Moraes, 2018, p.68) os direitos fundamentais exercem “A função de direitos de defesa dos cidadãos (...)”. Fazendo um paralelo entre o texto constitucional e o conto, o leitor entende que Dario não teve seus direitos resguardados, os quais a ele não são ofertados pela sociedade, observa-se uma retirada gradativa de cada uma das possibilidades de Dario ser “gente”. Dentro desse texto, evocam-se, também outros artigos da Constituição que possuem uma intrínseca relação com a dignidade do homem.

Observou-se, então, que tudo está entrelaçado, sendo necessário lançar um olhar mais aguçado, assim, obtendo um sentido mais amplo do cerne da obra literária. Compreendeu-se, também, que a Carta Magna de 1988 elenca os Direitos Fundamentais, bem como outros que estão relacionados ao cidadão, trazendo uma discussão bem pertinente ao ser humano, pois eles tornam o homem mais digno e fazem com que seja visto de forma mais profunda.

Diante disso, entende-se que apesar de serem gêneros textuais distintos, os escritos possuem analogias entre si. Esse trabalho objetiva analisar o conto, entremeando essa averiguação com uma comparação de alguns artigos da Carta Magna, buscando uma perspectiva jurídica na obra literária. O vasculhar do texto tem o objetivo de comprovar que o personagem de Trevisan teve alguns de seus direitos desrespeitados e extraídos, demonstrando assim que ele não pôde exercer sua cidadania de forma plena.

Para tanto, esquadrinhou-se, inicialmente, um processo de investigação no conto *Uma Vela para Dario*, utilizando para isso a análise semiótica, fixando principalmente no retirar dos objetos de Dario, mas fazendo uma abordagem dos outros elementos que contribuem para a compreensão da obra. Será realizada também uma comparação observando as convergências e dissensões entre o conto e alguns artigos constitucionais.

O artigo apresenta um estudo elaborado, através de uma pesquisa bibliográfica, partindo de uma abordagem qualitativa, cuja finalidade é a questão exploratória. Essa pesquisa tem o objetivo de contribuir para discussão da temática e provocar o leitor a enxergar que Dario é colocado num mundo no qual a partir da retirada gradativa dos objetos pessoais, ele chega ao ápice da marginalização, colocado de lado e esquecido pelo meio que habita.

A SEMIÓTICA E SEU OLHAR PARA A LITERATURA

O texto literário pode ser um elemento repleto de várias possibilidades interpretativas. Os vocábulos utilizados e escolhidos pelo autor refletem o estado das personagens, os seus próprios mundos. As palavras possuem sua importância, sendo que um código, às vezes, é utilizado de forma relevante para evocar um sentido mais profundo. A linguagem subjetiva que é inerente à literatura permite esse mergulhar nas entranhas humanas e nos mais diversificados sentidos.

A semiótica por sua vez, auxilia nessa compreensão do leitor para com o texto. Esse ramo busca entender os signos linguísticos, tentando alocar sentidos para o ser humano. Assim para Culler (1999) a semiótica é um movimento que objetivou congregar tanto o estudo científico quanto o da comunicação. É necessária então uma investigação mais aprofundada dos signos que ali compõem a obra, a semiótica fornecerá esse subsídio, tornando as palavras mais ricas e carregadas de significação. Relata-se, também, sobre isso que:

A obra literária enriquece e transforma continuamente o simples significado dicionarizado, produzindo novas significações através do choque e da condensação de seus vários "níveis". E, como duas palavras quaisquer podem ser justapostas à base de algum aspecto equivalente, essa possibilidade é mais ou menos ilimitada. Cada palavra no texto está ligada por toda uma série de estruturas formais a várias outras palavras; dessa forma, sua significação está sempre "superdeterminada", ou seja, é sempre o resultado de várias determinantes agindo em conjunto. (EAGLETON, 2006, p.153-154)

Eagleton (2006) ainda diz que a semiótica representará uma crítica, a qual estará incorporada na estrutura das palavras, trazendo para o leitor a sua importância no destrinchar dos códigos apresentados nos textos literários. O texto possui um teor plurissignificativo, a semiótica adentra nesse esmiuçar da linguagem, interpretando o sentido dos signos e dos sinais que se encontram muitas vezes escondidos nos significados dos vocábulos apresentados no texto, uma vez que, essa ciência enxerga a simbologia das palavras.

DALTON TREVISAN E UMA VELA PARA DARIO

Dalton Trevisan, um grande contista brasileiro contemporâneo, criou personagens envolvidos num teor psicológico, baseados em acontecimentos do cotidiano e recobertos por muitas vezes de uma roupagem angustiante.

Trevisan é dono de uma narrativa curta, concisa, apresenta ambientes cruéis e dilacerantes. Seus personagens envolvidos em conflitos, apesar de serem comuns, são dotados de um enredamento e perfazem um caminho que leva a uma crítica fortíssima das relações sociais.

A obra Uma vela para Dario, publicada originalmente no livro "Cemitério dos Elefantes", no ano de 1964, relata a história de Dario, um homem que morre aos poucos no ambiente em que se encontra.

Ele narra que esse homem citado caminha apressado pelas ruas, passa mal e senta na calçada. Durante esse processo, várias pessoas passam por ele, porém não há o auxílio necessário. De uma forma bem cruel, Trevisan diz que a ele foi negado ajuda. Vários objetos são subtraídos, ao longo do conto, sugestionado pelo narrador que as pessoas que ali se encontravam retiraram-nas do personagem.

Só Dario possui nomeação nesse texto, os outros são elencados com características que qualquer um poderia possuir, exemplo disso é “o senhor piedoso”, “o rapaz de bigode”, denotando com essas expressões que as atitudes são condizentes com muitas pessoas da sociedade.

No final do texto, Dario falece e aparece um menino para ofertar uma vela, fazendo com que o leitor compreenda tanto o processo do findar desse homem, como a associação do menino com Dario, pessoas à margem da sociedade.

A CARTA MAGNA DE 1988 E OS DIREITOS DO CIDADÃO

Sabe-se que a história humana sempre foi assinalada por batalhas que visassem uma melhor ocupação dos espaços aos quais o ser estava inserido. Situações conflitantes sempre estiveram presentificadas no que tange o processo do protecionismo. O homem muitas vezes vive cercado por situações que o deixam assaz desprovido de seus direitos, fazendo com que ele vivencie momentos de extremo desconforto e desumanidade.

A Constituição de 1988 veio elencar em vários de seus artigos, leis que visassem assegurar os direitos básicos do homem para que ele pudesse ter uma existência mais justa, garantindo o direito de ser pessoa no sentido mais ampliado que esse vocábulo possa ter. Os direitos fundamentais são aqueles que resguardam o homem de maneira individual, social, política e jurídica, de forma a propiciar um ambiente mais adequado à vida humana. Eles visam garantir a liberdade, a existência, um teor igualitário, a segurança e quaisquer fatores que perpassem a dignidade humana. Lembrando que é pertinente garantir a todos com igual responsabilidade e no mesmo patamar. Sobre isso, Moraes (2018, p.75) afirma que:

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente, de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclama.

Entende-se também, a necessidade do ser humano de viver em comunidade e que essa convivência carrega consigo vários aspectos que permeiam a existência humana. Faz-se de extrema imperatividade um processo de organização e regras a serem cumpridas para que os mesmos possam coexistir de forma adequada e que o Estado deve resguardar esse percurso, mas nem sempre esse convívio é marcado por aspectos positivos.

Os direitos que protegem o cidadão brasileiro são essenciais para que ele possa ter a possibilidade de estar inserido numa sociedade mais justa possível, ter esses direitos salvaguardados é no mínimo garantir um ambiente mais adequado ao ser humano, ao qual a dignidade esteja presente. Barcellos (2018, p.157) relata que “terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles”.

DARIO E SEU ENTRELAÇAMENTO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL

O texto "Uma Vela para Dario" é permeado por reflexões relacionadas à sociedade. A partir de uma história aparentemente de alguém que vai morrendo aos poucos, enxerga-se um

meio avesso às questões sociais na qual a personagem Dario está inserida no decorrer desse conto, a retirada dos objetos desemboca na retirada de pertences interiores. Ele está envolto nas condições impostas pelo meio que habita. Dalton Trevisan utiliza-se disso para falar sobre o entranhamento do ser nesse mundo inopino, no qual as interferências externas servem para fazer com que os espectadores percebam a própria falta de auxílio dos seres que perpassam a obra.

Essa tradução de estados interiores angustiantes em presença daquilo que lhe é extraído, traz à tona uma temática bem pertinente ao mundo jurídico brasileiro, ou seja, a abstrusidade da resolução dos conflitos, vê-se no texto diversos momentos em que o personagem sofre as dores sociais, sendo que os direitos que deviam resguardá-lo estão expressos na carta Magna.

Vários signos linguísticos são utilizados para representar esse mundo ao qual Dario adentra. Os objetos apresentados ao longo do conto e suas respectivas retiradas vão demonstrando uma sociedade feroz e um homem que não tem seus direitos primordiais respeitados. Os artefatos utilizados por Trevisan mostram o aprisionamento da personagem e, os seus sufocares exaustivos, bem como salienta os momentos em que esse indivíduo é retirado aos poucos de seu viver enlevado. Esses recortes apresentados muitas vezes vão ser confundidos com próprio ser e vice-versa, já que ambos acabam sendo uma cópia fiel um do outro.

Importante ressaltar que a Literatura abordará no conto uma visão social a qual estará entrelaçada ao Direito. De acordo com SCHWARTZ (2004, *apud* AZEVEDO, 2009, pp. 29-30):

A Literatura vem como fornecedora de informações e subsídios para que o meio social, onde o Direito se desenvolve, seja mais bem entendido, possibilitando novas formas de observação transdisciplinares, que possibilitem a constatação e a superação do distanciamento temporal entre o próprio Direito e a sociedade na qual se insere.

O conto é bastante instigante quanto aos elementos aos quais o leitor se depara ao longo da obra. O guarda-chuva que é inserido logo no início do texto “Dario vem apressado, guarda-chuva no braço esquerdo” (MORICONI, 2009, p. 253), é associado à proteção, visto que esse utensílio é usado, principalmente, para se acastelar do processo chuvoso, quando ele é retirado de Dario “Mas não se vê guarda-chuva ou cachimbo a seu lado” (MORICONI, 2009, p. 253) demonstra a ausência de proteção destinada a ele naquele momento.

Importante ressaltar a assistência que deve ser realizada pelo Estado, o qual é representado pelas pessoas que ali se encontram, não ocorre de forma satisfatória para o personagem, as pessoas retirando essa peça, naquele instante, inserem Dario numa sucessão de acontecimentos ruins. Tirar o guarda-chuva traz a significação de que a partir daquele instante ele está propenso que lhe aconteça quaisquer situações, pois a partir daquele momento ele inicia um processo de desconstrução de dignidade.

Esse fato citado acima pode ser associado à segurança, visto que quando ele não mais a possui é invadido e roubado nesse espaço. Na Carta Magna, o artigo 6º da CF preceitua que “São direitos sociais (...) a segurança (...) na forma desta Constituição”. A segurança que está prescrita nos direitos sociais não é fornecida para Dario nessa ocasião.

A segurança é colocada em cheque em outro momento do conto, uma vez que “O carro negro investe a multidão” (MORICONI, 2009, p. 253). A cor preta do carro traz consigo a ideia de que “absorve toda a luz e não a restitui” (CHEVALIER e GHEERBRANT, 2001, p. 742) “é a cor do luto” (CHEVALIER e GHEERBRANT, 2001, p. 740). Nesse instante, é demonstrando aqui toda a

inexistência do Estado perante o homem, já que Dario não tem esse processo relacionado a ele, vale ressaltar que na CF no caput do artigo 144 vem salvaguardado para o cidadão a segurança pública “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas (...)”.

Outro objeto retirado são os sapatos “Quando lhe tiram os sapatos, Dario rouqueja feio” (MORICONI, 2009, p. 253). O vocábulo sapatos dá a ideia de caminhar, ir, e dentro do texto pode-se entender que o fato dele não estar mais com os calçados preceitua uma prolepse, ou seja, uma antecipação do texto, visto que ele é impedido a partir daquele instante de continuar sua caminhada. Na CF, também, há o enxergar disso quando o inciso XV, do artigo 5º da referida lei diz que

XV -é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens

Percebe-se claramente que para Dario isso não foi considerado, pois a ele foi impossibilitado à continuidade de seu transcurso. Outro objeto passível de análise é o cachimbo inserido no conto “e descansou na pedra o cachimbo” (MORICONI, 2009, p. 253) e, logo após, abolido da história “Mas não se vê guarda-chuva ou cachimbo ao seu lado” (MORICONI, 2009, p. 253), o cachimbo que pode ser entendido como crença, religiosidade, visto que para algumas culturas indígenas a peça é utilizada para buscar a espiritualidade, conforme se observa em

A cultura indígena tem costumes e crenças muito ricos. O uso de ervas para tratamentos medicinais e experiências espirituais é comum entre as tribos, como o petyngué marangatu, por exemplo, um cachimbo de ervas sagradas usado por várias etnias para buscar a espiritualidade. (ECOINFORME, 2018)

Isso pode ser comparado com o artigo 5º, inciso VI da Carta Magna, o qual estipula a inviolabilidade “(...) a liberdade de consciência e de crença (...)”. Esse direito assegurado é olvidado no conto a partir do “sumiço” do cachimbo, pois não se oferta mais a possibilidade de Dario ter sua crença. Há mais uma retirada de aspectos pertinentes a personagem, que pode ser vista no trecho “Dario em sossego e torto no degrau da peixaria, sem o relógio de pulso” (MORICONI, 2009, p. 253). A expressão “relógio de pulso” pode ser comparada com a vida, dado que o relógio está atrelado às horas, à questão do tempo e “pulso” é associado também a esse processo existencial, em razão de que nesse local, no qual o objeto está alojado é uma das partes do corpo humano na qual se verifica se a pessoa está viva. Remover isso de Dario é extrair dele a própria essência. Entende-se que a vida deveria ser salvaguardada pelo Estado, o que não ocorre no conto em questão, esse direito à vida está apregoado na CF de 88, no caput do artigo 5º dessa régia, o qual diz que todos são iguais perante a lei, sem a ocorrência de qualquer distinção, garantindo tanto aos brasileiros quanto aos estrangeiros que residem no país, a inviolabilidade de alguns direitos, incluindo o relacionado à vida.

A aliança também é outro objeto surgente na história “Resta na mão esquerda a aliança de ouro, que ele próprio quando vivo - só destacava molhando no sabonete” (MORICONI, 2009, p. 253). Esse objeto que representa “(...) o sentido de compromisso ou de pacto, relativo a uma pessoa ou a coletividade” (CHEVALIER e GHEERBRANT, 2001, p. 31) e que também na sociedade está profundamente associada ao casamento, demonstra que a personagem tinha um casamento, principalmente pelo fato de Dario estar com ela na mão esquerda. Quando no texto aparece a informação “E o dedo sem a aliança” (MORICONI, 2009, p. 253), permite ao leitor compreender que foi destituída dele a união, a família, as quais careceriam estar recobertas. A

Carta Magna preceitua essa proteção no caput do artigo 226 “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

A presentificação da aliança traz ao texto uma movimentação cíclica, pois ela remete ao círculo que possui o significado de “O simbolismo do círculo abrange o da eternidade ou dos perpétuos reinícios” (CHEVALIER e GHEERBRANT, 2001, p. 253) o que sugere que essas retiradas do ser humano são recorrentes no seio social, algo que se perpetua, como se houvesse um início e final traçados, um ciclo completo.

Além dos objetos outras informações são colocadas ao longo do texto que levam ao leitor a compreender gradativamente as turbulências esconsas perpassadas por Dario. Os números que aparecem no decorrer do conto dão essa possibilidade. O número três que se encontra nos trechos “Dois ou três passantes” (MORICONI, 2009, p. 253); Um terceiro sugere lhe examinem os papéis (MORICONI, 2009, p. 253); “Três horas depois” (MORICONI, 2009, p. 253) sugere o sentido de “três fases da existência: aparecimento, evolução e destruição” (CHEVALIER e GHEERBRANT, 2001, p. 902). Esse número evoca a impossibilidade da personagem continuar a existir, ratificando sua incapacidade de perpetuar a vivência.

Outro número presente no texto é o dezessete “Várias pessoas tropeçam no corpo de Dario, pisoteado dezessete vezes” (MORICONI, 2009, p. 253). Esse algarismo que tem a representação de “nefasto na Antiguidade romana, porque as letras que o compõem, XVII, são as que, mudada a ordem, compõem a palavra VIXI, eu vivi” (CHEVALIER e GHEERBRANT, 2001, p. 336) carrega consigo a significação de que viver para Dario não é permitido. Essa numerologia pode ser associada claramente ao inciso III, do artigo 5º da CF, porém contradizendo o que deveria existir na experiência humana, no que tange o espaço brasileiro. Ele fala sobre “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, porém isso não é verificado nessa história, pois o que ocorre a personagem é um total desprezo a existência humana, ninguém “enxerga” Dario, cometem com ele um tratamento repleto de desumanidade.

A expressão “É largado na porta de uma peixaria. Enxame de moscas lhe cobre o rosto” (MORICONI, 2009, p. 253) transmite a imagem de podridão, uma vez que várias moscas juntas lembram que estão sobre algo fétido, em decomposição; a peixaria também lembra ao leitor o cheiro ruim, os restos, visto que com frequência isso é percebido na porta desses lugares. As moscas também podem ser associadas ao meio social, pois são várias e geralmente quando estão assim depositam larvas para se multiplicarem mais, isso denota no texto um símbolo de que esse tipo de situação é algo que não vai findar. Todas essas significações transmitem ao leitor um processo de que o personagem foi colocado à margem da sociedade, largado nesse meio que o deglute.

A ausência do Estado é percebida de forma clara em alguns momentos da diegese. O rabeção que apesar de ser chamado e de já ter passado muito tempo após a morte de Dario não se faz presente no texto “Três horas depois, lá está Dario à espera do rabeção” (MORICONI, 2009, p. 253). A questão da saúde, a qual é relatada no conto como ausente, visto que não aparece nenhuma ambulância para prestar socorro, sendo que a personagem é carregada pelos transeuntes para ir a uma farmácia e largado logo após, por ser um peso para o seio social “Não carregam Dario além da esquina; a farmácia no fim do quarteirão e, além do mais, muito peso” (MORICONI, 2009, p. 253). A Constituição cidadã visa em seu artigo 196 que “A saúde é direito de todos e dever do Estado”, mas que no conto fica explícito a ausência do Estado perante o

cidadão, uma vez que Dario não consegue ajuda, sendo deixado para morrer de forma gradativa.

Outro fator interessante na obra é a ausência de nomeação aos outros seres que passam o texto e que de alguma maneira cruzam o caminho de Dario, fornecendo para o leitor algumas contribuições interessantes. “O senhor gordo, de branco” (MORICONI, 2009, p. 253), “o rapaz de bigode” (MORICONI, 2009, p. 253), “A velhinha de cabeça grisalha” (MORICONI, 2009, p. 253), “Um senhor piedoso” (MORICONI, 2009, p. 253) e “Um menino de cor” (MORICONI, 2009, p. 253), aparecem no conto envoltos de sintagmas nominais pertinentes a observação. Precipuamente, vale lembrar que o fato de ninguém possuir nome, relembra ao leitor a ausência de identidade do indivíduo, o qual pelo fato de não ter nomeação, desemboca também no não ser.

Sabe-se que a Carta Magna traz o direito a personalidade quando relata em seu art. 1º, inciso II que tem como um dos fundamentos a cidadania. Ou seja, não possuir um nome é não poder exercer seu direito de cidadão, quando Dalton descarrega várias pessoas sem nome próximas de Dario ratifica a significação de que ele não exerce seu direito de cidadão, bem como também evoca que isso não ocorre somente a personagem da história, mas que pode acontecer com outros também.

O contista transmite com adjetivação dada a essas pessoas uma sensação de morte que envolve o texto, uma vez que a cor branca é colocada em mais de um momento na obra “de branco” “grisalha”, essa cor que é “a cor da morte e do luto (...) da mortalha” (CHEVALIER e GHEERBRANT, 2001, p. 142) prenuncia que o findar de Dario é certo. O substantivo surgente relacionado ao idoso também é preponderante “senhor”, que aparece duas vezes e “velhinha” que faz referência a essa fase da vida, mostrando que as pessoas que falam ou demonstram algum tipo de preocupação são seres que também são marginalizados na sociedade brasileira, equiparando o personagem trevisaniano a esse mesmo patamar.

No fim do conto, observa-se o auxílio de uma pessoa negra, a qual é colocada como “Um menino de cor e descalço”. Essa expressão é bem interessante, pois quem ajuda Dario nessa passagem é alguém também marginalizado na sociedade, os negros, demonstrando aqui a discriminação e igualando Dario a esse processo discriminatório, pois o menino também se encontra desprotegido, pode-se perceber isso no vocábulo “descalço”, ou seja, da mesma forma em que se encontra a personagem principal nesse momento do conto. O inciso IV, do parágrafo 3º da CF declara que um dos objetivos fundamentais da constituição é “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Ao enfatizar essa expressão “de cor”, o autor evoca totalmente o contrário disso, relatando que esses preconceitos, ainda, são perpetuados na sociedade.

A vela, objeto, bastante, utilizado em cerimônia fúnebre, simbolizando um momento de passagem, como se fosse uma iluminação para o outro caminho é colocada para Dario, porém apagada posteriormente “O toco de vela apaga-se às primeiras gotas da chuva, que volta a cair” (MORICONI, 2009, p. 253). Isso demonstra que para ele nem a morte é de forma digna, não há um processo de findar dessa etapa funesta. A chuva que havia passado no início do conto, retorna no final, demonstrando também esse processo cíclico, observando que todas as ocorrências a Dario poderão acontecer com outros cidadãos. Como também ela que carrega consigo em um ditado popular que fala “Que chuva em dia de algum velório, significava que a morte não era aceita ou esperada. Que a pessoa não queria morrer”, ou seja, há a retirada de Dario do meio

social, a ele não é garantido os seus direitos básicos, isso faz com que sua existência seja auferida mais rápida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, entende-se o quanto os diálogos entre Direito e Literatura são extremamente pertinentes e capazes de instaurar profundas reflexões acerca da sociedade. De forma profícua, o Direito aparece nos textos a partir da visão social destrinchada sob um âmbito literário.

A concretização desse trabalho visou destrinchar aspectos que comprovem que a personagem Dario é inserida num ambiente destituído de direitos, os quais seriam primordiais para sua existência. Através desse intercruzamento entre essas duas áreas de conhecimento, usando como objeto analisado o conto de Trevisan, comprovou-se que alguns direitos constitucionais da personagem foram cerceados, como também houve entendimento de que ele não vivencia sua cidadania de forma plena.

Entende-se, também, que embora o texto tenha sido escrito em 1964, outro momento histórico, em que a sociedade enfrentava outras problemáticas, e, o fato dos direitos do homem terem sido expostos de forma mais cidadã na CF de 1988, todos os acontecimentos do conto ainda são extremamente presentes na coletividade hodierna e que apesar de várias modificações ocorridas ao longo do tempo, isso ainda está arraigado no seio social.

Compreende-se que embora a Constituição Federal promulgue em seus artigos várias réguas relacionadas à cidadania, e, em especial aos que foram analisados nesse trabalho, tais quais, o artigo 1º que preconiza o direito à cidadania; o artigo 5º que relata vários direitos no decorrer de seus incisos, tais quais o direito à liberdade de locomoção, à inviolabilidade a liberdade de crença, o direito à igualdade, à vida, à ausência de submissão a questão a tratamento desumano ou degradante; o artigo 6º relate o acesso à segurança, assim como o artigo 144; e, o artigo 196 fale sobre o direito à saúde de forma digna, comprovou-se que a personagem não está enlevada por eles, bem como se entende, que, ainda, há muitos brasileiros desprovidos de seus direitos primordiais, trazendo assim, uma relação mais aproximada entre Dario e a realidade.

O propósito dessa análise textual baseada nos objetos alocados na obra, e, a cada momento sendo retirados de forma brusca, procurou nos vocábulos o próprio reflexo do caminho pelo qual a personagem passa. Sendo também utilizados em alguns momentos outros trechos do conto para reforçar a ideia do trabalho.

Comprovou-se que o texto constitucional tem uma relação com o conto, no que diz respeito aos direitos referentes ao cidadão, os quais ali não são praticados de forma plena a garantir uma vivência digna a Dario. Evidenciando seu percurso no texto, entende-se o quão necessário é a existência desses direitos de forma real, não somente relatados no papel, pois só assim, o homem romperá suas amarras.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce. Vade Mecum Universitário. 25. ed. São Paulo: Rideel, 2019.

AZEVEDO, Elaine Fasollo de. Michel Foucault e "O alienista" de Machado de Assis. 2009. 53 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8110eaeb55d8f5ed>. Acesso em: 07 set. 2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BOSI, Alfredo. O Enigma do Olhar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

CHEVALIER, J.; GHEERBRANT, A. Dicionário de Símbolos: (mitos, sonhos, costumes, gestos, formas, figuras, cores, números). 17. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2002.

CULLER, Jonathan. Teoria Literária: uma introdução. São Paulo: Beca Produções Culturais Ltda, 1999. Tradução Sandra Vasconelos.

EAGLETON, Terry. Teoria da Literatura: uma introdução. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Tradução Waltensir Dutra.

ECOINFORME (org.). Curso Ensina Costumes Indígenas para ter Experiências Espirituais e Cura. 2018. Elaborada por ECOinforme. Disponível em: <https://ecoinforme.com.br/cachimbo-sagrado-cura-espiritual-dos-indios/>. Acesso em: 09 jul. 2021.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

TREVISAN, Dalton. Os Cem Melhores Contos Brasileiros do Século. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. Organizador Ítalo Moriconi.

07

Propriedade intelectual e inovação: uma análise sobre a criação e registro de marcas e patentes na região do Bico do Papagaio no Tocantins

Intellectual property and innovation: an analysis on the creation and registration of trademarks and patents in the region of Bico do Papagaio in Tocantins

Arthur Theopompo

Estudante de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins - UNITINS; Graduado em Ciências Contábeis pela Faculdade Metropolitana de Marabá; Pós-graduado em Auditoria e Perícia Contábil pela Faculdade Educacional da Lapa - FAEL; Pós-graduado em Direito Processual Civil e Recursos pela Faculdade Educacional da Lapa - FAEL

Marcelle Altoé

Estudante de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins - UNITINS; Graduada em Tecnologia de Alimentos pela Universidade Estadual do Pará - UEPA; Pós-graduada em Direito Processual Civil e Recursos pela Faculdade Educacional da Lapa - FAEL

Kamila Soares Leal

Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Taubaté - UNITAU; Especialista em Prática Avançada Previdenciária pelo Damásio; Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER; Especialista em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Rio Sono; Bacharel em Direito pela Faculdade do Bico do Papagaio - FABIC

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.7

RESUMO

Esta pesquisa trata-se de um estudo de caso, realizado na Região do Bico do Papagaio, localizada no extremo norte do estado do Tocantins, que visa compreender o processo de criação e registro de marcas e patentes e quantificar os pedidos de registro na região, além de evidenciar a importância da proteção jurídica conferida pela Lei de Propriedade Industrial, nº 9.279/96. Para possibilitar este estudo realizou-se uma pesquisa quantitativa e qualitativa no que tange a abordagem, e ainda uma pesquisa exploratória e bibliográfica, fundamentada em estudos publicados em livros, revistas, artigos científicos, além de análise documental de dados oficiais consolidados, disponibilizados pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI. Com base nos dados levantados, constatou-se que, apesar da relevância da proteção da propriedade industrial, a Região do Bico do Papagaio conta com números nada satisfatórios de pedidos de registro de marcas e patentes, porém importantes para avaliar a evolução do processo criativo e de inovação da localidade.

Palavras-chave: propriedade intelectual. marcas. patentes. Bico do Papagaio. Tocantins.

ABSTRACT

This research is a case study, held in the Region of Bico do Papagaio located in the extreme north of the State of Tocantins, which aims to identify how the creation and registration of trademarks and patents takes place; carry out a survey and quantify the registration of trademarks and patents in the Region, and also to highlight the legal protection granted by Law No. 9,279/96. To make this study possible, a quantitative and qualitative research was carried out regarding the approach, and also an exploratory and bibliographic research based on studies published in books, magazines, scientific articles, and reliable internet pages, as well as a documental analysis of consolidated official data made available by the National Institute of Industrial Property - INPI. Based on the data collected, it was found that, despite the importance of industrial property protection, the Bico do Papagaio Region has unsatisfactory numbers of requests for registration of trademarks and patents, but they are important for assessing the evolution of the creative and innovation process in the locality.

Keywords: intellectual property. trademarks. patents. Bico do Papagaio. Tocantins.

INTRODUÇÃO

Vivemos no que podemos chamar de “Economia do Conhecimento”, valorizando, como nunca visto antes, a propriedade intelectual e a inovação que resultam espontaneamente da criação humana e tornam-se ativos intangíveis essenciais para a competitividade das empresas, sejam elas grandes ou, principalmente, os pequenos empreendedores que buscam seu lugar no mercado. (INPI, 2013).

Para Jungmann e Bonetti (2010, p. 17) “o conhecimento e a tecnologia avançam em grau de importância como um dos mais eficazes instrumentos de promoção do desenvolvimento econômico no cenário mundial. Novos serviços, produtos e processos produtivos aparecem com velocidade cada vez maior”.

Os ativos intangíveis necessitam ser protegidos e fomentados para que possam agregar valor econômico. A propriedade intelectual, através do registro de patentes, possibilita que seja atribuído ao conhecimento, a propriedade e a proteção jurídica. E, através do registro das marcas, permite-se a identificação da origem do produto, de seu fabricante ou distribuidor e, dessa forma, o consumidor poderá balizar sua escolha com maior segurança (CAMPOS e DENIG, 2011).

De acordo com Jungmann e Bonetti (2010, p. 22), “no mundo dos negócios, obras, conhecimento, invenções, inovações e outras expressões da criatividade humana são convertidas em propriedade privada e protegidas por lei por meio do sistema de propriedade intelectual”.

Jungmann e Bonetti (2010, p. 23) enfatizam ainda que “a correta proteção da propriedade intelectual é fator fundamental para o êxito da exploração comercial de um produto, processo ou serviço potencialmente inovador. Assim, todo cuidado é necessário ao se definir os instrumentos e o momento adequado de buscar a proteção legal”.

No âmbito do Direito Empresarial, esta pesquisa busca aproximar o leitor da temática da Propriedade Industrial na Região do Bico do Papagaio no Tocantins, proporcionando uma melhor compreensão, exemplificando através de gráficos e dados estatísticos, e evidenciando de forma ampla suas principais características e demais informações relevantes de forma regionalizada.

Desta forma buscou-se: Identificar como funciona a criação e registro de marcas e patentes na Região do Bico do Papagaio; Quantificar os registros de marcas ou patentes junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, existentes nesta região; e Evidenciar qual a proteção jurídica advinda da Lei nº 9.279/96 que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

Para que a realização da pesquisa fosse possível, quanto a abordagem, realizou-se uma pesquisa quantitativa e qualitativa. Em relação aos objetivos, realizou-se uma pesquisa exploratória. No que tange aos procedimentos técnicos, foram realizadas pesquisas bibliográficas embasadas em estudos publicados em livros, revistas, artigos científicos e páginas confiáveis de internet que abordam temas relevantes e direcionadores, além de análises documentais de relatórios oficiais disponibilizados pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, com informações extraídas do Banco de Dados Estatísticos sobre Propriedade Intelectual – BADEPI, que foram utilizadas como base principal para a formulação do estudo e estruturação desta obra.

Ademais, considerando o exposto, questionou-se: Os produtos e serviços oferecidos pelas empresas da Região do Bico do Papagaio ou, até mesmo, sua razão social, possuem a proteção jurídica da Lei nº 9.279/96 resultante do registro de marcas e patentes no Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI?

Assim, com base nas informações levantadas através dessa pesquisa, desenvolveu-se um estudo capaz de identificar se as empresas locais que atendem a Região do Bico do Papagaio no Tocantins possuem o registro de marcas e patentes de seus produtos e serviços exclusivos, de fabricação própria ou, ainda, de sua denominação social no Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, trazendo para si a proteção jurídica da Lei nº 9.279/96.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Breve contextualização sobre propriedade intelectual

No atual contexto tecnológico e social em que vivemos, o desenvolvimento avança aceleradamente, resultado da comunicação instantânea do mundo cada vez mais globalizado e da inexistência de fronteiras que impeçam a difusão da informação e do conhecimento. Esta realidade fomenta a criatividade de pequenas e grandes empresas, empreendedores locais, inventores, cientistas, escritores e artistas em geral, que, mais do que nunca, têm a sua disposição meios que possibilitam a invenção, proteção, divulgação e comercialização de suas obras e inovações no mundo inteiro, possibilitando maior retorno econômico em contrapartida aos investimentos realizados e gerando benefícios para a sociedade como um todo. (JUNGMANN e BONETTI, 2010).

Nessa mesma toada, Campos e Denig (2011, p. 2), ao tratarem sobre o tema, fazem uma análise importante:

A intensidade do desenvolvimento científico e tecnológico e a rápida introdução ao processo produtivo, criam uma instabilidade que aumenta ainda mais a importância da proteção à propriedade intelectual como garantia dos direitos e de estímulo aos investimentos. Assegurar a apropriação econômica de um esforço de inovação pode determinar a decisão de investimento de uma empresa, e no caso de um indivíduo pode estimular a criatividade e incentivar estudos e pesquisas científicas.

É importante levar em consideração que, na atualidade, o patrimônio das pessoas tem se tornado cada vez mais intangível, representado por direitos que possuem valor atribuído e, desta forma, pode-se classificar o capital intelectual como a base da competitividade. Sendo assim, o processo de inovação depende, cada vez mais, da produção e aplicação de capital intelectual, ou seja, de informações e conhecimento em sua condução (CAMPOS e DENIG, 2011).

Tendo em vista a formulação de um conceito sobre propriedade intelectual, Jungmann e Bonetti (2010, p. 21) afirmam que:

A convenção da Organização Mundial da Propriedade Intelectual [OMPI] define como propriedade intelectual: A soma dos 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.

É importante destacar que a propriedade intelectual é, comumente, dividida em dois segmentos: direito autoral e propriedade industrial. Ambos, embora apresentem algumas similaridades, possuem tratamentos jurídicos diversos no que tange a sua proteção, bem como aos direitos pessoais e patrimoniais decorrentes. (CAMPOS E DENIG, 2011).

Em uma análise à Carta Magna Brasileira, é possível verificar a preocupação da Constituição Federal de 1988 em seu Art. 5º, inciso XXIX em assegurar os direitos dos criadores e titulares de marcas e patentes:

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:

[...]

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

Assim, encontra-se amparado o direito sobre a propriedade intelectual, por tempo determinado, que ao findar-se, possibilita à sociedade de usufruir livremente da mesma. Dessa forma, como resultado do intelecto humano e, exatamente por isso requer atenção especial, no sentido de atribuir crédito e agregar valor, a proteção jurídica do conhecimento e das invenções é tão importante quanto a de qualquer outra propriedade material, seja ela móvel ou imóvel.

Ao tratarmos sobre propriedade industrial estamos nos referindo a um conjunto de direitos e obrigações diretamente relacionados ao capital intelectual, bens intangíveis, resultado da atividade de empresas ou indivíduos. O direito sobre a propriedade industrial assegura ao seu titular a exclusividade de fabricação, comercialização, importação, uso e cessão. (JUNGMANN e BONETTI, 2010).

Proteção jurídica do nome empresarial

Muitas pessoas acreditam que o nome empresarial de uma empresa, também conhecido como razão social ou o seu nome comercial (nome fantasia), passa a ser protegido como marca através do registro público de empresas mercantis perante a Junta Comercial do estado. Este equívoco é razoavelmente comum. Porém, faz-se necessário compreender a diferença entre nomes empresariais e marcas (INPI, 2013a).

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI (2019, p. 37) informa que “o nome da empresa, ou razão social, é o nome legal registrado junto às autoridades competentes. É utilizado em estatutos, contratos, em atividades administrativas, impostos e outras atividades administrativas, para identificar seu negócio”. Ademais, o Código Civil de 2002, em seu art. 1.155, entabula: “Considera-se nome empresarial a firma ou a denominação adotada, de conformidade com este Capítulo, para o exercício de empresa”.

A OMPI (2019, p. 37) também disponibiliza uma breve definição do que é o nome comercial, no Brasil, comumente chamado de nome fantasia: “o nome comercial, ou denominação da empresa, é o nome que utiliza para identificar sua empresa em sua comunicação com os clientes. Este nome pode ou não ser o mesmo nome da empresa”.

Portanto, o nome fantasia é o nome popular de uma empresa, utilizado para sua divulgação, principalmente às relacionadas ao marketing. Sendo assim, não se deve confundir o nome empresarial/razão social (identificação no mundo jurídico) com nome comercial/fantasia utilizado na comunicação com seus clientes e para divulgação da empresa em campanhas publicitárias (BORTOLINI, 2017).

O Departamento de Registro Empresarial e Integração – DREI emitiu a Instrução Normativa DREI nº 15, de 5 de dezembro de 2013 que dispõe sobre a formação do nome empresarial, sua proteção e dá outras providências e estabelece em seu art. 11 que:

Art. 11. A proteção ao nome empresarial decorre, automaticamente, do ato de inscrição de empresário individual ou do arquivamento de ato constitutivo de empresa individual de responsabilidade Ltda – Eireli, de sociedade empresária ou cooperativa, bem como de sua alteração nesse sentido, e circunscreve-se à unidade federativa de jurisdição da Junta Comercial que o tiver procedido.

Neste sentido, a Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis, Atividades Afins e dá outras providências e estabelece em seus artigos 32, 33, 34 e 35 como deve proceder o arquivamento da documentação necessária na Junta Comercial do estado e, ainda, discorre sobre a proteção do nome empresarial:

Art. 32. O registro compreende:

[...]

II - O arquivamento:

a) dos documentos relativos à constituição, alteração, dissolução e extinção de firmas mercantis individuais, sociedades mercantis e cooperativas;

Art. 33. A proteção ao nome empresarial decorre automaticamente do arquivamento dos atos constitutivos de firma individual e de sociedades, ou de suas alterações.

Art. 34. O nome empresarial obedecerá aos princípios da veracidade e da novidade.

SEÇÃO II

Das Proibições de Arquivamento

Art. 35. Não podem ser arquivados:

[...]

V - Os atos de empresas mercantis com nome idêntico a outro já existente;

O Código Civil, em seu artigo 1.163 ainda estabelece que “o nome de empresário deve distinguir-se de qualquer outro já inscrito no mesmo registro”. E o parágrafo único do mesmo artigo determina que “se o empresário tiver nome idêntico ao de outros já inscritos, deverá acrescentar designação que o distinga”.

Cabe destacar que às empresas é permitido utilizar uma marca específica a fim de identificar todos os seus produtos, uma categoria específica de produtos ou, até mesmo, apenas um único item de sua produção. Ademais, nos casos em que a empresa utilizar como marca seu nome comercial, ou parte dele, deverá realizar o registro do mesmo, como tal (OMPI, 2019).

Marcas

Uma marca pode ser classificada como um sinal de fácil identificação, visualmente perceptível, capaz de distinguir os produtos ou serviços de uma empresa em meio a tantas outras empresas diferentes, proporcionando diferencial competitivo. “Dessa forma, são consideradas marcas quaisquer palavras, expressões ou letras com caráter distintivo, números, desenhos, imagens, formas, cores, logomarcas, rótulos ou combinações usadas para identificar os produtos ou serviços de uma empresa”. (INPI, 2013a, p. 03).

Neste sentido, considera-se como a principal função da marca, proporcionar a melhor identificação de produtos ou serviços disponibilizados por uma empresa a seus consumidores, possibilitando a diferenciação desses produtos e serviços de outros idênticos ou semelhantes

ofertados pelos demais concorrentes.

Barbosa e Campos (2019, p. 03), enriquecendo a conceituação do que pode ser considerado uma marca, exemplifica:

Assim, atualmente, as marcas tornaram-se um sinal de identificação cuja função jurídica é distinguir produto ou serviço dos concorrentes, segundo a propriedade industrial. Porém, ao consumidor comum, as marcas assumiram o papel de informar atributos extrínsecos, relacionados com credibilidade. Ou seja, o consumidor tende a confiar na informação fornecida pelo produtor através da marca. Nesse contexto, esses sinais passaram a ser considerados essenciais para os processos de escolha dos consumidores.

O Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, em sua obra “A Criação de Uma Marca: Uma Introdução às Marcas de Produtos e Serviços para as Pequenas e Médias Empresas” (2013a, p. 04), evidencia que as marcas:

- possibilitam que os consumidores diferenciem produtos ou serviços semelhantes;
- permitem que as empresas destaquem seus produtos ou serviços no mercado;
- são importantes para a comercialização e a base para a fixação da imagem e reputação de uma linha de produtos e serviços no mercado;
- podem ser licenciadas e fornecem uma fonte direta de renda através dos “royalties”;
- são elementos fundamentais nos contratos de franquia e licenciamento de marcas;
- podem ser um ativo comercial de valor;
- incentivam os empresários a investirem na manutenção ou no aprimoramento da qualidade dos seus produtos;
- podem ser úteis para a obtenção de financiamentos e captação de recursos.

Portanto, pode-se afirmar que as marcas possuem uma função essencial para as estratégias empresariais e campanhas publicitárias, pois possibilitam a distinção dos produtos e serviços ofertados ao consumidor e, portanto, contribuem fortemente na identificação dos fabricantes ou prestadores, propiciando, dessa forma, a construção da sua imagem e confiabilidade em um mercado cada vez mais competitivo. (INPI, 2013a).

Patentes

De acordo com Jungmann e Bonetti (2010, p. 27), “a patente é um título de propriedade temporária concedido pelo Estado, com base na Lei de Propriedade Industrial (LPI), àqueles que inventam novos produtos, processos ou fazem aperfeiçoamentos destinados à aplicação industrial”.

Contribuindo para formulação do conceito sobre do que se trata uma patente e para o seu melhor entendimento, o INPI (2013b, p. 03) complementa:

A patente dá ao seu titular o direito exclusivo de explorar uma invenção tecnológica no mercado, bem como impedir que outras pessoas fabriquem, utilizem, divulguem para venda, vendam ou importem um produto ou um processo baseado na invenção patenteada, sem a prévia e expressa autorização do titular.

Uma patente é um eficaz instrumento de propriedade industrial que possibilita, ao seu titular, obter a exclusividade de uso sobre o novo produto ou processo desenvolvido e, dessa for-

ma, conquistar uma posição tecnológica e empresarial privilegiada no mercado, com diferencial competitivo e, conseqüentemente, obter lucros através da exploração direta dessa invenção ou através da concessão de licenças de uso para terceiros. (INPI, 2013b).

Campos e Denig (2011, p. 13) enfatizam a importância das patentes ao relatarem que:

Proteger esse produto por meio de uma patente significa prevenir-se de que competidores copiem e vendam esse produto a um preço mais baixo, uma vez que eles não foram onerados com os custos da pesquisa e desenvolvimento do produto. A proteção conferida pela patente é, portanto, um valioso e imprescindível instrumento para que a invenção e a criação industrializável se tornem um investimento rentável.

No Brasil, a competência para concessão de uma patente é do Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, sendo válido ressaltar que são territoriais os direitos oriundos da concessão de uma patente, encontrando sua limitação nas fronteiras do país ou região para qual foi atribuída (INPI, 2013b).

Proteção jurídica de marcas e patentes

Ainda que grande parte dos empresários conheça a relevância da utilização de marcas para diferenciar seus produtos dos demais encontrados no mercado, nem todos possuem ciência da importância da obtenção da proteção assegurada por meio do registro no INPI, que confere à empresa titular o direito exclusivo de evitar a comercialização de produtos iguais ou semelhantes que apresentem marca idêntica ou semelhante, por terceiro, que possa confundir o consumidor (INPI, 2013a).

A regulamentação do registro de marcas e patentes no Brasil se dá através da Lei de Propriedade Industrial – LPI, sendo o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, o responsável por sua concessão. O registro de marcas possui validade de 10 (dez) anos, podendo haver, a pedido do titular, a prorrogação indefinida desse prazo, por períodos sucessivos e iguais. Contudo, vale destacar que o registro concedido pelo INPI possui validade somente no território nacional (JUNGMANN e BONETTI, 2010).

Dessa forma, ressalta-se que os direitos de propriedade intelectual encontram-se limitados ao país, ou países, nos quais a marca foi registrada, abarcando os bens e serviços para os quais houve o registro da marca, assim como, as situações em que poderia, a marca infratora, confundir os consumidores (OMPI, 2019).

A solicitação do registro pode ser realizada por qualquer pessoa, física ou jurídica, de direito público ou privado, que tenha a intenção de utilizar ou licenciar marca a terceiros. No entanto, de acordo com o que preleciona o artigo 128, da Lei da Propriedade Industrial, se tratando de pessoas de direito privado, o registro somente poderá ser requerido, diretamente ou por meio de empresas sob seu controle, para uma marca relacionada com a atividade exercida efetivamente e licitamente (INPI, 2013a).

O certificado de registro garante ao titular o direito a utilização exclusiva da marca em todo o país, impedindo que terceiros façam uso de sinais semelhantes que possam causar confusão ao consumidor, podendo ser a reprodução sem autorização da marca contestada judicialmente (JUNGMANN e BONETTI, 2010). Posto isso, o registro é fortemente recomendado, ainda que não seja compulsório, tendo em vista que assegura direitos de propriedade exclusivos ao seu titular, em todo o território nacional, evitando a utilização indevida da marca por terceiros

(INPI, 2013a).

Via de regra, o registro da marca, ocasiona a presunção de veracidade da titularidade da mesma, podendo o requerente, por tal motivo, impedir seu uso não autorizado, o que acarreta a diminuição do ônus da prova em ações judiciais, pois o requerente não precisará comprovar que possui a titularidade da marca e do bom nome que essa goza, assim como sua validade. (OMPI, 2019).

Dessa forma, ao primeiro que solicitar, será concedido o registro de marca, salvo na hipótese de esta ser utilizada em território nacional há, no mínimo, seis meses. Assim, fundamentando-se no direito de precedência, poderá terceiro impugnar o novo pedido. A oposição será analisada pelo INPI, que verificará as provas apresentadas pelas partes e identificará aquele que utiliza, há mais tempo, a marca (JUNGMANN e BONETTI, 2010).

De acordo com JUNGMANN e BONETTI (2010, p. 35), as marcas registradas podem ser identificadas pelo símbolo ®. O símbolo, permitido pelo registro, aumenta a probabilidade de que a marca registrada apareça nos resultados de busca de outra empresa que pretenda registrar marca similar ou idêntica, o que desencoraja o concorrente de realizar o registro de uma marca que pode causar confusão ao consumidor, considerando que o requerimento de registro de marca de bens ou serviços semelhantes ou que possa ser confundida com outra que possui registro na mesma classe será automaticamente recusado pelos Institutos de Propriedade Industrial (OMPI, 2019).

No entanto, o uso de marca registrada por terceiros poderá ser autorizado pelo proprietário, de maneira onerosa ou não, mediante a realização de contratos de licença. Ademais, ao proprietário também cabe a faculdade de transferir a titularidade do registro ou do pedido para outrem, por meio de requerimento formal ao INPI (JUNGMANN e BONETTI, 2010).

Com relação às patentes, cabe explicitar que os direitos exclusivos decorrentes de uma patente garantem ao titular a possibilidade de evitar a fabricação de produtos e utilização de processos que violem os seus direitos, via de regra, pelo período de 20 anos para patentes de invenção, podendo ainda requerer a reparação pelos danos suportados. A violação dos direitos patentários pode ser comprovada a partir da demonstração de que cada elemento de uma certa reivindicação, ou seu semelhante, encontra-se no processo ou no produto infrator (INPI, 2013b).

Ademais, a concessão dessas, no Brasil, garante ao titular a possibilidade de buscar o judiciário para defender seus direitos patentários, quando necessário. Além disso, o requerente do pedido de patente poderá impedir, antes mesmo da concessão, extrajudicialmente, a exploração indevida que ocorra no intervalo de tempo entre a data de publicação do pedido e a concessão da patente, através de notificações que identifiquem e requeiram o encerramento da violação do pedido de patente e que possuem a finalidade de identificar a data em que o requerente tomou conhecimento da violação, que será empregada na realização do cálculo de perdas e danos e indenizações, além de outras medidas extrajudiciais (INPI, 2013b).

Outrossim, a realização de um pedido de patente e o acompanhamento do processo até sua concessão são responsabilidades complexas, que necessitam de um largo conhecimento da legislação sobre patentes e do funcionamento dos órgãos competentes pela sua concessão. Por tais motivos, apesar de, via de regra, não existir obrigatoriedade da assistência jurídica ou técnica, esta é veemente recomendada (INPI, 2013b).

Por fim, pelo exposto, pode-se afirmar que, a proteção oriunda dos direitos de propriedade intelectual pode abranger qualquer produto ou serviço, por mais simples que seja, oferecendo cobertura aos seus diversos aspectos. Portanto, é de grande importância que as empresas, antes de dar início à divulgação e comercialização de seus produtos e serviços, considerem as melhores opções de proteção e verifiquem a posse legal de tais direitos nos países, no tempo e nas condições necessárias (JUNGMANN e BONETTI, 2010).

CONHECENDO A REGIÃO DO BICO DO PAPAGAIO NO TOCANTINS

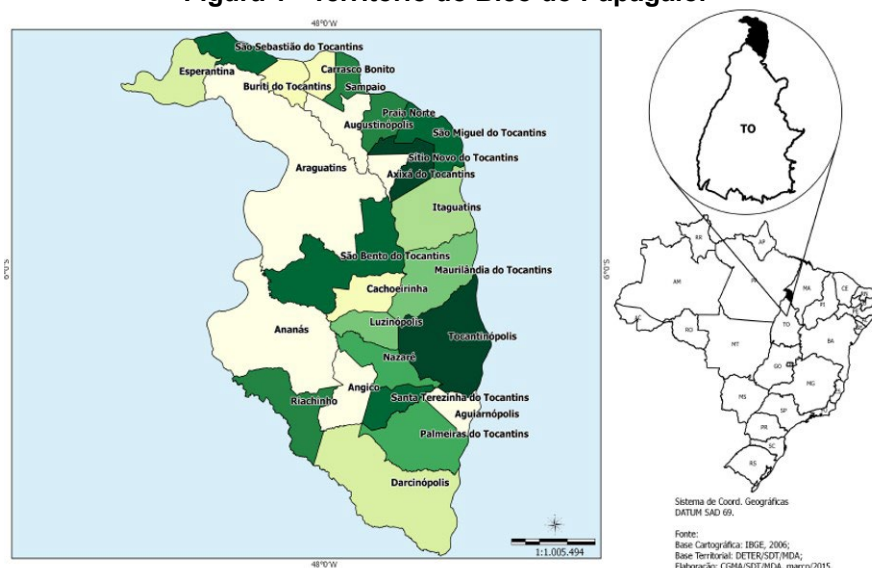
Conforme mencionado em linhas pretéritas, essa pesquisa trata-se de um estudo realizado em uma abordagem sobre a propriedade industrial, que, portanto, será melhor explorada na presente, mais especificamente sobre a criação e registro de marcas e patentes na Região do Bico do Papagaio no Tocantins.

O estado do Tocantins é a mais nova Unidade Federativa do Brasil, criado em 05 de outubro de 1988, junto com a Constituição Federal Brasileira. Abrange uma área total de 277.423,62 km² e possui 1.607.363 habitantes de acordo com a população estimada no levantamento do IBGE em 2021.

A região do Bico do Papagaio está localizada no extremo norte do estado, entre os rios Araguaia e Tocantins, fazendo fronteira com os estados do Pará e Maranhão. Seu território é composto por 25 municípios, sendo estes: Aguiarnópolis, Ananás, Angico, Araguatins, Augustinópolis, Axixá do Tocantins, Buriti do Tocantins, Cachoeirinha, Carrasco Bonito, Darcinópolis, Esperantina, Itaguatins, Luzinópolis, Maurilândia do Tocantins, Nazaré, Palmeiras do Tocantins, Praia Norte, Riachinho, Sampaio, Santa Terezinha do Tocantins, São Bento do Tocantins, São Miguel do Tocantins, São Sebastião do Tocantins, Sítio Novo do Tocantins e Tocantinópolis.

A região dispõe de um grande número de empreendimentos locais, que prestam serviços e fornecem produtos de grande circulação na localidade. Considerando a proximidade entre os municípios e a facilidade de trânsito entre eles, pode-se afirmar que essa integração geográfica possibilita que os consumidores obtenham produtos e serviços de cidades vizinhas, propiciando a manutenção da economia local, revelando a importância da defesa da Propriedade Industrial nesta região.

Figura 1 - Território do Bico do Papagaio.



Fonte: Sistema de Informações Territoriais – SIT, 2015.

A extensão geográfica da região do Bico do Papagaio compreende uma área de 15.767,41 Km², o que equivale a 5,68% da área total do estado. Sua população corresponde a 219.201 habitantes, representando 13,63% da população tocantina, com base nos dados atualizados referentes ao ano de 2021 divulgados pelo IBGE. O maior município em área geográfica e em população é o município de Araguatins com 2.633,27 Km² e 36.573 habitantes, respectivamente.

Tabela 1- Comparativo Populacional do Bico do Papagaio.

Município	Área (Km ²)	População Estimada			
Aguiarnópolis	236,79	7.049	Brasil		
Ananás	1.581,05	9.435	Área (Km ²)	8.510.345,54	
Angico	447,54	3.475	População	213.317.639	
Araguatins	2.633,27	36.573			
Augustinópolis	388,81	18.870	Tocantins		
Axixá do Tocantins	153,53	9.817	Área (Km ²)	277.423,62	
Buriti do Tocantins	252,73	11.644	População	1.607.363	
Cachoeirinha	351,53	2.293			
Carrasco Bonito	190,35	4.165	Região do Bico do Papagaio		
Darcinópolis	1.641,77	6.250	Área (Km ²)	15.767,41	
Esperantina	506,17	11.280	População	219.201	
Itaguatins	730,16	5.801			
Luzinópolis	281,54	3.200	Comparativos Percentuais da Região do Bico do Papagaio		
Maurilândia do Tocantins	736,30	3.470	-	Brasil	Tocantins
Nazaré	395,99	3.772	-		
Palmeiras do Tocantins	743,40	6.830	Área (Km ²)	0,18%	5,68%
Praia Norte	300,99	8.563	População	0,10%	13,63%
Riachinho	512,15	4.723			
Sampaio	222,43	4.876			
Santa Terezinha do Tocantins	274,10	2.530			
São Bento do Tocantins	1.099,58	5.457			
São Miguel do Tocantins	406,95	12.445			

São Sebastião do Tocantins	289,59	4.898	IBGE	
Sítio Novo do Tocantins	307,09	8.965	2021	
Tocantinópolis	1.083,60	22.820		
Total	15.767,41	219.201		

Fonte: Elaborado pelos autores – IBGE, 2021.

REGISTRO DE MARCAS E PATENTES NA REGIÃO DO BICO DO PAPAGAIO NO TOCANTINS

O INPI possui o Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão – e-SIC, integrado ao fala.BR, desenvolvido pela Controladoria-Geral da União (CGU). A plataforma permite que os cidadãos realizem pedidos de informações públicas de seu interesse. Através desse portal de comunicação, tornou-se possível obter relatórios oficiais com dados regionalizados e uma riqueza de detalhes fundamental para a elaboração dessa pesquisa, com fins acadêmicos e que visa fomentar o conhecimento e o desenvolvimento regional.

Existe ainda o Relatório Anual de Indicadores de Propriedade Industrial que disponibiliza uma análise detalhada das estatísticas relacionadas a esta seara no Brasil, fornece informações sobre a origem e as tecnologias em que a proteção tem sido aplicada e ainda possibilita novos estudos que permitem fomentar o conhecimento sobre a função que a propriedade industrial exerce quando se fala em inovação no país. Neste sentido, expõe-se a seguir os dados obtidos.

Ao tratarmos sobre o registro de marcas, o Relatório Anual de Indicadores de Propriedade Industrial de 2020 fornece dados relevantes quanto a participação do estado do Tocantins nesse processo, fazendo um comparativo nacional. Conforme demonstra a Figura 2, o estado não apresentou números muito expressivos e sequer aparece na relação, integrando o conjunto das 17 Unidades Federativas com menor número de pedidos de depósito, onde juntas correspondem a 12% do total, o equivalente a uma média de 0,70% dos pedidos em 2019.

Figura 2 - Pedidos de marca por estado de origem do depositante em 2019.

Posição	Estado	2019	Part. (%) 2019	Δ (2019/2018)
1º	São Paulo	81.611	37,3	23%
2º	Minas Gerais	22.046	10,1	34%
3º	Rio de Janeiro	18.773	8,6	12%
4º	Paraná	17.778	8,1	23%
5º	Santa Catarina	14.011	6,4	27%
6º	Rio Grande do Sul	13.693	6,3	29%
7º	Goiás	7.594	3,5	32%
8º	Bahia	6.617	3,0	22%
9º	Pernambuco	5.366	2,5	30%
10º	Distrito Federal	5.079	2,3	28%
	Subtotal	192.568	88,0	24%
Total de Pedidos de Marcas por Residentes		218.764	100	

Fonte: INPI - Indicadores de Propriedade Industrial 2020, 2021.

Aproximando a análise sobre o registro de marcas à Região do Bico do Papagaio, é possível identificar números tímidos comparados a outras regiões no país, porém de grande relevância sob a ótica do desenvolvimento regional. Das 25 cidades que compõem a região, 15 já submeteram pedidos de registro de marcas à análise do INPI e, no período de 2012 a 2021, foram realizados 68 pedidos. O município de Tocantinópolis foi o domicílio que mais originou pedidos de registro de marcas na região, com 25 solicitações no total.

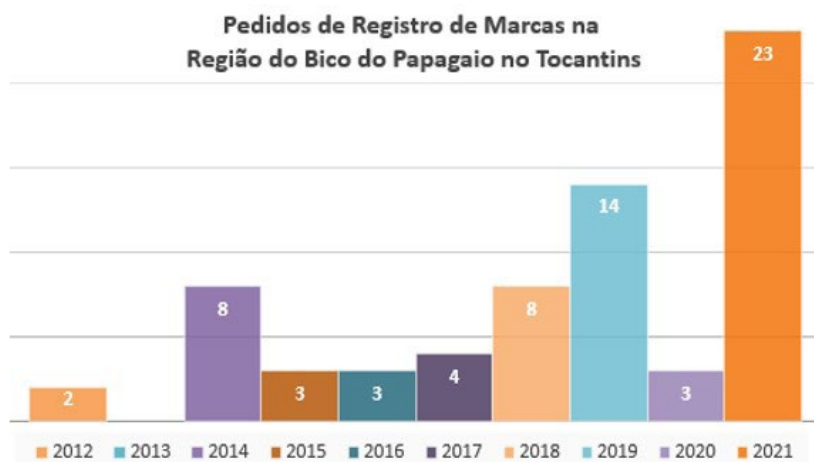
Tabela 2 - Cidades do Bico do Papagaio que solicitaram registro de marcas entre 2012 e 2021.

Registro de Marcas Municípios	Ano Depósito										Total Geral
	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	
Aguiarnópolis										1	1
Araguatins	1		1		2		1	2		2	9
Augustinópolis								2	3	2	7
Axixa do Tocantins				2							2
Buriti do Tocantins					1		5	1			7
Cachoeirinha			5					1			6
Darcinópolis							2				2
Maurilândia do Tocantins										1	1
Nazaré										1	1
Praia Norte										1	1
Sampaio								1		1	2
São Bento do Tocantins										2	2
São Miguel do Tocantins										1	1
Sítio Novo do Tocantins										1	1
Tocantinópolis	1		2	1		4		7		10	25
Total	2	0	8	3	3	4	8	14	3	23	68

Fonte: Elaborado pelos autores – INPI, 2022 – BADEPI 8.3.

Em um mercado cada vez mais globalizado e com a evolução tecnológica a dispor dos empreendimentos empresariais e da sociedade em geral, principalmente no que tange ao acesso à informação e ao processo de criação, há de se esperar um crescimento constante nas inovações de Propriedade Industrial. Porém ao analisar-se a evolução histórica dos pedidos de registro de marcas na região, é possível notar uma sazonalidade no decorrer dos anos e uma constante crescente apenas a partir de 2016, interrompida em 2020, provavelmente por advento do período pandêmico do COVID-19, voltando a crescer, em número bem superior em 2021 quando as medidas de distanciamento social entre outras determinações restritivas foram atenuadas.

Figura 3 - Pedidos de Registro de Marcas na Região do Bico do Papagaio no Tocantins.



Fonte: Elaborado pelos autores – INPI, 2022 – BADEPI 8.3.

Como mencionado anteriormente, em um período que compreende 10 anos, a Região do Bico do Papagaio foi domicílio para 68 pedidos de registro de marcas, desses, 19 continuam em análise (28%), porém de acordo com as informações extraídas do Banco de Dados Estatísticos sobre Propriedade Intelectual – BADEPI, disponibilizado pelo INPI, os pedidos de registro de marcas que ainda encontram-se em análise são mais recentes, foram depositados entre 2020 e 2021 e até mesmo para este período já existem pedidos com análise concluída com registro em vigor.

Figura 4 - Status dos Pedidos de Registro de Marcas na Região do Bico do Papagaio.

Status dos Pedidos de Registro de Marcas na Região do Bico do Papagaio no Tocantins de 2012 a 2021



Fonte: Elaborado pelos autores – INPI, 2022 – BADEPI 8.3.

Observa-se então que em todo esse tempo, apenas 11 pedidos foram aceitos e encontram-se em vigor (16%), número relativamente baixo, levando em consideração o potencial econômico da região que conta com empresas dos mais diversos seguimentos e porte empresarial distintos. Além do mais, de acordo com os relatórios disponibilizados pelo INPI, isso significa dizer que em toda a Região do Bico do Papagaio existe apenas 11 marcas registradas e em vigor.

Outra constatação importante é que os 29 pedidos arquivados ou indeferidos (43%) e os 9 pedidos considerados inexistentes por não pagamento de taxas ou não atendimento de alguma exigência formal (13%) somam mais da metade das solicitações, o que poderia ser evitado através de uma consulta prévia realizada por um profissional capacitado, com amplo conhecimento

sobre os trâmites legais estabelecidos pela Lei nº 9.279/96, que trata os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, além dos normativos do INPI que orientam a formulação dos pedidos de registro de marcas e patentes.

Com relação a patentes, em 2019, o INPI recebeu 19.931 pedidos de patentes de invenção. Os dez estados brasileiros que mais depositaram pedidos de patentes de invenção em nesse ano foram responsáveis por 85,6% do total destes pedidos. Mais uma vez o estado do Tocantins não aparece entre os 10 estados mais atuantes nesse processo, ficando agrupado com os outros estados e o DF, totalizando 17 Unidades Federativas, correspondendo a uma média de 0,85% dos pedidos realizados no ano de 2019.

Figura 5 - Pedidos de patentes por estado de origem do depositante em 2019.

Ranking	Estado	2019	Part.(%) 2019	Δ(2019/2018)
1º	São Paulo	1.604	29,4	3%
2º	Minas Gerais	639	11,7	10%
3º	Rio de Janeiro	533	9,8	40%
4º	Paraná	443	8,1	6%
5º	Rio Grande do Sul	438	8,0	8%
6º	Santa Catarina	403	7,4	24%
7º	Paraíba	236	4,3	15%
8º	Pernambuco	133	2,4	-11%
9º	Bahia	128	2,3	29%
10º	Goiás	118	2,2	39%
	Outros Estados	790	14,5	2%
Total de Pedidos de Patentes de Invenção por Residentes		5.465	100	10%

Fonte: INPI - Indicadores de Propriedade Industrial 2020, 2021.

Ao tratarmos sobre o registro de patentes, incluindo patentes de invenção, modelos de utilidade e certificados de adição, no que diz respeito ao estado do Tocantins, pôde-se observar que no período compreendido entre 2012 e 2021 houve apenas 157 pedidos de registro, partindo de somente 10 municípios tocantinenses, sendo que nenhum deles faz parte da Região do Bico do Papagaio.

Tabela 3 - Cidades do Tocantins que solicitaram registro de Patentes entre 2012 e 2021.

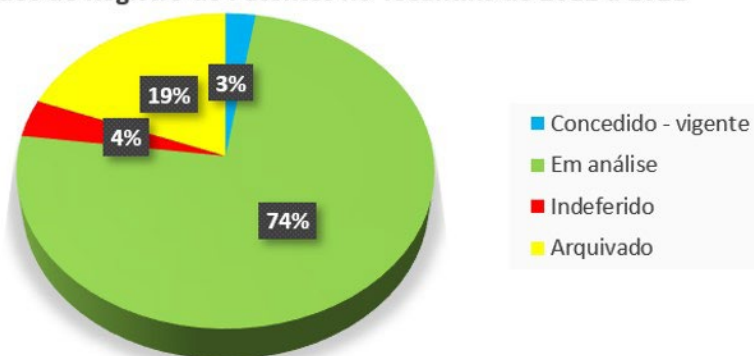
Registro de Patentes	Ano Depósito										Total Geral
	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	
Araguaína	2			1		4		2	3	1	13
Bernardo Sayão		2									2
Gurupi	1								1		2
Jaú do Tocantins										1	1
Lagoa da Confusão	1										1
Miracema do Tocantins		1									1
Palmas	7	16	14	7	14	16	13	20	8	15	130
Paraíso do Tocantins						1	1				2
Porto Nacional		1					1		2		4
São Valério da Natividade					1						1
Total	11	20	14	8	15	21	15	22	14	17	157

Fonte: Elaborado pelos autores – INPI, 2022 – BADEPI 8.3.

Com relação ao status desses pedidos, verificou-se que 117 deles ainda se encontram em análise o que representa 74% dos depósitos e retrata de forma clara a morosidade do processo, levando em consideração que parte desses pedidos encontram-se em análise há mais de 10 anos. Verificou-se ainda que, dos 40 pedidos que tiveram sua análise concluída, 30 deles foram arquivados (19%), 6 foram indeferidos (4%) e apenas 4 foram concedidos (3%).

Figura 6 - Status dos Pedidos de Registro de Patentes no Tocantins de 2012 a 2021.

Status dos Pedidos de Registro de Patentes no Tocantins de 2012 a 2021



Fonte: Elaborado pelos autores – INPI, 2022 – BADEPI 8.3.

Esses números refletem, antes de mais nada, o rigor da análise sobre o registro de uma patente, os trâmites burocráticos do processo e podem significar também a ausência de profissionais capacitados que atuem na área de Propriedade Industrial e orientem seus clientes prestando serviços de assessoria e consultoria na formulação de pedidos de registro bem elaborados, de acordo com os parâmetros legais determinados pela LPI.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto em linhas pretéritas o registro de marcas e patentes no território nacional é regulamentado pela Lei nº 9.279/96, conhecida como Lei de Propriedade Industrial – LPI, ficando sua concessão a cargo do Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI. Dessa forma, a criação e registro de marcas e patentes na região do Bico do Papagaio no Tocantins observa os quesitos e tramites processuais estabelecidos nacionalmente, evidenciados no item 4.5 que trata a respeito da proteção jurídica de marcas e patentes.

Ademais, como demonstrado anteriormente, a proteção jurídica oriunda LPI, responsável por regular direitos e obrigações referentes a propriedade industrial, garante ao detentor do certificado de registro da marca o direito a sua utilização exclusiva em todo o país, possibilitando a contestação, por vias judiciais, da reprodução não autorizada da mesma. Da mesma forma, os direitos que decorrem da patente asseguram ao seu titular a possibilidade de impedir a fabricação por terceiros de produtos, assim como a utilização de processos, que violem tais direitos de exclusividade, lhe sendo conferida a possibilidade de requerer reparação pelos danos que suportar.

Em que pese a relevância da segurança jurídica e econômica oferecidas pelo registro de marcas e patentes, verificou-se através da quantificação realizada a respeito dos mencionados registros na Região do Bico do Papagaio no Tocantins uma quantidade ínfima, porém importante, de marcas registradas ou pedidos em análise, sendo que a situação é ainda pior com relação

ao registro de patentes, considerando que sequer existem, apesar de estarem localizados na Região diversos empreendimentos, de portes e segmentos variados.

Dessa forma, pode-se afirmar que a grande maioria dos produtos e serviços oferecidos pelas empresas da Região do Bico do Papagaio, bem como sua razão social, não estão amparados pela proteção jurídica conferida pela Lei nº 9.279/96.

Sob o ponto de vista dos autores, tal fato pode estar relacionado com a falta de conhecimento dos empresários, empreendedores, pesquisadores e cientistas da relevância da proteção da propriedade industrial, em um cenário cada vez mais tecnológico que ultrapassa as barreiras territoriais da região interiorana, além da falta de um número expressivo de profissionais que atuem com propriedade nesta área, haja vista que sendo um processo complexo e demorado, para evitar que o requerimento seja indeferido, recomenda-se que a empresa busque o auxílio de uma assessoria profissional especializada.

Portanto, destacamos não só a importância da realização do registro de marcas e patentes, como também do aprimoramento dos profissionais para que possam informar a sociedade da necessidade de tais registros, assim como possibilitem ao titular do direito, a maneira mais segura de usufruí-lo, por meio da assessoria e do acompanhamento processual do pedido de registro.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Patrícia Maria da Silva; CAMPOS, André Tibau. Uso e registro conjunto de marcas e indicações geográficas: (in) conveniências? Brasil, Universidade do Contestado, 2019.

BORTOLINI, Denise Bartel. Nome de Fantasia e Nome Empresarial. Jaraguá do Sul: PHMP, 2017. Disponível em: <<https://phmp.com.br/nome-de-fantasia-e-nome-empresarial/>>. Acesso em 02 de novembro de 2021.

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

BRASIL. Departamento de Registro Empresarial e Integração. instrução normativa DREI nº 15, de 5 de dezembro de 2013. Dispõe sobre a formação do nome empresarial, sua proteção e dá outras providências. Brasília: DREI, 2013.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. IBGE – Cidades. Rio de Janeiro: IBGE, 2021. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/>>. Acesso em 22 de março de 2022.

BRASIL. Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI. A Criação de Uma Marca: Uma Introdução às Marcas de Produtos e Serviços para as Pequenas e Médias Empresas. Rio de Janeiro: INPI, 2013a.

BRASIL. Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI. Inventando o Futuro: Uma Introdução às Patentes para as Pequenas e Médias Empresas. Rio de Janeiro: INPI, 2013b.

BRASIL. Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI. Indicadores de Propriedade Industrial 2020: O uso do sistema de propriedade industrial no Brasil. Rio de Janeiro: INPI, 2021.

BRASIL. Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994. Dispõe sobre o Registro Público de Empresas

Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. Brasília: Planalto, 1994.

BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília: Planalto, 1996.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: Diário Oficial da União, 2002.

BRASIL. SIT – Sistema de Informações Territoriais. Perfil Territorial: Bico do Papagaio – TO. SIT, 2015. Disponível em: < http://sit.mda.gov.br/download/caderno/caderno_territorial_022_Bico%20Do%20Papagaio%20-%20TO.pdf>. Acesso em 22 de março de 2022.

CAMPOS, Antônio Carlos de; DENIG, Edmila Adriana. Propriedade Intelectual: Uma Análise a partir da Evolução das Patentes no Brasil. Francisco Beltrão: UNIOESTE, 2011.

JUNGMANN, Diana de Mello; BONETTI, Esther Aquemi. A Caminho da Inovação: Proteção e Negócios com Bens de Propriedade Intelectual – Guia para o Empresário. Brasília: IEL, 2010.

KNECHTEL, Maria do Rosário. Metodologia da pesquisa em educação: uma abordagem teórico-prática dialogada. Curitiba: InterSaber, 2014.

OMPI. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. Criando uma marca: Uma introdução às marcas para pequenas e médias empresas. Genebra: OMPI, 2019.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. Metodologia do Trabalho Científico: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

O direito fundamental de acesso à justiça e as dificuldades econômicas e sociais

The fundamental right of access to justice and economic and social difficulties

Haíly Araújo Pereira

Graduanda pela UNITINS

Maynara Fernandes da Costa Nascimento

Graduanda pela UNITINS

Márcio Fernando Moreira Miranda

Doutor em Função Social do Direito pela FADISP, Mestre em Administração pela FEAD, Especialista em Docência do Ensino Superior pela UEMA, em Direito do Trabalho pela UCAM e em História e Geografia do Brasil – FIA, Graduado em Direito pela UFFPA.

Kamila Soares Leal

Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Taubaté - UNITAU (2020); Especialista em Prática Avançada Previdenciária pelo Damásio (2020); Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER (2016); Especialista em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Rio Sono (2015); Bacharel em Direito pela Faculdade do Bico do Papagaio - FABIC (2013).

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.8

RESUMO

O acesso à justiça constitui um pilar importantíssimo de uma sociedade democrática, que preza pela garantia dos direitos estabelecidos em sua Constituição, sendo o mecanismo mais importante de efetivação dos bens jurídicos estabelecidos na norma máxima de todo país. Entretanto, muitas vezes, os custos para se acessar a justiça podem ser demasiados, e, com isso, impossibilitam os necessitados de gozar de tão importante direito fundamental. Diante disso, surge a seguinte problemática: O atual cenário socio-econômico brasileiro constitui óbice ao acesso à justiça por parte das pessoas hipossuficientes? Em caso positivo, existem mecanismos efetivos capazes de dirimir essas eventuais dificuldades? O presente trabalho visa analisar o atual cenário do acesso à justiça e à informação pela pessoas carentes, como direito fundamental, apontando fundamentadamente se existem dificuldades orgânicas e/ou sistêmicas para o seu exercício, bem como, averiguando os mecanismos destinados à sua efetivação. Quanto ao método, realizou-se pesquisa bibliográfica qualitativa atualizada, baseada em doutrinas principalmente do ramo do Direito Constitucional Nacional e em dados governamentais e institucionais sobre os índices socio-econômicos brasileiros. O direito de acesso à justiça e de defesa está assegurado na Constituição e, desta forma, não deve ser visto somente como acesso ao judiciário nem pode ser dificultado por falta de recursos financeiros daquele que foi reconhecido pobre na forma da lei.

Palavras-chave: acesso à justiça. informação. hipossuficientes.

ABSTRACT

Access to justice is a very important pillar of a democratic society, which values the guarantee of the rights established in its Constitution, being the most important mechanism for the realization of the legal interests established in the maximum norm of whole country. However, the costs of accessing justice can often be too much, and, as a result, make it impossible for those in need to enjoy such an important fundamental right. In view of this, the following problem arises: Does the current Brazilian socio-economic scenario constitute an obstacle to access to justice for disadvantaged people? If so, are there effective mechanisms capable of resolving these eventual difficulties? The present work aims to analyze the current scenario of access to justice and information by needy people, as a fundamental right, pointing out fundamentally if there are organic and/or systemic difficulties for its exercise, as well as, verifying the mechanisms destined to its effectiveness. As for the method, an updated qualitative bibliographic research was carried out, based on doctrines mainly in the field of National Constitutional Law and on governmental and institutional data on Brazilian socioeconomic indices. The right of access to justice and defense is guaranteed in the Constitution and, therefore, should not be seen only as access to the judiciary, nor can it be hampered by the lack of financial resources of those who were recognized as poor under the law.

Keywords: access to justice. information. people in need.

INTRODUÇÃO

É unânime entre os mais proeminentes doutrinadores que a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 é a Carta Constitucional brasileira mais garantista e que

mais concedeu direitos de natureza individual e coletiva, o que é, em grande parte, resultado das evoluções sociopolíticas e jurídicas vivenciadas pelo mundo em eventos como a promulgação da Magna Carta de 1215, da Inglaterra, a Revolução Francesa de 1789, promulgação da Constituição de Weimar em 1919, dentre outros.

Diversos direitos fundamentais, de natureza individual e coletiva, foram estabelecidos na Constituição, resultando em um título riquíssimo, dentre os quais pode-se destacar a “[...] inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 1988), ou ainda que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” (BRASIL, 1988).

Entretanto, a mera declaração de direitos não pode, por si só efetivar o cumprimento destes, sendo necessárias as garantias individuais, que para José Afonso da Silva (2005, p. 412), diferenciam-se dos direitos individuais da seguinte forma: “os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e o gozo daqueles bens e vantagens”

Essas garantias foram bastante valorizadas pela Constituição, seja no art. 5º, quando institui os incisos LXVIII (habeas corpus), LXIX e LXX (mandado de segurança individual e coletivo), LXXI (mandado de injunção), LXXII (habeas data) e LXXIII (ação popular), seja em diversos outros dispositivos, que, entretanto, redundam em um meio principal de efetivação dos direitos violados, qual seja, o acesso à justiça.

Nos últimos três séculos, a preocupação com o acesso do cidadão ao Judiciário pautou a agenda política dos Estados. Na verdade, desde a Grécia Antiga, já existia alguma preocupação com o acesso à Justiça; contudo, acesso ao Judiciário propriamente dito somente existiu a partir do século XVIII, com a Revolução Francesa, que trouxe consigo a separação de poderes e a consequente criação do Poder Judiciário, responsável pela prestação da justiça.

A partir desse momento, o acesso à Justiça passou a ser compreendido como um direito fundamental do cidadão, enunciado nas Cartas de direitos do homem. Com o passar dos anos, vários obstáculos ao exercício desse direito se tornaram evidentes, entre os quais se destacam os de ordem econômica.

Para a superação desses obstáculos, os Estados empreenderam diversas reformas, tais como a prestação de assistência jurídica para os pobres, a admissão de ações de classe para a defesa de interesses difusos e a criação de métodos alternativos de resolução de controvérsias.

O acesso à justiça enfrenta muitas barreiras e desafios, considerando que a assistência às pessoas economicamente hipossuficientes é precárias em determinadas regiões.

No Brasil tal aspecto se mostra ainda mais notório, uma vez que existem diversas desigualdades de cunho econômico, e uma marcada estratificação de distribuição da renda, que notoriamente implica em uma maior dificuldade dos com menos poder aquisitivo, no acesso a diversas esferas de serviços essenciais.

Diante disso, surge a seguinte problemática: O atual cenário socio-econômico brasileiro constitui óbice ao acesso à justiça por parte das pessoas hipossuficientes? Em caso positivo, existem mecanismos efetivos capazes de dirimir essas eventuais dificuldades?

É notório que o Estado Democrático de Direito possui o dever de garantir o conhecimento dos direitos aos cidadãos de pouco recurso financeiro, não se omitindo frente às lesões, vencendo assim, as barreiras de acesso à justiça (SILVA, 2018).

O acesso à justiça é um direito de bastante relevância, e para melhor resolver litígios, o Judiciário é uma porta de entrada, que acaba por se tornar um órgão estatal, contudo, esta porta de entrada acaba desencorajando ou se fecha para uma grande parte dos indivíduos que não são capazes de manejar ferramentas de efetivação de seus direitos (SADEK, 2014).

Atualmente pode-se dizer que está ultrapassada a ideia de que a mera possibilidade de acesso aos órgãos judiciais seja o verdadeiro significado da aceção jurídica de acesso à Justiça.

Hoje, muito mais do que acesso aos tribunais - de fundamental importância, mas não apto a esgotar todas as vias política e socialmente desejáveis de resolução de conflitos - o fenômeno do acesso à justiça deve ser compreendido como a possibilidade material de o ser humano conviver em uma sociedade, na qual o direito e a justiça são realizados de forma concreta, seja isso decorrência da manifestação soberana da atuação judiciária do organismo estatal, seja através do estímulo ao uso das formas prévias e alternativas de resolução de conflitos, ou seja ainda como reflexo das grandes políticas públicas a serem produzidas e efetivadas pelas respectivas atuações legislativa e executiva.

Sendo assim, o intuito deste trabalho é estudar o atual cenário do acesso à justiça e à informação pela pessoas carentes, como direito fundamental, apontando fundamentadamente se existem dificuldades orgânicas ou sistêmicas para exercício desse direito fundamental, bem como, averiguando os mecanismos destinados à sua garantia.

Para alcance do referido objetivo geral, elencaram-se, a título de objetivos específicos, os seguintes: a) Conceituar acesso à justiça; b) Conceituar termos como carência, hipossuficiência, e outros semelhantes; c) Analisar através de pesquisa de natureza quali-quantitativa o acesso à justiça aos hipossuficientes, aferindo fundamentadamente acerca dos motivos principais das dificuldades, caso evidenciadas; d) Verificar na legislação, doutrina e jurisprudência atuais a existência ou não de mecanismos para diminuição das dificuldades eventualmente encontradas; e) Caso verificadas as problemáticas no acesso à justiça por parte da categoria investigada, apresentar formas de diminuir as dificuldades e promover inclusão respeitando os direitos fundamentais do indivíduo.

Para a realização deste, com o intuito de melhor absorver o conhecimento e aprofundar no tema, foi necessário a leitura de livros, artigos, legislações discorrendo de forma sucinta e clara o ponto central do tema.

Com relação à metodologia, realizou-se pesquisa bibliográfica atualizada, baseada em doutrinas principalmente do ramo do Direito Constitucional Nacional. Trata-se ainda o trabalho de pesquisa qualitativa, pois tenta compreender os fenômenos e conceitos específicos do objeto em estudo, dando observância a qualidade para a compreensão de um grupo social. Diante os estudos através de leituras bibliográficas, facilitando a compreensão do tema, é notório uma pesquisa exploratória.

DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em um Estado Democrático de Direito como o brasileiro, todos são iguais perante a lei, mas nem sempre o tratamento é igual para todos os cidadãos tanto nas instâncias judiciárias como fora delas, ainda que o pleno acesso à Justiça deva ser um dos principais objetivos do Estado.

Vale ressaltar que, o acesso à justiça assegurado pela Constituição Federal de 1988, é um direito fundamental de todos, ou seja, todos tem o direito de acesso à justiça para pleitear tutela jurisdicional, pois, sabe-se que trata de um direito pessoal, havendo o interesse processual na determinada ação.

Uma questão interessante, que emerge da constatação de se tratar o acesso à Justiça de garantia fundamental, diz respeito à possibilidade de o legislador ordinário restringir o seu exercício.

Em princípio, pode ser afirmado que o legislador pode limitar o exercício dessa garantia, pois o inciso XXXV do art. 5º da Constituição diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o que não o impediria de restringir o direito, sobretudo em face de colisão com outro direito fundamental (BRASIL, 1988).

Contudo, segundo Mendes, Coelho, e Branco (2008, p. 509) “não pode o legislador, a pretexto de conformar ou disciplinar a garantia da proteção judicial efetiva, adotar disciplina que afete, de forma direta ou indireta, o exercício substancial desse direito”.

Em outras palavras, qualquer disposição legislativa que tenha o cunho de limitar o acesso à Justiça deve conservar o núcleo essencial ou o conteúdo substancial da garantia de submeter ao Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito.

Ainda, a Constituição, garante assistência jurídica gratuita à aqueles que são hipossuficientes de recursos, mas, não significa que a garantia do direito de acesso à justiça, fará com que o processo será gratuito, aqui se garante a inafastabilidade do Poder Judiciário quando alguém se achar em ameaça ou lesão ao seu direito, independente de recursos econômicos (BRASIL, 1988).

O ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO À INFORMAÇÃO

Quando se fala em acesso à Justiça, o significado que em primeiro lugar nos vem à mente é o de acesso ao Poder Judiciário, ou seja, acesso à tutela jurisdicional do Estado para pleitear a proteção de direitos.

Decorre principalmente da garantia constitucional do cidadão à inafastabilidade da jurisdição, consubstanciada no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Decorre também de outros preceitos espalhados pela Constituição, como os princípios da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal.

O preceito inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Constituição identifica o acesso à Justiça

como uma garantia fundamental do cidadão.

Trata-se, portanto, de uma garantia posta ao lado daqueles direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional (...) que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis (*unabänderliche*) ou pelo menos de mudança dificultada (*erschwert*), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição (BONAVIDES, 2006 p. 561).

Entretanto, a expressão “acesso à justiça” não comporta apenas o significado que a identifica com acesso ao Judiciário, mas serve para determinar outras duas finalidades básicas do sistema jurídico¹, a uma, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; a duas, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (CAPPELETTI & GARTH, 1988, p. 8).

Definições acerca do acesso à justiça

O acesso à justiça constitui direito fundamental, entretanto, em razão das muitas desigualdades de natureza sócio-econômica verificadas entre os brasileiros, o gozo de tal direito acaba sendo dificultado.

Via de regra, em um Estado permeado por desigualdades sociais, especialmente as de cunho econômico, mas também cultural e educacional, a parte desfavorecida da população, embora detentora de direitos e deveres, acaba por não gozar dos bens da vida fundamentais assegurados constitucional e legalmente, inviabilizando o pleno acesso a, por exemplo, à justiça.

Isso faz com que pessoas de pouco recursos financeiros, que não possuem condições para arcar com a manutenção e gastos inerentes às demandas judiciais sejam desestimuladas de tentar acessar a justiça, sendo que alguns motivos são as diferenças entre o valor da causa e o valor efetivamente recebido, ou até mesmo a falta de Defensorias Públicas em determinadas localidades, causando a não democratização da justiça (GUIMARÃES, 2015).

Como é sabido, o conceito do que é justiça é amplíssimo, discutido desde a antiguidade, objeto de inúmeras teorias, o que torna difícil estabelecer um conceito fechado. É certo que cada um tem a sua concepção acerca do que é a justiça, a qual varia de acordo com a experiência e a visão de mundo de cada pessoa, com as transformações sociais e com a evolução da sociedade e do direito.

Perelman (2012, p. 9), realizando uma análise das diversas concepções de justiça, aponta:

É ilusório querer enumerar todos os sentidos possíveis da noção de justiça. Vamos dar, porém, alguns exemplos deles, que constituem as concepções mais correntes da justiça, cujo caráter inconciliável veremos imediatamente: 1 – A cada qual a mesma coisa.

2 – A cada qual segundo os seus méritos.

3 – A cada qual segundo suas obras.

4 – A cada qual segundo suas necessidades.

5 – A cada qual segundo sua posição.

¹ O sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado (CAPPELETTI & GARTH, 1988)

Com efeito, a noção de justiça de uma pessoa difere da de outra, tornando tal noção arbitrária, conforme varie de pessoa para pessoa. O juiz, ao aplicar o direito para chegar a um resultado socialmente justo – na sua concepção – pode violar aquilo que seria justo para uma das partes, ou para ambas, ou para o homem médio da população.

Com efeito, diante da possível arbitrariedade na definição do “justo”, a promoção de resultados socialmente justos para a viabilização do acesso a uma ordem jurídica justa não pode advir apenas do sentimento particular do julgador acerca do significado da palavra justiça.

Para melhor discorrer sobre o acesso à justiça, é necessário explanar sobre o conceito de justiça, este é amplo e complexo, destarte, entende-se por justiça aquilo que é justo, interligado ao caráter pessoal, em conformidade com o que é de direito, a justiça é um princípio moral na qual se dar respeito ao direito, tendo reconhecimento do mérito de alguém (ARISTÓTELES, 2003).

De acordo Pedron (2013, p. 4), o fato é que a justiça, como pretensão de validade sobre a correção normativa, não se confunde com a função jurisdicional, e mais, não poderá ser apenas concretizada pelo Judiciário em sua atuação sobre os litígios existentes na sociedade, pois, para isso, se faz necessário observar o modelo constitucional de processo, como condição legitimadora da medida estatal em substituição a uma vontade instrumentalizada de uma racionalidade solipsista e redentora, que acreditando legitimar o processo a partir de fins meta jurídico, o que conduz a perda de seu aspecto discursivo.

A justiça é impreterivelmente ligada por valores, como: a igualdade, liberdade, fraternidade, equidade, honestidade, moralidade, dignidade e segurança, então entende-se que a justiça está em frequente mutação, mediante aos valores que os ligam (CAVALIERI FILHO, 2002).

A partir do conceito de justiça, é possível observar que uma sociedade justa é aquela em que se tem igualdade de oportunidades para todos, por serem todos um só corpo social e serem considerados um sistema de cooperação em que os sujeitos são livres e iguais, e podem buscar o seu próprio bem e contribuir com a sociedade. Desse modo, para melhor acessibilidade da justiça para todos, existem meios alternativos, como a conciliação e mediação para resolução de conflitos.

São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade (SILVA, 2001, p. 878).

O acesso à justiça é de suma importância para a sociedade, estando ele resguardado pela CRFB/88, constitui-se não só como direito fundamental propriamente dito, mas sim como garantia fundamental de acesso a todos os outros direitos, pois pressupõe que todos devem ser ouvidos pelo Poder Judiciário diante de lesão ou ameaça de lesão aos seus direitos (TOLFO; BRUCK, 2020).

Ele se traduz como uma maneira de materializar os direitos fundamentais, sendo assim, deve ser viabilizado a todos, sem nenhuma exceção, abrangendo aquelas pessoas economicamente hipossuficientes, com isso seria possível pensar em soluções alternativas para garantir o

acesso efetivo à justiça, adequando à realidade social e regional, deixando de ser apenas uma positivação (FREITAS, 2014).

O Princípio da Igualdade influencia na identificação das desigualdades existentes ante a comunidade, em que é dirigida a prestação positiva, para que haja a conquista da igualdade material, sendo este o objetivo principal dos Direitos Sociais, favorecendo aos hipossuficientes um tratamento desigual, na medida de suas desigualdades, objetivando equilibrar o panorama social brasileiro. Assim, o Estado deve agir objetivando diminuir essas desigualdades frente ao judiciário e ao efetivo acesso a justiça.

De acordo Francioni *apud* Tavares (2013, p. 36), a expressão acesso à justiça possui três significados, primeiramente o acesso ao poder judiciário, em segundo, consiste não apenas no direito de pedir a tutela jurisdicional, mas também ao uso da técnica processual adequada às necessidades do direito material e por último representa um movimento dedicado à solução dos obstáculos relacionados com as dificuldades enfrentadas pelas pessoas hipossuficientes na concretização de seus direitos.

Dessa forma, o acesso à justiça configura-se como mecanismo essencial de efetivação dos bens jurídicos declarados na Constituição, dada a natureza decisória e repressora, mas também garantidora, do Poder Judiciário.

DO ACESSO À JUSTIÇA AOS HIPOSSUFICIENTES

Dificuldades econômicas e socioculturais

Uma das principais dificuldades encontradas para o firme acesso a justiça é o valor monetário que precisa ser dispensado, ainda mais ao se tratar de um país com grave desigualdade econômica como o Brasil, o que limita o desenvolvimento da cidadania e conseqüentemente o acesso à justiça. Além das custas judiciais de distribuição, preparo de recurso, produção de provas por perícias, há os honorários advocatícios.

O princípio da sucumbência impõe uma penalidade duas vezes maior, o que pode inibir o litigante em potencial de ingressar em juízo, já que, se vencido, além de arcar com os honorários do seu advogado, terá que pagar os honorários da parte contrária.

Não se pode confundir acesso à justiça com acesso ao judiciário, a primeira não se restringe apenas em postular seus direitos ao judiciário, visa também, garantir aos cidadãos, os seus direitos, caso violados, os sendo restituídos, ou seja, é o direito de exigir do Estado não somente a garantia do Poder Judiciário, e sim, a realização plena da justiça, dando-lhe direito à ampla e efetiva defesa, a segunda, é a prestação dos serviços indispensáveis à defesa dos direitos em Juízo, não confundindo-a com gratuidade processual, pois esta se trata da isenção das despesas processuais (VASCONCELOS, 2008).

A realidade brasileira é que grande parte da população possui baixíssimo ou nenhum grau de instrução educacional sequer tem noção dos direitos que possui, quanto mais a possibilidade de reparação judicial por suas violações. Existe grande dificuldade de acessar e compreender a norma. Muitas vezes, o vulnerável nem mesmo tem noção da existência de uma assistência jurídica gratuita.

Por outro lado, os artigos 21 do Código Penal brasileiro (Decreto-Lei 2.848/42), e 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42), estabelecem respectivamente que não se pode alegar o desconhecimento da lei com intuito de não cumpri-la.

É de muita relevância o acesso à justiça, mas não tão somente como o primeiro passo para o Poder Judiciário, e sim, para garantir a todos o direito de uma técnica processual adequada às pessoas envolvidas e àquilo que se pede, é notório que o acesso à justiça é um dos direitos fundamentais de suma importância, pois este, garante a tutela dos demais direitos (TAVARES, 2013).

É nessa seara que surge o conceito de hipossuficiência, visando categorizar os grupos mais frágeis em determinados aspectos, para que políticas públicas eficientes pudessem ser levadas a efeito.

O acesso à justiça é resguardado de forma especial aos hipossuficientes, que são, em resumo, aqueles que não dispõem de recursos econômicos e financeiros para prover o sustento com equilíbrio e satisfação, enfrentando, conseqüentemente, dificuldades para o acesso à justiça. Nas palavras de (Joseane Suzart Lopes Silva, 2013. p. 295 *apud* Larissa Almeida Resende, 2019. p. 25):

[...] a hipossuficiência é uma marca visível apenas nos casos em que existe um flagrante fragilidade econômica do cidadão em prover os aspectos processuais necessários para a defesa dos interesses e direitos, sem gerar prejuízos para si e para a sua família.

A hipossuficiência é, então, o estado de vulnerabilidade socioeconômica do indivíduo, e não pode ser calculado baseado tão somente na renda auferida, mas sim na possibilidade individual de arcar determinada despesa. Levando à seara do acesso à justiça, o hipossuficiente é, portanto, aquele que não dispõe de recursos suficientes para arcar com as despesas de natureza processual, o que pode variar muito de acordo com os valores das causas, a situação econômica da parte, dentre outros.

A hipossuficiência então pode ser caracterizada através de uma análise sócio-econômica-cultural de um determinado país ou estado, análise esta realizada através de determinados indicadores como o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH, mas também outros como os educacionais, culturais, etc.

Segundo trabalho produzido por Jorge Luiz Souza, membro do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA (2008):

O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) compara indicadores de países nos itens riqueza, alfabetização, educação, esperança de vida, natalidade e outros, com o intuito de avaliar o bem-estar de uma população, especialmente das crianças. Varia de zero a um e é divulgado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud) em seu relatório anual.

No caso do Brasil, como se extrai do último relatório anual do PNUD (2020), o Brasil ocupa a octogésima quarta (84ª) posição de uma lista de cento e oitenta e nove (189) países, com o IDH elencado em 0,765, considerado como desenvolvimento humano elevado.

Outro dado importante é a renda individual do brasileiro, que, entretanto, não é fielmente medida pelo índice de renda per capita, visto que este não considera as diferenças salariais exorbitantes no país, mas sim outros índices como o Gini.

Segundo informações obtidas no Relatório da Síntese de Indicadores Sociais do IBGE (2020), *apud* (World Bank, 2020):

O índice de Gini é um indicador importante e amplamente utilizado em comparações internacionais, permitindo ranqueamentos e estudos subnacionais a partir de uma metodologia consolidada. De acordo com harmonização de dados feita pelo Banco Mundial (World Bank), o Brasil permanece como um dos mais desiguais do mundo quando se trata da distribuição de renda entre seus habitantes.

O índice funciona de modo semelhante ao IDH, possuindo uma escala de 0 (zero) a 1 (um), sendo que quanto menor o número, maior a distribuição e equitatividade de renda, e quanto maior, maior é a concentração de capital.

O referido relatório do IBGE aponta que no ano de 2019 o Brasil possuiu índice de gini na casa do 0,543, um dos maiores do mundo, de forma que a concentração de capital é muito grande, o que indica a existência de grupos vulneráveis.

Sobre educação, atendo-nos ao Estado do Tocantins, dados do IBGE², apontam que no ano de 2019, mais da metade dos tocantinenses de 25 anos de idade ou mais não concluiu sequer o ensino médio, bem como cerca de 9,7% (nove inteiros e sete décimos por cento) da população encontrava-se em estado de analfabetismo, o que totalizou à época cerca de cento e dezessete mil pessoas em estado de vulnerabilidade educacional.

Outro índice educacional importantíssimo é o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica – IDEB, que mede numericamente o desenvolvimento das instituições educacionais em um espectro de 0 a 10. Conforme informações do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP, desde 2013 o Brasil não alcança a meta do IDEB para a educação pública ou privada nos anos finais do ensino fundamental nem do ensino médio.

Além disso, observando tais dados é possível verificar que o ensino nas escolas privadas para todos os anos desde 2003 possuía meta e alcançou resultado maior que a escola pública, o que demonstra uma maior qualidade no ensino privado, e por sua vez, pago, em detrimento do público e gratuito, causando mais um nível de desigualdade entre pessoas com poder aquisitivo e os mais vulneráveis. (INEP, 2019, p. 22).

Esses e diversos outros indicadores demonstram a desigualdade na distribuição de renda nacional, e, com isso, servem para evidenciar que boa parte da população caracteriza-se no grupo dos hipossuficientes, ocasião em que políticas públicas devem ser instaladas para resolução ou ao menos amenização de tais situações.

Em decorrência disso, surge um mecanismo importantíssimo para salvaguardar os direitos dos hipossuficientes, é a famigerada gratuidade da justiça, melhor abordada no tópico a seguir.

Gratuidade da justiça e suas implicações

A gratuidade da justiça foi instituída no sistema jurídico brasileiro, nos moldes semelhantes aos atuais, em meados de 1950, com a edição da Lei Federal nº 1.060/1950, que estabelece regras para o requerimento e concessão da assistência judiciária gratuita aos necessitados.

Importante destacar que o cálculo das custas processuais são geralmente reguladas por

² Notícia veiculada no site *Conexão Tocantins* por Wendy Almeida.

lei estadual.

Entretanto, em 2015, com a edição da Lei Federal nº 13.105/2015, o Código de Processo Civil, houve profundas alterações na dinâmica de concessão da gratuidade da justiça e da assistência judiciária gratuita, esta última sendo aquela mais inclinada à assistência do necessitado por um profissional capacitado e sem custos, e a primeira, indicando a isenção do pagamento das despesas processuais.

O CPC em seus artigos 98 e seguintes, regulam a matéria da gratuidade da justiça da seguinte forma:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

§ 1º A gratuidade da justiça compreende:

I - as taxas ou as custas judiciais;

II - os selos postais;

III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;

IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;

V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais;

VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;

VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;

VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;

IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

§ 2º A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.

§ 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário. (BRASIL, 2015)

Essas e outras disposições demonstram a importância do instituto e indicam determinadas peculiaridades acerca do procedimento, entretanto, não se limita a tais dispositivos, mas seguem até o art. 102.

Talvez o dispositivo mais polêmico dentre os citados, seja o §3º do art. 99, que em suma, estabelece que “Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente

por pessoa natural” (BRASIL, 2015). Isso porquê a jurisprudência³ há muito vem decidindo que tal presunção não é suficiente para comprovação da necessidade de concessão da gratuidade da justiça, mas que deve o interessado demonstrar seu estado de vulnerabilidade através de provas que, ao serem analisadas pelo juízo, demonstrarão a possibilidade ou não de concessão, à semelhança do disposto no §2º do mesmo dispositivo.

Em decorrência disso, há uma relativização da presunção de veracidade da declaração de hipossuficiência por pessoa natural, que pode ser prejudicial, pois tira o ônus de provar o poderio aquisitivo da parte oposta, conforme artigo 337, XIII⁴, do referido CPC, e impõe ao interessado o dever de provar sua hipossuficiência, limitando o acesso ao benefício, e, por conseguinte, à justiça.

Além disso, alguns tribunais já têm adotado critérios de uniformização da concessão da gratuidade da Justiça, como foi o caso do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4, que no julgamento do 25º Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR que tramitou na corte (5036075-37.2019.4.04.0000/TRF), foi fixado como presumido o cumprimento dos requisitos para a concessão da gratuidade por pessoas cuja renda mensal não ultrapasse o teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, definido anualmente em lei, sendo que para concessão a indivíduos que possuam renda maior é necessária a comprovação.

Em resumo, a gratuidade da justiça é a isenção do pagamento de determinadas despesas processuais, elencadas no rol taxativo do art. 98, §1º, e serve como importante mecanismo de garantia do acesso à justiça, visto que, na sua ausência, diversos casos deixariam de ser apreciados pelo judiciário diante da impossibilidade de pagamento dos gastos inerentes à atividade judiciária, o que implicaria em uma “privatização da justiça”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depois de muito tempo de hegemonia estatal no dever de decisão de conflitos, os métodos extrajudiciais e alternativos de solução de controvérsias vem ganhando bastante relevância na sociedade atual como um jeito de ajudar o Estado em seu papel de pacificação social.

O direito de acesso à justiça é um assunto muito importante e bem abrangente, pois trata-se de um direito fundamental assegurada pela nossa Carta Magna, onde se faz com que todos tenham esse acesso de forma garantida, para que possam pleitear a tutela de todos os direitos que possam ser violados, entretanto diante da sociedade em que vivemos que sofre com a desigualdade social, nem todos tem o acesso amplo à justiça, principalmente aqueles que são economicamente hipossuficientes, e não possuem acesso aos meios para garantir seu direito, e até mesmo são desinformados com relação a isso.

A atual estrutura do Poder Judiciário existente não se faz capaz de proporcionar totalmente aos jurisdicionados a prestação da tutela jurisdicional efetiva como exigida pela Carta Magna e pela processualística existente. A principal consequência disso são os fóruns cheios, decisões que demoram, que custam caro, e nem sempre são efetivas ou adequadas à situação extra processual. Entretanto lado, é interessante ressaltar que grande parcela da sociedade brasileira vive à margem do Poder Judiciário e, muitas vezes, até mesmo do Direito.

3 STJ - AgInt no AgInt no REsp: 1670585 SP 2017/0103984-6

4 Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: [...] XIII - indevida concessão do benefício de gratuidade de justiça (BRASIL, 2015)

É preciso também que, além de novos rumos para a solução dos conflitos, que os tribunais exerçam seu papel de forma mais célere, que também aumente o número de juízes, e que as regras processuais sejam flexibilizadas de modo a possibilitar uma maior agilidade no andamento do processo e uma sentença em tempo mais reduzido.

É neste quadro que merece destaque os processos coletivos, voltados para a tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Sendo assim, faz-se importante evidenciar a idéia de que o acesso amplo à justiça não seria apenas com a reorganização da assistência jurídica em nosso país, pois, desta maneira, somente irá contribuir de forma parcial para tornar a segregação social menos oculta. Somente com o fortalecimento de políticas públicas dedicadas para a erradicação da desigualdade social, junta da vontade política de buscar meios para a efetivação do direito fundamental do pleno acesso à justiça, poderiam cooperar para a tão sonhada melhora da qualidade de vida das pessoas, sejam elas carentes ou não.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Wendy (IBGE/TO) para o site <https://conexãoto.com.br>. – IBGE revela que mais da metade dos tocaninenses de 25 anos ou mais não concluiu o ensino médio. Disponível em: <https://conexaoto.com.br/2020/07/15/ibge-revela-que-mais-da-metade-dos-tocantineses-de-25-anos-ou-mais-nao-concluiu-o-ensino-medi>. Acesso em: 02 abr. 2022.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 2003. p. 15-33.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de maio de 2021.

_____. Lei Federal nº 1.060, de 05 de fev de 1950. Rio de Janeiro, RJ, 05 fev. 1950. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm. Acesso em: 03 maio 2022.

_____. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 03 maio 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Direito, Justiça, Sociedade. Revista da EMERJ, v.5, n.18, 2002. ISSN 2236.

FREITAS, Paula Martins Felipe de. DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA AO HIPOSSUFICIENTE: O papel dos Núcleos de Assistência Judiciária Gratuita. Revista SIMPAC. Minas Gerais, v. 6, n. 1. 2014.

GUIMARÃES, Cátia. Acesso À Justiça: A Efetividade Dos Serviços Prestados Pelo Projeto “Balcão De Justiça E Cidadania” No Município De Guanambi/Ba. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<portal.estacio.br/media/922580/okc%C3%A1tia-guimar%C3%A3es.pdf>> Acesso em: 29 ago. 2021.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - SÍNTESE DE INDICADORES SOCIAIS: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro: Ibge, 2020. 152 p. Disponível

em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf>. Acesso em: 03 maio 2022.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA (Brasília/Df). O que é? IDH. 2008. Elaborada por Jorge Luiz de Souza. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2144:catid=28&Itemid=23. Acesso em: 01 jun. 2021.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA - INEP. Ministério da Educação. Resumo Técnico do Estado do Tocantins do Ano de 2019: censo escolar 2019. Brasília/Df: Inep, 2019. 86 p. Disponível em: https://download.inep.gov.br/publicacoes/institucionais/estatisticas_e_indicadores/resumo_tecnico_do_estado_do_tocantins_censo_da_educacao_basica_2019.pdf. Acesso em: 02 jun. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o “acesso à Justiça” qualitativo no Estado Democrático de Direito. Revista Jus Navigandi. Teresina, 2018, n. 3525. ISSN 1518-4862.

PERELMAN, Chaïm. Ética e Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PROGRAMA NACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS (Edição Brasil). RELATÓRIO DO DESENVOLVIMENTO HUMANO 2020. Nova York, Ny, Eua: Programa Nacional das Nações Unidas, 2020. 36 p. Presidida por Achim Steiner. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2020_overview_portuguese.pdf. Acesso em: 02 jun. 2021.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à Justiça: Um Direito e seus Obstáculos. Revista USP. São Paulo, n. 101, p. 57-65, 2014.

SARLET, I. W. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SCHIMITT, Carl apud BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVA, Natália Augusta Sampaio. Do Acesso À Justiça: Aspectos Gerais. Disponível em: juridicocerto.com/p/nataliasampaio/artigos/do-acesso-a-justicaaspectos-gerais-1025. Acesso em: 03 set. 2021.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2008.

_____, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 925 p.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Acesso À Justiça E Hipossuficiência Organizacional: Fundamentos E Amplitude Da Legitimação Da Defensoria Pública Na Tutela Dos Direitos Metaindividuais. RI UFBA. Salvador, 2013. ISSN 2358-6214.

STJ - AgInt no AgInt no REsp: 1670585 SP 2017/0103984-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 20/03/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/04/2018.

TOLFO, Andreia Cadore. BRUCK, Leonei Lançanova. A atuação da Defensoria Pública na promoção do direito de acesso à justiça no Brasil. Research, Society and Development. v. 9, n.3. p. 1-17. 2020.

Disponível em: <DOI: [dx.doi.org/10.33448/rsd-v9i3.2540](https://doi.org/10.33448/rsd-v9i3.2540).> Acesso em: 03 set. 2021.

TRF4 – IRDR 25, 5036075-37.2019.4.04.0000/TRF, Relator: Desembargador LEANDRO PAULSEN, Corte Especial. Data de Julgamento: 30/09/2021, Data de Publicação: DJe 07/01/2022.

VASCONCELOS, José Ítalo Aragão de. O Papel Da Defensoria Pública No Direito De Acesso À Justiça. Revista Themis. Ceará, v. 6, n. 1. 2008.

A responsabilização dos agentes públicos por fraudes nas aquisições públicas durante a pandemia (Covid-19)

The liability of public agents for fraud in public acquisitions during the pandemic (Covid-19)

Ana Gabriela da Silva Almeida

Acadêmica de Direito da Faculdade São Lucas

Jardel de Souza Pereira

Acadêmico de Direito da Faculdade São Lucas

Ihgor Jean Rego

Advogado licenciado, mestre em direito, professor universitário, coordenador estadual do PROCON/RO

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.9

RESUMO

Trata-se de produção científica cuja temática é a responsabilização dos agentes públicos por fraudes nas aquisições públicas durante a pandemia (COVID-19). A Lei de Improbidade Administrativa vem se destacando em diversos aspectos do ordenamento jurídico e evoluindo quanto a tutela legal e vigente, dando concretude à demanda constitucional do art. 37, § 4.º, da Constituição Federal, de forma a proteger eficazmente a moralidade administrativa, prezando pela honestidade no trato da coisa pública. Para isso tem-se sancionado penalidades quando existe desrespeito à probidade. Este trabalho dedicou-se a uma pesquisa que apresentasse as consequências jurídicas das sanções por atos de improbidade administrativa, fazendo uma análise dos conceitos trazidos pelos doutrinadores e caracterizando a conduta ímproba, com base nos princípios da Constituição Federal de 1988 e especialmente em observância à Lei nº 8.429/92, que apresenta as espécies de atos de improbidade administrativa e suas sanções. A metodologia utilizada foi a de revisão de literatura de caráter descritivo e exploratório.

Palavras-chave: estado. funcionário público. improbidade administrativa. licitação. pandemia.

ABSTRACT

It is a scientific production whose theme is the accountability of public agents for fraud in public procurement during the pandemic (COVID-19). The Administrative Improbity Law has been standing out in several aspects of the legal system and evolving in terms of legal and current protection, giving concreteness to the constitutional demand of art. 37, § 4, Federal Constitution, in order to effectively protect administrative morality, valuing honesty in dealing with public affairs. For this, penalties have been sanctioned when there is disrespect for probity. This work was dedicated to a research that presented the legal consequences of sanctions for acts of administrative improbity, analyzing the concepts brought by the scholars and characterizing the improbable conduct, based on the principles of the Federal Constitution of 1988 and especially in compliance with the Law 8,429/92, which presents the types of acts of administrative improbity and their sanctions. The methodology used was a descriptive and exploratory literature review.

Keywords: state. public agent. administrative dishonesty. bidding. pandemic.

INTRODUÇÃO

As aquisições e contratações em tempos de calamidade pública exigem do poder público um grande esforço e planejamento no remanejamento de recursos, não apenas financeiros, mas de materiais e serviços para que não gere tanto impacto no orçamento fiscal do governo.

Tendo em vista a relevância e urgência das aquisições públicas em épocas de calamidade pública, tem se tornado comum as ações denegatórias e desvios de conduta que levam alguns agentes públicos a cometerem ilícitos contra a Administração Pública.

A responsabilidade administrativa dos agentes públicos tem sido cada vez mais fiscalizada, seja no aspecto interno e externo do controle dos atos administrativos. Internamente, o papel dos controles internos é essencial nas ações preliminares no combate a fraudes nas con-

tratações públicas, tendo nas controladorias a apuração de ilegalidades decorrentes dos atos do poder executivo. No controle externo, os tribunais de contas apuram a responsabilidade de todos agentes públicos envolvidos em desvios de conduta e de ilícitos que impactam diretamente os recursos públicos.

A presente produção tem por objetivo indicar a responsabilização dos agentes públicos por fraudes nas aquisições durante o período pandêmico da COVID-19

A metodologia utilizada foi a de revisão de literatura, de caráter descritivo e exploratório. Foram elencadas e analisadas as publicações acerca do tema, a fim de compreender a responsabilidade dos agentes públicos por fraudes durante a pandemia da Covid-19.

Para elaboração do presente estudo foi realizada consulta às indicações formuladas pelo Ministério da Economia, Ministério da Justiça, livros e artigos científicos e busca direcionada pelos descritores “Administração Pública. Desvios de verbas. Improbidade administrativa. Pandemia Corona vírus e penalidades ao agente público” que apontaram ocorrências na Scientific Electronic Library Online (SCIELO), Google Acadêmico, repositórios universitários, teses e dissertações.

A RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS POR FRAUDES NAS AQUISIÇÕES PÚBLICAS DURANTE A PANDEMIA (COVID-19)

A Administração Pública é o conjunto de órgãos, funções e agentes públicos que atuam para o funcionamento de todo o Estado, em termos federal, estadual e municipal. A estrutura da administração é formada pelos órgãos públicos, enquanto que, as funções são os deveres e responsabilidades que são atribuídos a pessoas físicas que prestam serviço para o Estado, sendo denominados como agentes públicos, que podem ser políticos, honoríficos, administrativos, credenciados e delegados.

A pandemia evidenciou nossas mazelas sociais, nossa incapacidade de lidar com questões sanitárias básicas necessárias para frear a propagação do vírus, a falta de perspectiva de mobilidade social, a ausência de investimentos e políticas públicas para valorização da educação, além da importância de um sistema único de saúde eficiente. Problemas graves que poderiam ser evitados com investimentos sérios que garantem a efetivação de direitos humanos.

Pandemia x recursos públicos

É dever do Estado garantir a todos uma qualidade de vida compatível com a dignidade da pessoa humana, assegurando a educação, os serviços de saúde, a alimentação, a habitação, o transporte, o saneamento básico, o suprimento energético, a drenagem, o trabalho remunerado, o lazer, as atividades econômicas e a acessibilidade, devendo as dotações orçamentárias contemplar preferencialmente tais atividades, segundo planos e programas de governo (BRASIL, 1988)

Dentre as medidas do governo federal para minimizar os efeitos do avanço do coronavírus no Brasil está a oferta de um auxílio emergencial no importe de R\$ 600,00 (seiscentos reais) mensais destinado ao trabalhador que cumpra os requisitos estipulados pelo Governo Federal.

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

O direito humano à alimentação adequada está contemplado no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. O direito humano à alimentação adequada está contemplado no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Nesse contexto, é fundamental destacar que o auxílio emergencial não pode ser visto como caridade do Estado para com o cidadão. Pelo contrário, o referido auxílio é a contrapartida do Estado em relação aos impostos pagos por todos aqueles que invariavelmente contribuem com o Estado através de impostos. Portanto, a instituição de uma ajuda financeira é o amparo legal do Estado para com aqueles que em momento de pandemia (como é o caso) precisam do Estado como arrimo para as suas necessidades mais latentes: moradia e alimentação (LA BRADBURY, 2020).

Em situações adversas como essas, há maior probabilidade de que recursos públicos sejam desviados e funcionários acometam atos administrativos capazes de lesar o dinheiro e o interesse público (AMÉRICO, 2021).

Administração pública

O principal e primordial objetivo da Administração Pública é a satisfação do interesse público, em atendimento às necessidades da sociedade, em âmbito municipal, estadual ou federal. Essas necessidades abrangem diversas áreas, como segurança, saúde, cultura, assistência social, lazer, educação, entre outros (BONAVIDES, 2006).

A Administração Pública também é denominada como máquina pública, no encargo de entidades e gestores públicos, que possuem o dever de administrar negócios e atividades públicos de forma correta, consciente e responsável. Estabelece-se então, os deveres e obrigações dessas entidades e agentes (ROCHA, 1994).

Quando os gestores públicos assumem a responsabilidade da administração dos serviços públicos, a sua atuação deve ser responsável, honesta, digna, íntegra, honrada, entre diversos outros atributos que devem ser atrelados as ações dos agentes. Espera-se da administração atitudes probas, com prerrogativas eficazes para o desenvolvimento de uma atuação eficiente (SOBRANE, 2010).

Conceito de agente público

Os órgãos de Administração Pública possuem três elementos importantes, a competência ou atribuição, que consiste na tarefa a ser cumprida; a repartição que representa o conjunto de meios, materiais voltados ao cumprimento da tarefa; e o agente, que consiste no indivíduo que atua no órgão, sendo este o objeto presente na elucidação do presente capítulo (FERNANDES, 2012).

Como assevera Figueiredo (2011), o conceito de agente público é bem mais amplo que o de funcionário público, pois nele estão incluídos, além dos funcionários públicos, os agentes

políticos e os particulares que atuam em colaboração com a Administração Pública, inclusive os contratados temporariamente.

Observa-se na doutrina que, agente público é um gênero que comporta várias espécies, dentre as espécies adotadas pela doutrina, como se percebe da lição de Di Pietro (2017), são espécies de agentes públicos: os agentes políticos, os servidores públicos, os militares e os particulares em colaboração com o poder público.

Meirelles (2016) afirma que os cargos “são apenas os lugares criados no órgão para serem providos por agentes que exercerão suas funções na forma legal”, e arremata com precisão ao afirmar que “órgão, função e cargo são criações abstratas da lei; agente é a pessoa humana, real, que infunde vida, vontade e ação a essas abstrações legais”.

A Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/02, tem um conceito abrangente de agente público e define como autores dos atos de improbidade o agente público e terceiros, a saber:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou conorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta (BRASIL, 2002).

Os agentes políticos ocupam cargos eletivos ou vitalícios, e integram os três poderes. Podem ser também considerados agentes políticos, os membros do Tribunal de Contas, do Ministério Público e os Magistrados, estes ocupando cargos vitalícios. São agentes políticos porque têm a possibilidade jurídica de ingressar na esfera jurídica de outros entes, impondo-lhes deveres ou criando-lhes direitos (OLIVEIRA, 2018).

Agentes honoríficos são cidadãos convocados, designados ou nomeados para a prestação transitória e, normalmente, sem remuneração, de serviços públicos relevantes, sem qualquer vínculo empregatício ou estatutário e geralmente sem remuneração. Os agentes honoríficos não são servidores públicos, mas exercem momentaneamente uma função pública, sujeitando-se à hierarquia e à disciplina do órgão a que estão servindo (MEIRELLES, 2016).

Ainda afirma Meirelles, que:

Os agentes públicos não são servidores públicos, mas momentaneamente exercem uma função pública e, enquanto a desempenham, sujeitam-se a hierarquia e disciplina do órgão a que estão servindo, podendo perceber um pro labore e contar o período de trabalho como de serviço público. Somente para fins penais é que esses agentes são equiparados a funcionários públicos quanto aos crimes relacionados com o exercício da função, nos expressos termos do art. 327 do CP (MEIRELLES, 2016, p. 82).

Na lição de Meirelles (2016), agentes delegados são particulares, pessoas físicas ou jurídicas, e que recebem a incumbência da execução de determinadas atividades, “obras ou serviços públicos e o realizam em seu próprio nome, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob permanente fiscalização do delegante”.

São exemplos de agentes delegados os concessionários e permissionários de obras e serviços públicos, os serventuários de ofícios ou cartórios não estatizados, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos, bem como as demais pessoas que recebem delegação para a

prática de alguma atividade estatal ou serviço de interesse público (MAZZA, 2019).

Outra espécie que vale a menção consiste nos agentes administrativos. São todos aqueles que se vinculam ao Estado por relações profissionais, sujeitos a hierarquia funcional e ao regime jurídico determinado pela entidade estatal a que servem. Não possuem poder político, desempenhando suas funções no plano administrativo, com maior ou menor autonomia, mas sempre sujeitos ao controle hierárquico (MEIRELLES, 2016).

São modalidades de agentes administrativos admitidos no art. 37 da CRFB/88: servidores públicos concursados (II); servidores públicos que exercem cargos ou empregos públicos em comissão (V); e servidores que foram contratados temporariamente para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX).

Di Pietro (2017) afirma que os servidores públicos que se submetem a regime estatutário, quando nomeados, ingressam numa situação jurídica que é estabelecida previamente, sobre a qual são submetidos através do ato da posse; não havendo, portanto, qualquer possibilidade de modificação dessas normas vigentes, ainda que a Administração concorde com tal ato, uma vez que essas normas são de ordem pública cogentes, não derogáveis pelas partes.

Para Meirelles (2016) empregados públicos “são todos os titulares de emprego público (não de cargo público) da Administração Direta e Indireta, sujeitos ao regime jurídico da CLT, daí serem chamados também de celetistas”. Pelo fato de não ocuparem cargos públicos, não podem adquirir a estabilidade prevista na CRFB/88 e, portanto são enquadrados no regime geral da previdência social.

A RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS POR FRAUDES NAS AQUISIÇÕES PÚBLICAS DURANTE A PANDEMIA (COVID-19)

Improbidade administrativa

A improbidade administrativa instituída no ordenamento jurídico por intermédio da Lei nº 8.429/92, conhecida como Lei da Improbidade Administrativa (ou pela denominação Lei do Colarinho Branco) traz um marco para a conduta do Estado, como figura democrática de Direito perante a sociedade no que diz respeito as suas atitudes para as prestações estatais.

Função do Estado, mediante ações de seus agentes públicos, é velar pelo bom funcionamento da Administração Pública, seja na forma direta ou indireta, pois desconsiderando a personalidade física, o agente público representa o Estado, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Segundo Bonavides (2014), no que diz respeito ao conceito positivado no ordenamento jurídico, um ato ímprobo, ou seja, a improbidade administrativa constitui todo e qualquer ato de agente público, sem distinção, sendo servidor público ou não, que atente contra a administração direta, pertencente aos poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, objetivando enriquecimento ilícito, dano aos bens públicos e/ou violação ao que prediz os princípios da Administração Pública.

Di Pietro esclarece melhor informando que

O ato de improbidade pode corresponder a um ato administrativo, a uma omissão, a uma conduta. Esse ato tem que ser praticado no exercício de função pública, considerada a expressão em seu sentido mais amplo, de modo que abranja as três funções do Estado; mesmo quando praticado por terceiro, que não se enquadre no conceito de agente público, o ato tem que ter algum reflexo sobre uma função pública exercida por agente público. Difícil conceber ato de improbidade praticado por terceiro que não esteja em relação de cumplicidade com agente público (DI PIETRO, 2014, p. 833).

O disposto no art. 37 da Carta Magna esclarece de forma límpida para os casos previstos pelo legislador para regradar a improbidade administrativa cometida contra a Administração Pública, informando as sanções que subsequente a esse tipo de atitude (BRASIL, 1988)

Responsabilidade do Estado

O contexto histórico da responsabilidade do Estado é regido pelo disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. (BRASIL, 1988)

E nisso, a maioria dos doutrinadores entendem que a regra da teoria objetiva, baseada na modalidade do risco administrativo. O que significa que pagamento da indenização não se faz necessária a comprovação de culpa ou dolo (ação objetiva) e que há exceções ao dever de indenizar (risco administrativo) (MAZZA, 2019)

Um dos pontos que podem ser destacados dentro da responsabilidade do Estado nas aquisições e contratações públicas, está na concessão de serviços públicos dispostos no art. 2º, III, da Lei n. 8.987/95, que define a delegação dos serviços por consórcios de empresas públicas. Esta norma evidencia que o concessionário de serviço público assume a prestação do serviço público “por sua conta e risco”.

Impactos gerados na população em decorrência de fraudes nas licitações públicas

Processos fraudulentos na escolha de fornecedores são comuns no Brasil, causando grande prejuízo ao erário público e à sociedade. Como evitar fraudes em licitações, portanto, é um desafio de diversos órgãos e empresas governamentais (MANASFI, 2019).

Fraudes em licitações são esquemas ilícitos ou de má fé criados para adulterar ou corromper o processo de competição para obtenção de benefício próprio ou a terceiros – pessoa, empresa ou grupo. Tal conduta lesa o órgão público licitante e a própria sociedade.

Quando um agente público e/ou empresa participante inibe a competição, não obedece ao princípio da igualdade entre os demais participantes, não dá a devida publicidade ao certame ou dispensa a licitação sem o devido amparo legal, estão incorrendo em ato de improbidade administrativa (o funcionário público) e maculando o processo licitatório (DELGADO, 2019)

Toda aquisição de material ou serviço destinada à Administração Pública, que vai de materiais básicos necessários para o funcionamento da Administração Pública, até projetos que visam a melhor infraestrutura dentro do país, deve ser adquirida por meio do processo licitatório.

A Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993, sancionada pelo presidente do Brasil na época,

Itamar Franco, surgiu para exemplificar, legislar sobre as licitações, que foi implantada pela Carta magna de 1988, que contempla em seu art. 37, XXI. Alguns anos após a Lei nº 8.666/1993, eis que surge uma nova modalidade de licitação, o chamado pregão, esta modalidade foi introduzida em nosso ordenamento jurídico através da Lei nº 10.520 de 17 de Julho de 2002.

Alguns exemplos de fraudes são comumente constatados em licitações de diversos tipos, como:

I) O superfaturamento de produtos e serviços para atender o pagamento da propina exigida pelo agente público e a ganância de fornecedores ou prestadores de serviços, que fizeram dessa prática ilegal uma ação usual e costumeira; II) A contratação de serviços fantasmas para a realização de obras, sequer iniciadas, ou para a prestação de serviços, jamais realizados; III) A combinação prévia de valores que garantam aos licitantes inúmeras vantagens indevidas, possibilitando ao vencedor do certame, além de um ganho absurdamente alto, a possibilidade de distribuir “gratificações” aos demais participantes da licitação, com o dinheiro público, ilegalmente recebido; IV) A “preferência” explícita de alguns agentes públicos que, descumprindo totalmente as normas vigentes e até mesmo o edital ao qual acha-se vinculado, beneficia determinada empresa, declarando-a vencedora, independentemente dos evidentes prejuízos causados ao erário público e à toda comunidade; V) As absurdas exigências registradas no edital que, indiscutivelmente, direcionam a licitação para uma determinada empresa, considerando-se algumas peculiaridades que só uma licitante tem condições de atender; VI) As ameaças físicas de algumas licitantes que, de forma costumeira e inconsequente, impedem que outras empresas idôneas participem de determinados processos licitatórios, garantindo um fornecimento de produtos e serviços permanentes, sem concorrência, em toda a região onde costumam atuar (DELGADO, 2019, p. 45).

Portanto, o Estado responde objetivamente pelos danos causados por seus agentes, que no exercício de suas funções, provocam danos a terceiros. E para a responsabilidade configurar-se como objetiva, necessário estar calcada no estabelecido no art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, configurando dessa maneira, que o Estado tem obrigações perante seus administrados (BRASIL, 1988).

Mecanismos legais de responsabilização dos agentes públicos: Lei 8429/92

A proteção da moralidade administrativa ergue-se como um relevante tema a ser estudado quando abordamos a temática da gestão pública. A imposição jurídica da atuação proba por parte dos agentes públicos alicerça a própria ideia de Estado Democrático de Direito, onde o interesse público se sobrepõem aos interesses privados e se privilegia a atuação escorreita em detrimento a práticas inidôneas.

Nesse sentido, a análise da Lei 8.429/1992 constitui o objeto de pesquisa do nosso trabalho, sobretudo por ser o diploma legal que tutela a moralidade administrativa no Brasil, disciplinando as disposições constitucionais, tipificando condutas e cominando sanções.

A abordagem que leva à responsabilização dos agentes públicos na Lei de Improbidade Administrativa – LIA –, 8.429/92, destacando os seus pontos controvertidos e aspectos jurisprudenciais por meio de uma acepção eminentemente jurídica do tema; em uma segunda análise abordaremos os impactos dos atos de corrupção na prestação dos serviços públicos no Brasil e o comprometimento da eficiência pública.

A LIA traz aspectos cíveis de responsabilização do servidor, que serão analisados ao longo desse trabalho, contudo alguns aspectos propedêuticos merecem ser considerados.

A Lei de Improbidade quanto da sua elaboração apresentou um vício no processo le-

gislativo, por esse motivo sua constitucionalidade foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal na ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2182), isso porque, durante a tramitação o projeto de lei foi emendado no Senado Federal, casa revisora, com isso o projeto deveria voltar à Câmara dos Deputados, casa iniciadora, para deliberar sobre o novo texto, todavia a Câmara aprovou um terceiro texto diferente do remetido pelo Senado.

Analisando toda essa conjuntura, o STF alinhou-se a tese da constitucionalidade da lei por entender que a nova versão abrangia o texto aprovado no Senado.

Para os atos que violem princípios da administração a LIA traz as seguintes punições: ressarcimento integral do dano; perda da função; suspensão dos direitos políticos por 3 a 5 anos, multa de até cem vezes a remuneração mensal, proibição de receber benefícios fiscais e creditícios por 3 anos. Merece destaque a posição de Rafael Carvalho, na seguinte linha de pensamento:

Restará configurada a improbidade administrativa na hipótese de violação a todo e qualquer princípio, expresso ou implícito, aplicável à Administração Pública. Trata-se do reconhecimento do princípio da juridicidade, que impõe a obediência, por parte do administrador público, não apenas das regras formais (legalidade), mas, também, de todos os princípios reconhecidos pela comunidade jurídica.

DAS FRAUDES APURADAS NA COMPRA E CONTRATAÇÃO POR DISPENSA DE LICITAÇÃO DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

Foi apresentado no Senado o PL 2846/2020, projeto de lei, de autoria do senador Zequinha Marinho (PSC-PA), que visa a tipificar os crimes de peculato qualificado e de hipótese qualificada do crime de fraude em licitação ou contrato administrativo, quando a conduta recair sobre bens, valores ou mercadorias destinadas ao combate de epidemias, bem como tornar as referidas condutas crimes hediondos.

Caso 1

Em quase um ano e meio de pandemia, não foram poucos os casos de corrupção na área da saúde. Em geral, são desvios de dinheiro que deveriam ser destinados ao combate à Covid-19. Ou seja, não foi só o coronavírus que matou nesse período (UOL, 2020).

A operação “Placebo”, no Rio de Janeiro, foi uma das primeiras a investigar um esquema de corrupção durante a pandemia no Brasil, já em maio de 2020, e é até hoje a maior. Prova disso é que ela derrubou o agora ex-governador Wilson Witzel, que sofreu um impeachment por causa das denúncias (UOL, 2020).

O esquema envolve o Instituto de Atenção Básica e Avançada à Saúde, uma organização social contratada para a instalação de hospitais de campanha, e sua relação com servidores da cúpula da gestão do sistema de saúde do estado do Rio de Janeiro.

Entre as irregularidades estão orçamentos fraudados para serviços de montagem e desmontagem de tendas, instalação de caixas d’água, geradores de energia e piso para os hospitais de campanha.

Caso 2

Outro caso que gerou muita repercussão foi a operação “SOS”, que investigou contratos de R\$ 500 milhões no Pará e no interior de São Paulo. Ao todo, mais de 64 pessoas foram presas (TERRA, 2021)

O esquema envolvia mais uma vez hospitais de campanha. Entre os crimes cometidos estão fraudes em licitações, falsidade ideológica, peculato, corrupção passiva e ativa, lavagem de dinheiro e organização criminosa.

Nesse caso, o grupo envolvido nas denúncias já atuava antes mesmo da pandemia. Segundo a Polícia Federal, eles já eram investigados desde agosto de 2019.

Caso 3

A operação “Entre Amigos” foi centrada em uma organização social responsável pela gestão de um hospital de campanha em Divinópolis, em Minas Gerais. Os desvios em contratos também chegam à casa dos R\$ 100 milhões (GAZETA DO POVO, 2021).

Segundo a Controladoria Geral da União, havia indícios de superfaturamento, além de suspeita de favorecimento da Secretaria Municipal no processo de qualificação da organização responsável. Quatro pessoas foram presas temporariamente.

A eficiência do Estado na aplicação das sanções aos agentes da improbidade depende da sua instrumentalização, que não é dada apenas por meio direito, mas, também da capacitação dos que atuam no meio jurídico, pressupondo sua obediência incondicional à principiologia inserta na CF, para que seja mantida a ordem pública e suas instituições (OSÓRIO, 2010).

Consequências jurídicas quando da confirmação do ato de improbidade

Vale lembrar que a sanção é o corolário do descumprimento da norma jurídica, e é prevista como reação à prática que agressora o bem jurídico tutelado, e pode ser imposta como consequência jurídica à desobediência (por omissão ou comissão) ao ordenamento jurídico, sendo que sua imposição vai exigir precedência que deverá ser articulada contra a prática de ato de improbidade administrativa (OSÓRIO, 2010).

Martins Junior (2017), ao se referir às sanções civis, político-administrativas ou penais perante a improbidade administrativa, esclarece que a atribuição é da União em caráter privativo, de acordo com o que está disposto no art. 22, I, da Constituição de 1988.

Aqui vale lembrar que a Lei 8.429/92 (BRASIL, 1992) dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública na administração pública direta, indireta ou fundacional, regulamentando o art. 37, § 4º, da CF, e disciplinando os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário e os que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Os sujeitos da Improbidade Administrativa, já que ao caracterizar seus atos, poderão ser definidos seus agentes e ativos ou passivos, considerando ser característica o potencial lesivo, haja vista sua reverberação sobre a vida da sociedade, devido ao mau exemplo e ao descrédito que insinua sobre a classe agredindo os princípios basilares da ordem jurídica-constitucional.

De acordo com a Constituição Federal em seu art. 37, os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (BRASIL, 1988).

Seja por má gestão pública ou por desonestidade, o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, estão articulados em consonância com a Lei 8.429/92 (BRASIL, 1992) e com o art. 37, da CF (BRASIL, 1988) destacando as proibições e sanções, dirigidas aos que cometem atos de improbidade administrativa, considerando sempre a relação entre as normativas e o Código Geral de Conduta dos agentes públicos brasileiros.

A perda ou suspensão dos direitos políticos é uma sanção política, e é imposta como consequência grave, que a CF permite apenas em situações muito específicas.

A perda da função pública é outra penalidade. Essa sanção tem natureza político-administrativa, e está prevista na lei de Improbidade, e consiste na ruptura ou cessação obrigatória do vínculo jurídico do agente público envolvido com o órgão ou entidade pública ao qual estava ligado. Tal sanção será aplicada pelo juízo cível e, assim como nos casos de suspensão, passará a vigorar depois de da decisão judicial ter transitado em julgado, de acordo com a Lei.

A Multa Civil tem natureza punitiva e não indenizatória, e será imposta dentro dos limites da Lei, com o objetivo de abater a prática dos atos de improbidade administrativa, por meio de forte repressão sobre o patrimônio do agente infrator (CARVALHO, 2017).

A Multa Civil deverá ser ajustada de acordo com a situação patrimonial do apenado e poderá ser cominada para as três modalidades de ato ímprobo, com diferentes graduações, representando dois aspectos diferenciados quanto à sua aplicação, a saber: a inflexibilidade quanto ao seu limite e a proporcionalidade entre a sanção e a conduta, com devida justificação para o valor fixado (CARVALHO, 2017).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei de Improbidade Administrativa é uma evolução em direção à tutela dos interesses públicos que devem ser e estar representados pela Administração Pública e veio para inserir valorosos conceitos para essa proteção e tem contribuído para a manutenção da probidade pública, representando importante instrumento para proteção e defesa do patrimônio público, destacando-se em decisões dos tribunais.

Dentre os instrumentos de proteção do interesse público, a lei de improbidade tem se destacado justamente por seu viés administrativo, no processamento e julgamento dos agentes públicos, sendo capaz de tutelar o ordenamento jurídico brasileiro no que tange ao posicionamento de defesa do bem público, aplicando sanções cabíveis para os atos de improbidade administrativa, que para além da penalização amplia a responsabilização do agente exigindo-lhe a reparação do dano causado, sujeitando, inclusive os particulares a ele associados.

Pode-se concluir que houve um avanço na punição da imoralidade administrativa com a regulamentação do previsto na Constituição Federal, pois, prevê sanções de natureza administrativa, política e civil, ao par da responsabilidade penal. Sendo que ao aplicá-las, tem como

consequência assegurar da melhor forma possível a proteção integral do interesse público, independentemente do interesse do Estado, sendo que em uma ação de improbidade, pode-se aplicar sanções políticas e administrativas, obtendo ainda a reparação civil, em prol de todo coletivo e não apenas da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

AMÉRICO, João Almeida de. CGU estima prejuízo de R\$ 126 milhões em desvios de verbas da pandemia. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/governo/cgu-estima-prejuizo-de-r-126-milhoes-em-desvios-de-verbas-da-pandemia/>> Acesso em 27 de mar. 2022.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 de fev. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Lei Federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília: DOU de 3.6.1992.

CARVALHO, Paulo Paulwok Maia de. As sanções por Improbidade Administrativa. Jusnavigandi. 07/2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58977/as-sancoes-por-improbidade-administrativa/1>>; Acesso em 09 de abr. 2022.

DI PIETRO, M. S. Z. Direito Administrativo. 30. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

DELGADO, Rafael. A. Fraudes em processos de licitação. Disponível em: <<https://facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2017-06-14-14974728446976.pdf>> Acesso em 28 de mar. 2022.

FERNANDES, Flávio Sátiro. Improbidade Administrativa. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 34 n. 136 out./dez. 2012. p. 101-108.

GARCIA, Emerson. In: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEAL, R. G.; RITT, C. F. A Judicialização da Saúde e as Práticas Corruptivas. Revista Colóquio de Ética, Filosofia Política e Direito. Editora da Universidade de Santa Cruz do Sul, ISSN 2447- 4614. Santa Cruz do Sul: Rio Grande do Sul. 2015.

LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. Requisitos para Auxílio Emergencial. Disponível em: <<https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/832648369/requisitos-para-auxilio-emergencial>> 11 de Abr. 2021.

MANASFI, Jamil. Uma análise dos crimes de licitação e de suas penas conforme seção III da Lei Nº 8.666/93. Disponível em: <<https://admjamil.jusbrasil.com.br/artigos/259417931/uma-analise-dos-crimes-de-licitacao-e-de-suas-penas-conforme-secao-iii-da-lei-n-8666-93>> Acesso em 26 de mar. 2022.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Sanções por Ato de Improbidade Administrativa. Enciclopédia Jurídica da PUC/SP. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017. Disponível

em:< <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/29/edicao-1/sancoes-por-ato-de-improbidade-administrat...>; Acesso em 23 jun. 2019.

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MEIRELLES, H. L. Direito Administrativo Brasileiro. 42 ed. atual. por AZEVEDO, Eurico de Andrade *et alii*. São Paulo: Malheiros, 2016.

OLIVEIRA, Cristóvão Eder Maia de. Considerações acerca da classificação legal dos atos de Improbidade Administrativa. Revista Jurídica UNIFACS. Out. 2001. Salvador: 2001. Disponível em: < https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_outubro2001/corpodiscente/posgraduacao/conside...> Acesso em 12 de abr. 2022.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SOBRANE, Sérgio Turra. Improbidade Administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada. São Paulo: Atlas, 2010.

SOUZA, M. T. *et al.* Revisão integrativa: o que é e como fazer. Revista Einstein. v. 8, p.102-106, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/eins/v8n1/pt_1679-4508-eins-8-1-0102.pdf.> Acesso em: 10 de mar. 2022.

TAVARES, Lígia Arminda. Coronavírus. Auxílio emergencial lei n° 13.982/2020. Disponível em: <http://www.econeteditora.com.br/boletim_trabalhista_previdenciario/trab-20/bol08/08_coronavirus_auxilio_emergencial.php#:~:text=O%20valor%20do%20aux%C3%ADlio%20emergencial,n%C2%B0%2013.982%2F2020.>)>. Acesso em 10 de Abr. 2022.

10

Abandono afetivo inverso: uma abordagem frente ao abandono do idoso

Eriksson Soares Rodrigues

Gustavo Henrique Araujo

Samantha Lau Ferreira Almeida Faiola

Orientadora:

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.10

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar o abandono afetivo inverso para com os idosos. O envelhecimento configura-se como um processo que ocorre na vida de todo ser humano, e é nessa fase da vida, ou seja, na velhice que as perdas físicas e afetivas são sentidas com maior intensidade e a sensibilidade pode ficar mais aflorada, o que acaba por demandar maiores cuidados, especialmente por parte dos filhos. Contudo, tal afeto nem sempre ocorre, configurando assim o abandono afetivo inverso. Neste contexto, os princípios no direito de família reforçam um pouco mais o dever de cuidado com os idosos, como forma de amparar os seus direitos. Considerando o dever de cuidados dos filhos para com seus pais idosos, muitas vezes encontra-se idosos frente ao abandono afetivo inverso, é onde o poder judiciário é acionado para reaver a responsabilidade civil, para fazer valer os direitos dos idosos.

Palavras-chave: idosos. abandono afetivo inverso. responsabilidade civil.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the inverse affective abandonment towards the elderly. Aging is configured as a process that occurs in the life of every human being, and it is at this stage of life, that is, in old age, that physical and affective losses are felt with greater intensity and sensitivity can be more touched, which ends up demanding greater care, especially on the part of the children. However, such affection does not always occur, thus configuring the reverse affective abandonment. In this context, the principles of family law reinforce a little more the duty of care for the elderly, as a way of supporting their rights. Considering the duty of care of children towards their elderly parents, elderly people are often faced with inverse affective abandonment, it is where the judiciary is called to recover civil liability, to enforce the rights of the elderly.

Keywords: seniors. inverse affective abandonment. civil responsibility.

INTRODUÇÃO

O envelhecimento da população é um fenômeno global que se deve principalmente ao declínio nas taxas de mortalidade, fertilidade e aos avanços tecnológicos e industriais. Frente a isso, o envelhecimento pode ser compreendido como uma fase de alterações biológicas normais, porém irreversíveis, que acontecem no decorrer da vida de todos os indivíduos. O processo de envelhecimento é complexo, pois envolve fatores genéticos, ambientais e de estilo de vida. O envelhecimento é acelerado para os que passam da idade de 65 anos, com alterações relevantes na qualidade de vida.

O acréscimo de anos à expectativa de vida, o qual pode ser visto como progresso para a sociedade, foi rejeitado por grande parte da mesma, sobretudo pela própria família, trazendo assim novos desafios, os quais afetam diretamente os rumos de uma determinada sociedade, em todos os seus âmbitos. Entre esses desafios, destaca-se os referentes a falta de cuidado dos filhos em relação aos pais na velhice, o que configura uma situação de abandono afetivo inverso. Isso ocorre porque à medida que as pessoas idosas estão vivendo mais tempo elas acabam por

demandar do apoio de seus familiares, assim como da sociedade para garantir a qualidade de vida e o bem-estar na terceira idade. Contudo, tal amparo nem sempre é ofertado, e assim, o abandono afetivo inverso configura-se como um verdadeiro problema social que afeta diversos idosos.

Para tanto, considerando esse cenário, o ordenamento jurídico brasileiro buscou meios para subsidiar os direitos referentes à pessoa idosa, a princípio por meio de textos constitucionais e, por conseguinte, de forma mais específica, por meio da edição da Lei 10.741/2003, conhecida como o Estatuto do Idoso.

Ante ao exposto, o presente estudo tem como tema principal o abandono afetivo inverso em relação aos idosos. Neste sentido, o tema a ser debatido tem relação com a importância do cuidado prestado pela família para com as pessoas idosas. Assim, constitui-se como problema deste estudo: quais as razões que levam as famílias ao abandono afetivo inverso?

Dentro desse contexto, tem-se os cuidados da família com os idosos que é previsto nos dispositivos legais, contudo, em decorrência dos desafios em amparar os idosos, a família opta por abandonar os mesmos. Sendo assim, analisar sobre a prática do abandono afetivo inverso tem um papel importante.

O IDOSO ENQUANTO CONSTRUÇÃO SOCIAL

O envelhecimento como processo natural da vida se deve a mudanças graduais na atividade metabólica dos órgãos e incapacidade na capacidade de regeneração das células. Em todo o mundo, a expectativa de vida média das pessoas tem aumentado. Vários fatores, incluindo hereditariedade, estilo de vida e alimentação saudável, evitar fumar e praticar atividades físicas podem afetar a longevidade da vida (FELIPE e SOUZA, 2015). Além disso, observa-se o desenvolvimento tecnológico e científico como umas das principais causas do aumento da expectativa de vida, tendo em vista as diversas vantagens adquiridas após a Revolução Industrial, como, trabalhos mais leves, comparado as idades antigas e médias, criação de medicamentos, possibilitando uma rápida reabilitação, redução da pobreza etc.

Assim, o envelhecimento, no entanto, não pode deixar de ser encarado como um processo que ocorre na vida de todo ser humano, e é nessa fase da vida, ou seja, na velhice que as perdas físicas e afetivas são sentidas com maior intensidade e a sensibilidade pode ficar mais aflorada.

As pessoas costumam se perguntar se o que estão experimentando à medida que envelhecem é normal ou anormal. Embora as pessoas envelheçam de maneira um pouco diferente, algumas mudanças resultam de processos internos, ou seja, do próprio envelhecimento. Assim, tais alterações, embora indesejadas, são consideradas normais e às vezes são chamadas de puro envelhecimento. Essas mudanças ocorrem em todos que vivem o suficiente, e essa universalidade faz parte da definição de envelhecimento puro. Eles são esperados e geralmente inevitáveis (FELIPE e SOUZA, 2015).

Dessa forma, o envelhecimento é compreendido como um processo gradual e contínuo de mudança natural que começa no início da idade adulta. Durante o início da meia-idade, muitas funções corporais começam a declinar gradualmente.

Logo, apesar do envelhecimento ser um processo biológico, o que significa ser jovem ou velho é socialmente construída. Portanto, não há significado cultural inerente ao processo biológico de envelhecimento. Em vez disso, as culturas impregnam a juventude e a idade de significados. O envelhecimento é percebido de forma diferenciada em todo o mundo, demonstrando sua construção social. Ante ao exposto, tem-se então que a construção social do envelhecimento acarreta a criação de normas e símbolos sociais que abrangem o processo de envelhecimento.

O idoso na realidade brasileira

Ao contrário da crença geral, a principal característica demográfica de uma população em envelhecimento não é o prolongamento da expectativa de vida de seus indivíduos, mas a diminuição da fertilidade de seus indivíduos. O número de pessoas com 60 anos ou mais é amplamente determinado pelo número de nascimentos 60 a 80 anos antes da data estimada e a taxa de sobrevivência entre o nascimento e esta idade avançada. Devido ao aumento geral do número de nascimentos, nos últimos anos, e das taxas de sobrevivência na maioria dos países, o número de idosos tem aumentado rapidamente (MIRANDA *et al.*, 2016, FENG, 2018).

Neste sentido, pessoas em todo o mundo estão vivendo mais. Em 2050, a população mundial com 60 anos ou mais deve totalizar 2 bilhões, contra 900 milhões em 2015. Em 2018, 125 milhões de pessoas possuíam 80 anos ou mais. Em 2050, haverá quase esse número (120 milhões) vivendo somente na China e 434 milhões de pessoas nesta faixa etária em todo o mundo. Em 2050, 80% de todas as pessoas idosas viverão em países de renda baixa e média (WHO, 2018). Logo, ritmo de envelhecimento da população em todo o mundo também está aumentando dramaticamente

Durante algum tempo, o Brasil foi considerado um país jovem, porém, devido às mudanças demográficas do último século, a população evoluiu e cresceu, sofrendo variações nos níveis de mortalidade e fecundidade, o que levou o país a um envelhecimento populacional. O envelhecimento de um país é considerado maior quando a população com menos de sessenta anos diminui e a população idosa se mantém estável.

Nas últimas décadas, a expectativa de vida da população brasileira teve um ganho de dois anos e seis meses, ao passar de 66 em 1991 para 68,6 em 2000. Segundo o IBGE, no censo demográfico de 2000, do total de 169.799.170 de habitantes no Brasil, 14.536.029 eram idosos, o que correspondia a um percentual de 8,5% (IBGE, 2021).

Neste sentido, o rápido envelhecimento da população no Brasil aumenta a pressão para que os governos busquem alternativas para redução da pobreza. É necessário incentivo ao empreendedorismo e a liberdade econômica, redução drástica dos impostos e atrair capital estrangeiro para o país. Vale ressaltar, a importância dos programas sociais como a previdência social, entretanto o que torna uma nação rica e desenvolvida é a criação de riqueza, para que cada vez mais as pessoas dependam exclusivamente do governo.

O idoso no direito brasileiro

A partir dos anos 70, o Brasil implementou um conjunto de salvaguardas legais para proteger os direitos dos idosos como parte de seu esforço mais amplo para buscar a inclusão social. Sendo assim, o movimento inicial por uma política nacional para a população idosa remonta do

início na década de 1970, quando o país ainda vivia sob a ditadura militar, em um esforço conjunto de organizações não governamentais, profissionais e voluntários que trabalham com a terceira idade (PNAS, 2004, RIVA, 2013).

Em 1976, a primeira Política Social para Idosos propôs o engajamento das comunidades para ajudar os idosos a ficar com suas famílias e uma revisão dos critérios para o licenciamento de novas instituições de longa permanência para idosos. A política também previa a criação de serviços médicos especializados para idosos, a revisão do sistema de seguridade social e dos programas de preparação para a aposentadoria, a capacitação profissional para o atendimento a idosos e a coleta sistemática de dados sobre a população idosa do país (RIVA, 2013, DANIEL *et al.*, 2015).

Ante a esse contexto, Daniel *et al.*, (2015, p. 296) frisam que: “o envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção, um direito social, sendo obrigação do Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade”.

Dessa forma, no Brasil, envelhecer com dignidade é considerado um direito humano fundamental, protegido e promovido sob os princípios de um Estado Social de Direitos Democráticos. Com o restabelecimento da democracia, o envelhecimento passou a fazer parte do debate político e foi incluído na Constituição de 1988. Neste sentido, a Constituição Federal de 1988, por meio do seu artigo 230 afirma que:

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos (BRASIL, 1988, s.p).

Além do amparo pela Constituição, existem outros dois grandes instrumentos jurídicos que instituem e protegem os direitos da pessoa idosa no país, sendo estes a Política Nacional do Idoso e o Estatuto da Pessoa Idosa.

Quanto a Política Nacional do Idoso - PNI, criada em 1994, a mesma relaciona um conjunto de ações a serem implementadas pelos governos para assegurar aos idosos os direitos sociais, a autonomia, a integração e a efetiva participação na sociedade. A participação da terceira idade no planejamento, implementação e avaliação de políticas, planos e programas é uma das diretrizes da Política Nacional do Idoso (BRASIL, 1994).

Assim, a Política Nacional do Idoso aponta os rumos de um país onde as pessoas possam envelhecer bem, com maior autonomia, melhor saúde, engajamento social, participação no mercado de trabalho e qualidade de vida

Quanto ao Estatuto do Idoso, sua publicação deu-se em 2003 e desde então o mesmo tem sido considerado não apenas um importante instrumento de aplicação de políticas, mas também uma forma inovadora de promover os direitos dos idosos (BRASIL, 2003).

De acordo com o Estatuto do Idoso, artigo 3º:

É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (BRASIL, 2003, s.p).

Destaca-se que existem ainda outros instrumentos jurídicos inerentes aos direitos dos idosos, sendo estes o Código Civil de 2002 e o Código Penal de 1940. No que se refere ao Código Civil vigente, o mesmo busca assegurar os direitos dos idosos, estabelecendo para tantas garantias básicas, tais como as descritas no artigo 1.641, inciso II que considera obrigatório o regime da separação de bens para o casamento de maiores de setenta anos, como forma de resguardar o patrimônio do idoso e de sua família, e nos artigos 1.695 e 1.696 que dispõe sobre o dever mútuo de assistência entre pais e filhos, garantindo ao idoso o pedido de pensão alimentícia quando o mesmo não tiver condições de prover sozinho sua subsistência (BRASIL, 2002, RIVA, 2013).

Quanto ao Código Penal de 1940, o mesmo estabelece amparo aos idosos em diversos artigos, tal como no artigo 65, inciso I, que prevê a redução da pena quando o agente é for maior de setenta anos na data da sentença e no artigo 77, inciso III, parágrafo 2, que também determina que essa idade delimita a suspensão da pena. Tem-se, ainda, o artigo 115 que contempla a maior idade em relação a determinação no mesmo sentido do inciso I do artigo 65, quando são atenuadas pela metade os prazos prescritos (BRASIL, 1940, RIVA, 2013).

Ressalva-se ainda o § 3º do artigo 140 referente ao crime de Injúria, que teve sua redação alterada pelo Estatuto do Idoso, o qual passa a prever a aplicação de pena de reclusão de um a três anos e multa quando plausível no emprego de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência (BRASIL, 1940, RIVA, 2013).

Sendo assim, as pessoas idosas, além de possuírem direitos reconhecidos pela Constituição Brasileira, têm também o direito de receber da sociedade o respeito que merecem e sua devida valorização. Contudo, tendo em vista que o Brasil está envelhecendo em ritmo acelerado, enquanto as políticas e legislações para atender às necessidades e direitos dos idosos ainda estão subdesenvolvidas, tem-se que apesar do engajamento de importantes atores no desenvolvimento dos referidos instrumentos jurídicos, sua implementação tem sido prejudicada pela falta de vontade política, dotação orçamentária e coordenação e liderança governamental, especialmente no que se refere a Política Nacional do Idoso.

Ante a isso, embora a Constituição bem como os demais dispositivos jurídicos citados estabeleçam uma responsabilidade compartilhada pelo bem-estar dos idosos entre as famílias, a sociedade e o Estado, as famílias tem assumido a maior parte do ônus em decorrência das expectativas da sociedade e da falta de políticas e apoio de cuidado de longo prazo (KANG e JUNG, 2020). Porém, nem sempre a família tem condições ou até mesmo vontade para assumir tal ônus, violando assim o princípio da função social da família para com o idoso, a qual deve amparar o mesmo diante de suas dificuldades físicas, mas principalmente morais e psicológicas (MOURA e VERAS, 2017).

Acerca dessa situação Moura e Veras (2017, 23) destaca que: “os filhos, enquanto filhos, sempre terão o dever ético com os seus pais. Tendo o dever de convivência, dedicando um pouco do seu tempo para se dedicar a seus pais, de ouvir com interesse de quem se propõe a argumentar para mostrar a realidade e o dever de assistir quando os pais idosos precisam de

carinho”.

Neste contexto, os princípios no direito de família reforçam um pouco mais o dever de cuidado com os idosos, visto que direito de família se sente os reflexos da Constituição Federal de 1988. Isso ocorre porque a mesma trouxe mudanças no conceito existente de família trazendo modificações ao ordenamento jurídico e social, em decorrência da inclusão do Princípio da dignidade da pessoa humana (LÔBO, 2008).

Sendo assim, a família agora é instituída pelo afeto e a busca constante pela felicidade existindo a demonstração de solidariedade, fraternidade, amor compartilhado entre os membros. Porém, tal afeto nem sempre ocorre, por parte dos filhos para com os genitores.

O ABANDONO AFETIVO INVERSO FACE AO IDOSO

O envelhecimento populacional e o abandono afetivo em relação aos idosos aconteceram com expressivo aumento nos últimos tempos, deste modo a sociedade passou a apreciar de forma mais cuidadosa a condição dos idosos no Brasil. Com isso, o cuidado passou a ter importância jurídica nos Tribunais, fazendo-se presente nas relações domésticas e estar ligado ao respeito, à atenção, à tolerância, à compreensão, à reciprocidade, ao afeto, à solidariedade e à proteção em relação ao idoso.

Em relação ao princípio do cuidado, Felipe e Souza afirmam que “nos estudos históricos e filosóficos, o cuidado se traduziu, inicialmente, pela palavra latina cura, significado atenção, cuidado e interesse” (2015, p. 58). Portanto, compete aos seus familiares oferecer e abrigar estes componentes inerentes à vida íntegra da pessoa idosa, visto que, neste momento da vida, o idosos se deparam a dependência familiar, solicitando atenção e auxílio das pessoas que fazem parte do seu convívio.

Faz-se necessário pontuar que a legislação deixa evidente a responsabilidade mútua entre pais e filhos, ou seja, os pais são responsáveis em ajudar seus filhos e, na velhice, os filhos são responsáveis pelo seus pais. A Constituição Federal, no art. 229, afirma que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (BRASIL, 1988, s.p).

Assim, a necessidade de zelar está constituído por lei e é abordado como uma obrigação e não mera faculdade, conforme o disposto no artigo 3º da Lei nº 10.741/03 que afirma que:

É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 2003, s.p).

Acontece que os pais dedicam suas vidas aos filhos e acreditam, na velhice, uma recompensa destes, para que possam tratar sua velhice dignamente. Contudo, o valor e a consideração esperada não são restituídos, pois os valores de hoje estão contrários, aparecendo a percepção de cuidar dos pais como um “fardo”, tendo como consequência a frequência de idosos deixados e abandonados não só pelos filhos, mas também pela família e pelo Estado.

Perante a violação do dever de cuidado dos filhos com os pais, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu, através do voto da Ministra Nancy Andrighi, que “o cuidado como valor jurí-

dico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88” (BRASIL, STJ, 2012).

Os Tribunais de Justiça, principalmente o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, evidenciam a solidariedade familiar e o valor jurídico do dever de cuidado dos filhos diante de seus pais idosos. Em uma deliberação, além de observar a relevância dos cuidados, apurados no art. 229 da CF/88, decidiu-se que, na ausência de cuidados com a genitora idosa, haveria probabilidade de penalização através de pagamento pecuniária mediante multa. *In verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de Obrigação de fazer. Tutela antecipada para determinar à requerida a cuidar de seus pais através de sistema de revezamento ou, alternativamente, para que contrate profissional substituí-la. Cuidado dos pais é dever legal dos filhos incorporado pelo ordenamento jurídico pelo art. 229 da Constituição Federal. Possibilidade jurídica do pedido vislumbrada. Pais que possuem mais de 80 anos e apresentam quadro de demência. Presença dos requisitos autorizadores da antecipação de tutela. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO (TJ-SP - AI: 20646385220168260000 SP 20064638-52.2016.8.26.0000, Relator: Beretta da Silveira, Data de julgamento: 02/09/2016, 3 Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/09/2016).

Perante essa deliberação é importante salientar o fortalecimento do princípio da solidariedade familiar, uma vez que as filhas do idoso teriam que se revezar nos cuidados da mãe idosa.

Deste modo, nos resta evidente que a proteção do idoso ganhou uma irrefutável relevância jurídica, além de comprovar que o dever de cuidar por parte dos filhos em relação a seus genitores não se trata de uma obrigação sentimental, mas sim de um vínculo legal. Embora não se possa forçar o filho a amar o seu pai e/ou sua mãe, a valoração jurídica do princípio do cuidado colaborou para determinar responsabilidade, atenção e cuidados dos filhos perante os idosos, visto que os filhos têm obrigação legal e moral de cuidar dos pais na velhice. Assim exposto, ressalta a Ministra Nancy Andrichi que “amar é faculdade, cuidar é dever” (BRASIL, STJ, 2012). Nesse contexto, Formiga *et al.*, (2017, 34) mencionam que: “o descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave que precisa merecer severa atuação do poder judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível mais a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença”.

Portanto, em vista da desmoralização e da falta desse dever de cuidado no vínculo filial-paternal é que se procura a responsabilização civil. Essa responsabilização tem atitude punitivo, compensatório e educativo, dando a chance do idoso ser indenizado por danos injustos, que lhe afligiram sofrimento.

Em consequência do aumento da população idosa e da circunstância de discriminação social em razão da idade, tornou-se desfavorável a vivência dos idosos, se comparado ao restante da população, na sociedade. Esta discriminação está presente na falta de respeito e de consideração aos idosos, uma vez que, em muitos casos, estes são isolados da sociedade e da família, pois por sua vulnerabilidade acabam sendo vistos como incapazes e, por diversas vezes, sendo vítimas de violência e maus tratos (FENG, 2018).

Devido a essa diversidade, os idosos vêm encarando problemas na esfera jurídica, o que tornou imprescindível a criação de uma lei específica para atender às pessoas hipossuficientes

em razão da idade. Assim, Feng (2018) destaca:

A construção da cidadania do idoso é fundamental para o desenvolvimento de um país mais justo. A ética [...] tem que agregar o princípio do respeito à autonomia dos que envelhecem. A sociedade deve mudar seu comportamento em relação ao idoso, pois só uma sociedade consciente dos direitos daqueles que envelhecem será capaz de mobilizar o Estado para regulamentar e garantir o espaço social reservado aos envelhescentes (FENG, 2018, p. 58).

O Estatuto do Idoso, Lei Federal nº 10.741/2003, tem a intenção de resguardar o princípio da decência humana, concretizar situações que não estavam previstas nas normas infra-constitucionais, especificar os direitos e as garantias e, ainda, definir normas de políticas públicas e serviços direcionados à pessoa idosa.

Segundo Miranda *et al.*, (2016, p. 84) “esse Estatuto constitui um marco legal para a consciência idosa do país; a partir dele, os idosos poderão exigir a proteção aos seus direitos, e os demais membros da sociedade tornar-se-ão mais sensibilizados para o amparo dessas pessoas”.

No tocante aos direitos fundamentais do idoso, o Estatuto do Idoso dispõe sobre as garantias mínimas para uma boa velhice. Segue um rol de alguns desses direitos e garantias:

- a) O artigo 2º assegura “todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”;
- b) O art. 3º aborda o dever e a obrigação de a família assegurar seus direitos fundamentais;
- c) O art. 9º assegura o direito de proteção à vida e à saúde;
- d) O art. 10 garante a sua liberdade, respeito e dignidade;
- e) O art. 20 permite ao idoso o direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer;
- f) O art.26 estabelece os direitos de profissionalização e do trabalho;
- g) O art. 29 prevê o direito à previdência social;
- h) O art. 33 oferta a possibilidade de assistência social;
- i) O art. 37 apresenta o direito a uma moradia digna;
- j) O art. 39 garante o direito ao transporte, assegurando a gratuidade dos transportes coletivos públicos para os idosos acima de 65 (sessenta e cinco anos); e
- k) O art. 15, no âmbito da saúde, prevê o atendimento prioritário e domiciliar aos idosos, por meio do Sistema Único de Saúde – SUS (BRASIL, 2003).

Em relação à garantia dos idosos, o Estatuto do Idoso inseriu os artigos 96 a 108 que preveem penalidades para crimes contra os idosos, tais como: os crimes de violência e de maus tratos sofridos em hospitais, em casas de saúde ou em entidade de longa permanência; a exposição a perigo que comprometa a sua integridade e a sua saúde, física e psíquica; a apropriação e o desvio de bens, de aposentos ou de pensão; a discriminação; a negação de acolhimento à pessoa idosa; a retenção de seu cartão de conta bancária e, ainda, situações que usem de coa-

ção ou que induzam a pessoa idosa a praticar atos que a prejudiquem de alguma forma.

No que concerne ao acesso à justiça, o Estatuto assegurou, em seus artigos 69 a 71, direitos e garantias no âmbito processual à pessoa idosa. Assim, garantiu aos maiores de 60 anos (sessenta) celeridade e prioridade nas fases processuais. Em relação a isso, inclusive, está expressa, no art.70, a determinação de o Poder Público constituir varas especializadas e exclusivas para a pessoa idosa.

Já o art.71 e seus respectivos incisos prevê que, quando uma das partes do processo é composta por idoso, a esta é assegurada a prioridade na tramitação processual, fazendo por prova a sua idade, sendo que este benefício não é interrompido por sua morte, estendendo-se a cônjuges e companheiros maiores de 60 anos (sessenta). Essa prioridade também se estende aos processos e procedimentos na Administração Pública direta e indireta.

Estes artigos do Estatuto do Idoso tiveram reflexos em Emendas Constitucionais, como, por exemplo, na EC nº 62/09, que dá prioridade aos idosos no recebimento de precatório de natureza alimentar; retirando idosos e pessoas com doenças graves ou incapacitadas da ordem cronológica dos precatórios, passando, assim, a terem prioridade no recebimento destes.

Entende-se que o principal papel do Estatuto é regulamentar os direitos dos idosos e reeducar a sociedade, mudando a visão desta e conscientizando-a de que o idoso também é um cidadão e merece ser tratado com dignidade.

Abandono afetivo inverso

O abandono afetivo, originariamente, é considerado a ausência de amor e atenção de genitores com filho(s) e o abandono afetivo inverso, aborda o assunto do estudo, sendo o abandono praticado pelo(s) filhos(s) com seu(s) genitor(es). Uma vez que há consenso que não pode se exigir o amor, tanto que, naturalmente, os genitores podem ter maior afinidade com um dos seus filhos, não diminuindo o cuidado e afeto que desse ser aplicado incondicionalmente aos demais.

Por isso, é importante aprofundar sobre o abandono afetivo inverso e a responsabilização civil dos filhos, pois o amor não pode ser imposto, mas o cuidado é um dever garantido em lei e, na ocorrência de dano, deve ser indenizada a vítima (BALAK e NINGELISKI, 2020).

Sucintamente, pode-se entender que “o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movimentadas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido a dignidade da existência humana” (QUEIROZ, 2021, p. 68).

É necessário compreender o significado do termo “inverso”, tratado na situação de abandono nessa relação de paterno-filial e filial-paternal, pois sem durante a infância os pais devem cuidar dos filhos, nada mais justo que na velhice ou doença que cause dependência, os filhos cuidem dos seus genitores, pois além de ser moralmente bem visto, evidencia-se o que há de melhor no convívio familiar (VIEGAS e BARROS, 2016).

A Constituição Federal de 1988, artigo 229 que em seu Título VIII, capítulo VII, que trata da Ordem Social, inclusive da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso (BRASIL, 1988, n.p): “Art. 229. Os pais têm a necessidade de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm a necessidade de ajudar e proteger os pais na velhice, carência

ou enfermidade”.

O maior problema que os idosos sofrem é que, com o avançar da idade, alguns são desprezados, isolados em uma peça da casa, tendo dependência, em certos casos, precisando de constante cuidado, seja para a alimentação, medicamentos e higienização. Porém, nem todas as famílias tem a mesma constituição, sendo que os filhos seguem caminhos diferentes, cuidados do novo arranjo familiar após o matrimônio/união estável, dificultando dispor de tempo, paciência, custos além do convencional praticado por uma família que não possui idosos (BARROS, 2013).

Então, o abandono afetivo inverso está relacionado com a falta de cuidado permanente, com o desprezo e falta de amor dos filhos em relação à seus genitores, afetando drasticamente a qualidade de vida e a expectativa do indivíduo que não tenha o acompanhamento devido dos filhos, pois a violência, infelizmente, origina do ambiente em que deveria ter pleno apoio e cuidado a quem dedicou, grande parte da vida, para com sua prole e, no momento que necessita de atenção e carinho, o desprezo é o resultado mais comum, quando não associado a abusos das mais diversas estirpes (DANIEL *et al.*, 2015).

O intuito de trazer à tona a possibilidade de indenização por abandono afetivo inverso não é de aferir um valor monetário ao afeto, mas de possibilitar uma sanção àqueles que deixam de cumprir com seus deveres legais, desamparando seus pais em uma fase tão vulnerável como a velhice.

Responsabilidade civil: breves considerações acerca de sua incidência sobre o abandono afetivo inverso

Kirchner (2017) conceitua responsabilidade civil com nitidez e perfeição, da seguinte forma: “é a obrigação de alguém reparar dano causado a outrem por fato seu, ou pelo fato das pessoas ou coisas que dele dependam”.

Diante do art. 1, inciso III da Constituição Federal de 1988, e consagrado o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como fundamental da República Federativa, reforçando assim a transladação do enfoque do acusado para a vítima, assim podendo imputar um padrão solidariza à responsabilidade civil, tendo a finalidade em não penalizar o acusado de causar o prejuízo, mas sim de reparar a vítima, desta forma, retornando-se a *status quo ante* (SAMPAIO *et al.*, 2020).

A responsabilidade civil passa a acontecer quando uma pessoa desobedecer a um parecer jurídico, através de ações lícitas e ilícitas, tendo como compromisso compensar os prejuízos injustos com a finalidade de reconstruir o equilíbrio violado, por parte do idoso, pois nem sempre tem sido cumprido o dever de cuidado (SAMPAIO *et al.*, 2020).

No Código Civil de 2002 foi consagrada a responsabilidade subjetiva sendo como uma regra geral, que pode ser aplicada quando não houver alinhamento legal para que se possa aplicar a teoria objetiva. A cláusula geral de responsabilização com culpa, na responsabilidade subjetiva foi constituída nos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002).

Para que se possa surgir a necessidade de indenizar de maneira subjetiva, existem propósitos que precisam ser preenchidos: I – O ato ilícito e o abuso do direito, fundamentados no artigo 186 e 187 do Código Civil de 2002, respectivamente; II – O dano, quando há lesão a um bem juridicamente protegido pelo ordenamento jurídico, incidindo na esfera patrimonial ou ex-

trapatrimonial, inexistindo a possibilidade de forma tentada. III - O nexo de causalidade também é um importante pressuposto da responsabilidade civil, pois, para a configuração do dever de indenizar não bastam o dano e uma conduta, é preciso que esta conduta tenha dado causa ao dano. IV - A culpa, por fim, refere-se à demonstração de que o autor da conduta não pretendeu o resultado, mas agiu com negligência, imprudência e imperícia. Nas palavras de Borin e Armelin (2014):

No primeiro, o agente se porta deixando de agir ou deixa de fazer algo que deveria; No segundo aspecto, o agente age, mas de uma forma imoderada, sem tomar os cuidados necessários para que não houvesse o dano; E por fim, no terceiro aspecto, há uma falta de habilidade técnica para que o agente pudesse agir de forma satisfatória e sem provocar o dano (BORIN e ARMELIN 2014, p. 03).

Pode-se dizer que a conduta seria o primeiro propósito de qualquer responsabilidade civil, e já no direito o que vale e quando surgem efeitos jurídicos.

Já o dano, fica atento aos estragos morais e materiais sofridos pela vítima em decorrência de condutas comissiva ou omissiva que é exercida pelo infrator. As considerações doutrinárias ficam em torno: de perda ou estrago de um bem jurídico. Desta forma, conforme as considerações feitas por Bertolin e Viecili (2014, p. 71): “conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc”.

O dano, entretanto, é uma parte muito importante para que se possa ter uma determinação de indenizar, pois não se pode ter indenização sem dano. Bertolin e Viecili afirmam que “pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano” (2014, p. 70), já na responsabilidade objetiva, a culpabilidade do autor esta presumida na conduta.

Os danos podem ser configurados como moral ou patrimonial. Diante disso se pode ter uma redução econômica dos bens da vítima, assim pode ser considerada pecuniariamente através da observação do patrimônio do lesado depois do acontecimento do caso danoso. Conforme o artigo 402 do Código Civil o dano patrimonial é dividido em dano emergente que são as perdas reais sofridas pela vítima, e a redução patrimonial que é a frustração de seus lucros, sendo o que a vítima deixa de ganhar.

Já o dano moral é o direito da personalidade, que se dá pelo fato pelo direito essencial da pessoa. Nestes casos não há redução do patrimônio da pessoa diretamente, e sim um abuso da personalidade, através disso pode haver uma redução na sua economia patrimonial.

No exposto, a autonomia da pessoa idosa determina a amparo filial, moral e afetiva, comprometimento dos filhos de cuidado, indispensável para a firmação dos direitos da personalidade existenciais na velhice. Seguindo essa expectativa, a Lei Maior aplicou em seu art. 5º, incisos V e X, o amparo aos direitos de personalidade, tidos por invioláveis, previsto expressamente a probabilidade de compensação pelo dano moral decorrente de sua transgressão:

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:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988, s.p).

Tal disposição constitucional é regulamentada pelo Código Civil de 2002 em seus artigos 186 e 927, *in verbis*:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (BRASIL, 2002, s.p).

A legislação brasileira, assim sendo, permite a retaliação civil, em expressão do descumprimento do dever de cuidado filial-paterno, sendo o instituto da responsabilidade civil o instrumento para fazer valer os direitos dos idosos, ainda que sob a forma de indenização.

O dano moral no contexto do abandono afetivo inverso

O abandono afetivo inverso é constituído, em regra, pela inação de afeto ou, especificamente, pela ausência de cuidado dos filhos em face de seus genitores idosos, fundado no valor jurídico imaterial da solidariedade familiar e da segurança afetiva da família. Apresenta-se no universo jurídico não apenas como uma omissão do dever de cuidado dos filhos em relação aos seus pais idosos, mas sim, como forma de garantir o princípio da dignidade humana, evitando ou compensando o abalo psicológico, físico e social sofrido pelos idosos.

O abandono afetivo inverso se refere a uma novidade no campo jurídico, mas com um decorrer histórico antigo. É um tema pouco debatido, infelizmente existe uma vasta literatura jurídica quando se refere ao abandono afetivo de pais com relação aos filhos e o caminho invertido quase nunca é levado em consideração.

A palavra inverso inserida no contexto do abandono se relaciona com a equação às avessas do binômio da relação paterno-filial, ou seja, os filhos devem cuidar dos pais idosos, assim como, os pais devem cuidar dos filhos na infância.

Diante desse contexto, a indagação que se pretende enfrentar seria: é possível haver dever de indenizar por danos morais, no contexto do Abando Afetivo Inverso?

Entende-se, em primeira análise, que sim, como consequência da omissão do dever de cuidado, que se transforma em dor, angústia, sofrimento e, inclusive, no agravamento de doenças para esses idosos abandonados que, de forma alguma, poderão ser compensados.

O fato de não existir legislação específica acerca do não afeto dos filhos perante os seus pais idosos, não significa que estão eximidos de exercerem o dever de cuidado derivado da paternidade responsável, extraídos do preceito constitucional do artigo 229 da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “[...] os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade” (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, a convivência familiar é de total importância e isso é facilmente notado quando o idoso se vê abandonado pela própria família, o que ele pode esperar do seu futuro? Quando se diz futuro, certamente, haverá aqueles que indagarão, que futuro? É agora, a obrigação de cuidado não pode ser postergada, pode não haver tempo para esse descuido.

Não obstante a inexistência de lei específica, o abandono afetivo inverso, como corolário do desprezo, do desrespeito ou da indiferença filial, representa fenômeno jurídico e social de relevância que merece ser discutido pelos operadores de direito.

Entende-se que o instituto abandono afetivo inverso não veio para impor o afeto, mas sim para lembrar aos filhos que, aceitando ou não está qualidade, jamais estarão “livre” do dever de cuidado para com seus genitores, dever este que, tragicamente e vergonhosamente, necessitou de ser expresso em dispositivo constitucional, para que os filhos pudessem dar valor a quem lhes deu a própria vida.

Segundo o desembargador Jones Figueirêdo Alves (PE), diretor nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM):

A inação de afeto ou, mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos. Segundo o diretor, esta falta do cuidar serve de premissa de base para a indenização. O amor é uma celebração permanente de vida, reflete o desembargador, e, como tal, realidade espontânea e vivenciada do espírito; todavia o abandono moral e material, como instrumento de desconstrução de vida pode ser mensurado em níveis de quantificação indenizatória. Os parâmetros são os circunstanciais de vida dos próprios atores envolvidos, sinalizando uma reparação civil adequada e necessária, complementa (ABANDONO, 2013, s.p).

O dano moral, portanto, seria uma forma de tutelar o dever de cuidado que foi violado, concomitantemente, uma ação preventiva com o fim de inibir a prática do descuido cada vez mais frequente por parte dos filhos. A reparação é baseada na omissão voluntária que foi prejudicial à vida do idoso. Marchioro (2014) justifica:

A prestação pecuniária, não há como negar, é de extrema importância. Todavia, ela não é suficiente para garantir a vida, a saúde e a dignidade dos pais. Segundo Claudia Maria da Silva, o conviver é basicamente afetivo e, enriquecido com uma convivência mútua, alimenta o corpo, cuida da alma, da moral, do psíquico (MARCHIORO, 2014, p. 123).

Embora o dinheiro seja essencial para a manutenção da qualidade de vida dos idosos não é o único fator relevante, sabe-se que amar é faculdade, mas cuidar é dever jurídico.

Compartilha-se do entendimento de Paulo Luiz Netto Lobo, no sentido que o princípio da solidariedade, “marco paradigmático que caracteriza a transformação do Estado liberal e individualista em Estado democrático e social” (LOBO, 2008, p. 54), tem servido para proteger os mais vulneráveis (crianças, adolescentes, idosos, carentes alimentares, etc.), nas relações familiares.

Dessa forma, não obstante a ausência de lei específica no tocante ao abandono afetivo inverso, uma vez violado o dever de cuidado filial-paterno, tem o idoso o direito de exigir a compensação pecuniária, nos termos da legislação geral da responsabilidade civil vigente no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de envelhecimento é acompanhado por muitas mudanças derivadas dos eventos de vida característicos desta fase da vida. À medida que as pessoas envelhecem, elas

podem se deparar com situações de mudança de vida, como papéis sociais reduzidos após a aposentadoria, a emancipação de seus filhos, a morte de seu cônjuge ou parceiro, diminuição da saúde ou capacidade funcional e o impacto emocional de perder amigos, família e colegas. Qualquer uma das opções acima contribui para que as pessoas mais velhas tenham redes sociais mais limitadas do que as pessoas mais jovens.

Neste sentido, a manifestação de situações de abandono afetivo inverso dos filhos frente aos pais idosos se torna uma triste realidade, apesar dos diferentes amparos legais que recaem sobre os idosos que foram instituídos como forma de garantir a dignidade dos mesmos.

Ante a essa realidade, destaca-se que os idosos como todo e qualquer interessado na proteção desses idosos devem buscar no Judiciário, para que os direitos legais sejam de fato cumpridos, podendo recair uma indenização pelos danos sofridos quando violados direitos personalíssimos como a integridade moral, física e psíquica, a imagem, a intimidade.

Dessa forma, considerando o dever objetivo de cuidados dos filhos para com seus pais idosos, tem-se que o abandono afetivo inverso, resta configurada a responsabilidade civil, a qual é o instrumento para fazer valer os direitos dos idosos, ainda que sob a forma de indenização.

REFERÊNCIAS

ABANDONO afetivo inverso pode gerar indenização. IBDFAM, 16 jul. 2013. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza>. Acesso setembro 2021.

BALAK, J. G., OLIVEIRA NINGELISKI, A. Abandono Afetivo Inverso: A responsabilidade civil dos filhos por abandono afetivo dos pais idosos. *Academia de Direito*, v. 2, p. 1-24, 2020.

BARROS, B. G. Abandono afetivo de pais idosos: possibilidade de reparação civil à luz do Direito Brasileiro. 2013.

BERTOLIN, G., VIECILI, M. Abandono Afetivo do Idoso: Reparação Civil ao Ato de (não) Amar. *Revista Eletrônica de Iniciação Científica*. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI, v. 5, n. 1, p. 338-360, 2014.

BORIN, R. B. ARMELIN, P. K. Abandono afetivo do idoso e a responsabilização civil por dano moral. *Argumenta Journal Law*, n. 20, p. 199-221, 2014.

BRASIL. STJ - REsp: 1159242 SP 2009/0193701-9, Relator: Minisgtra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/04/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/05/2012 RDDP vol. 112 p. 137 RDTJRJ vol. 100 p. 167 RSTJ vol. 226 p. 435. 2012.

BRASIL. Estatuto do Idoso. Lei n. 10.741, de 01 de outubro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em agosto 2021.

BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em agosto 2021.

BRASIL. Lei n° 8.842, de 4 de janeiro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm. Acesso em agosto 2021.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em setembro 2021.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em agosto 2021.

BRASIL. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em agosto 2021.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado nº 50. Diário Oficial da União, Brasília, 26 fev. 2007.

DANIEL, F., ANTUNES, A., AMARAL, I. Representações sociais da velhice. *Análise Psicológica*, v. 33, n. 3, p. 291-301, 2015.

FELIPE, T. W. S. S., SOUSA, S. M. N. A construção da categoria velhice e seus significados. *Pracs: Revista Eletrônica de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP*, v. 7, n. 2, p. 19-33, 2015.

FENG, Y. H. Influências da Atividade Física na Cognição e na Depressão no Envelhecimento. *Arquivos Brasileiros de Educação Física*, v. 1, n. 1, p. 157-166, 2018.

FORMIGA, L. M. F., OLIVEIRA, E. A. R., BORGES, E. M., SANTOS, K. N. C., ARAÚJO, A. K. S., FORMIGA, R. C. F. Envelhecimento ativo: revisão integrativa. *REVISTA INTERDISCIPLINAR CIÊNCIAS E SAÚDE-RICS*, v. 4, n. 2, 2017.

IBGE. Censo 2021. Disponível em: <https://censo2021.ibge.gov.br/2012-agencia-de-noticias/noticias/24036-idosos-indicam-caminhos-para-uma-melhor-idade.html>. Acesso em agosto 2021.

KANG, Y. S., JUNG, J. The Effects of Characteristic and Social Support on the Life Satisfaction of the Elderly. *Asia-Pacific Journal of Business Venturing and Entrepreneurship*, v. 15, n. 1, p. 259-268, 2020.

KIRCHNER, T. P. Abandono afetivo inverso: a responsabilidade civil resultante do abandono dos pais idosos. *Direito-Pedra Branca*, 2017.

LÔBO, P. *Direito Civil-Família*. Saraiva Educação SA, 2008.

MARCHIORO, M. D. O abandono afetivo inverso e a necessidade da tutela jurídica. 2014.

MIRANDA, G. M. D., MENDES, A. D. C. G., SILVA, A. L. A. O envelhecimento populacional brasileiro: desafios e consequências sociais atuais e futuras. *Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia*, v. 19, n. 3, p. 507-519, 2016.

MOURA, M. M. D. D., VERAS, R. P. Acompanhamento do envelhecimento humano em centro de convivência. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 27, p. 19-39, 2017.

PNAS - Política Nacional de Assistência Social. 2004. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Normativas/PNAS2004.pdf. Acesso em agosto 2021.

QUEIROZ, K. K. F. Abandono afetivo do idoso. 2021.

RIVA, L. C. O Estatuto do Idoso Brasileiro e a Garantia dos Direitos Fundamentais. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB)*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano, v. 2, p. 8735-8760, 2013.

SAMPAIO, L. D., LORENZO, D. C., GONÇALVES, V. C. A. IDOSO E FAMÍLIA EM TEMPOS DE PANDEMIA: o abandono afetivo inverso e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. SEMOC-Semana de Mobilização Científica-Envelhecimento em tempos de pandemias, 2020.

VIEGAS, C. M. D. A. R., DE BARROS, M. F. Abandono afetivo inverso: o abandono do idoso e a violação do dever de cuidado por parte da prole. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito–PPGDir./UFRGS, v. 11, n. 3, 2016.

WHO - WORLD HEALTH ORGANIZATION. Ageing and health. 2018. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/ageing-and-health>. Acesso agosto 2021.

Recursos hídricos, usinas hidrelétricas e a legislação brasileira

The instrumentalization of brazilian legislation related to water resources and hydroelectric power plants

*Igor Talarico da Silva Micheletti
Natiele Cristina Friedrich,
Aline Cristina Perussi Real
Anny Rosana Trindade Siqueira
Bruno Henrique de Araujo Sousa
Eder Silva Cordeiro
João Paulo Lopes Silva
Renata Bianca Ferreira
Jessica Oliveira Borges Ferreira
André Varella Bianeck*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.11

RESUMO

Este texto apresenta uma análise sobre a legislação referente aos recursos hídricos superficiais e subterrâneos, com foco na instrumentalização das Leis ao longo dos anos no processo de sua utilização e da proteção ambiental necessária, bem como a proteção constitucional desses recursos, dando maior respaldo as leis posteriores. Procura demonstrar a evolução na concepção brasileira sobre os recursos hídricos que, embora seja o país com a maior reserva de água doce do mundo, deparou-se com a realidade da escassez hídrica originada pela ação descuidada e predatória humana. Também são analisados os impactos causados pela construção das usinas hidrelétricas que em muitos casos divergem do texto constitucional. Busca-se analisar a importância do uso da água pela população brasileira que, em tempos mais recentes, tem se conscientizado dos problemas e debatido mais a respeito dos assuntos ambientais, refletindo nos aspectos constitucionais que ajudaram a nortear o processo legislativo da água no Brasil.

Palavras-chave: água de boa qualidade. recursos hídricos. cooperação internacional. usinas hidrelétricas.

ABSTRACT

This text presents an analysis of the legislation regarding the surface and underground water resources, focusing on the laws instrumentalization over the years in the process of its use and the environmental protection necessary, as well as the constitutional protection of these resources, giving greater support to subsequent laws. It seeks to demonstrate the evolution in the Brazilian conception of water resources that, although it is the country with the largest reserve of fresh water in the world, faced the reality of water scarcity caused by careless and predatory human action. Also analyzing the impacts caused by the construction of hydroelectric plants that in many cases differ from the constitutional text. It seeks to analyze the importance of water use by the Brazilian population that, in more recent times, has become aware of the problems and debated more about environmental issues, reflecting on the constitutional aspects that helped to guide the legislative process of the water in Brazil.

Keywords: good quality water. water resources. international cooperation. hydroelectric power plants.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas o Brasil e o mundo vêm passando por uma grande mudança consciencial, o pensamento antigo de que a água era um recurso inesgotável tem sido diariamente refutado e esse tema tem recebido um tratamento de maior atenção. Apesar de ser algo muito recente, foram feitos vários avanços para conter os desastres ambientais e para tornar o processo de utilização dos recursos hídricos mais sustentável.

Após uma sequência de desastres ambientais que colocaram em risco grandes rios do mundo como o desastre na Romênia em 30 de janeiro 1999, quando um vazamento de 100 toneladas de cianureto oriundo de uma mina de ouro atingiu o rio Tisza e, na sequência, atingiu também o rio Danúbio, um dos principais rios da Europa, matando mais de 83 toneladas de peixes,

aves e animais domésticos, além de outras consequências devastadoras. Casos assim como o da Romênia vêm acontecendo inclusive no Brasil, como foi o caso da mineradora Samarco que por negligência do perigo iminente, houve o rompimento de uma barragem que acarretou na inundação várias áreas, inclusive residenciais, e contaminação por vários elementos químicos tóxicos do Rio Doce, tornando-o um rio “morto” como alegaram alguns especialistas.

Os desastres de grandes proporções, apesar de tristes acabaram por servir de elementos conscientizadores para as pessoas de todos os lugares. Afinal, o povo que possui a maior reserva de água doce do mundo tem dificuldade de imaginar que possa vir a ficar sem água. Assim, o Brasil vem demonstrando preocupação com o meio ambiente, tanto que dedicou um capítulo da Constituição Federal a este tema.

Neste contexto, as leis brasileiras se desenvolveram para dar respaldo a esse fenômeno que floresceu lentamente na consciência dos brasileiros, sendo a Constituição Federal o eixo norteador de muitas outras leis e ações governamentais que visam proteger nossos recursos hídricos, onde não se almeja o bem comum apenas no presente, mas a possibilidade de que se tenha o que proteger no futuro.

DO RECURSO HÍDRICO: A ÁGUA

“A água de boa qualidade é como a saúde ou a liberdade: só tem valor quando acaba.”
(Guimarães Rosa).

Emprestamos essa frase triste, mas real do ilustre poeta, pois ela se faz caber no atual momento em que o planeta terra e seus habitantes têm vivido. O homem como ser pensante tem cada vez mais entendido os problemas ambientais e as consequências que suas ações sobre o meio ambiente causaram e ainda causam. Em consonância a isso nos últimos anos, têm sido desenvolvidos alguns mecanismos e ações voltadas a tornar a água de boa qualidade disponível para as gerações atuais e futuras, buscando a pacificação dos conflitos do uso da água e ampliar a percepção da conservação da água como um valor social e ambiental de alta relevância.

O ilustre professor Paulo B. (1998, p. 23) nos traz um conceito sobre recursos hídricos:

Um recurso é uma matéria-prima ou um bem que dispõe de uma utilidade em prol de um objetivo. De um modo geral trata-se de algo que satisfaz uma necessidade ou que permite a subsistência/sobrevivência. Hídrico, por sua vez, é aquilo que está relacionado com a água. Os recursos hídricos são os corpos de água que existem no planeta, desde os oceanos até aos rios passando pelos lagos, os arroios e as lagoas. Estes recursos devem ser preservados e utilizados de forma racional, uma vez que são indispensáveis para a existência da vida.

A década de 80 teve grandes mudanças de paradigmas que trouxeram importantes evoluções nas ações de preservação ambiental, principalmente as que concernem aos recursos hídricos onde houve a implementação de Leis mais adequadas e de espaços institucionais compatíveis; a formulação de políticas públicas que integrassem toda a sociedade. Essas mudanças começaram como reflexo de pensamentos que se disseminaram pela comunidade científica mundial, demonstrando que os problemas deviam ser encarados em uma escala planetária, principalmente sobre as grandes mudanças climáticas que estão acontecendo no planeta.

Nesse sentido Tundisi, Somlyódy & Varis (2006, p. 181) comentam sobre as ações glo-

balizadas, que em face das mudanças climáticas, cujas evidências são bastante claras já a partir dos últimos do século XX e neste início do século XXI (IPCC, 2007), há a necessidade de intensa cooperação internacional, especialmente em bacias compartilhadas por vários países. O desenvolvimento dessas parcerias internacionais na gestão de bacias hidrográficas tem sido objeto de discussões, análises, propostas e algumas ações que visam compartilhar problemas, diagnosticar as causas e promover soluções conjuntas. Na América do Sul, a cooperação internacional efetiva tem se desenvolvido na bacia do Prata (compartilhada por Argentina, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai) e na bacia Amazônica (compartilhada por nove países). Ações conjuntas de monitoramento para controle da qualidade da água, de estudos conjuntos para avaliar o impacto dos usos do solo e de contaminação e degradação dos recursos hídricos, de realização de programas de capacitação conjunta de gestores de recursos hídricos e outras atividades que têm estimulado as políticas públicas de longo prazo na gestão destas bacias.

Diante dos anseios nacionais e internacionais a nossa Carta, seu Artigo 225 dedica todo um capítulo ao Meio Ambiente, assegurando o direito do povo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, necessitando sua preservação para a atual e futuras gerações.

As Constituições a partir de 1934 definiram o domínio hídrico das entidades que compõem a federação. Atualmente, as águas públicas pertencem à União, aos Estados e ao Distrito Federal.

Trazendo inovação no tocante às águas, a Constituição de 1988 assegura, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e a órgãos da Administração direta da União, participação no resultado da exploração de recursos hídricos para a produção de energia elétrica, no respectivo território, na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

Anteriormente à Constituição Federal, e amplamente recepcionada por essa, em 31 de agosto de 1981 foi promulgada a Lei Federal nº 6938, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, e criou o SISNAMA – Sistema Nacional do Meio Ambiente, com estabelecimento de competências administrativas e legislativas para as diferentes instâncias de poder constituídas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), sendo o Ministério do Meio Ambiente, o Órgão Central do Sistema. Além de haver algumas outras instituições que foram criadas em âmbitos Estaduais e municipais a fim de padronizar e tornar esse processo eficaz.

Dentre muitas políticas adotadas nos últimos anos talvez a mais importante e eficaz seja o instrumento adotado pela Política Nacional do Meio, que regulamentou a exigência de Licenciamento de Atividades potenciais ou efetivamente poluidoras e o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental, que são fundamentais para o desenvolvimento das atividades do Setor. Essa exigência veio como um fator de fiscalização para o meio ambiente como um todo, porém os recursos hídricos foram um dos mais beneficiados, pois mesmo com leis mais rígidas e exigências de licenciamento ambiental ainda acontecem grandes catástrofes com esses corpos d'água.

As adoções dessas políticas tiveram impactos na Legislação Brasileira conforme afirma Vladimir Passos de Freitas (2002, p. 19): “Os profissionais do Direito sempre encararam o problema da água doce como algo limitado a conflitos de vizinhança ou aproveitamento para energia elétrica. (...)”. É possível dizer que durante décadas e mesmo sob a vigência do Código de

Águas de 1934, o enfoque dado ao tema era sempre mais sob a ótica do direito privado do que do direito público.

Somente em 1997, foi sancionada a Lei 9.433 conhecida como Lei das Águas, que estabeleceu a Política Nacional de Recursos Hídricos e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh). A lei tem como fundamentos a compreensão de que a água é um bem público, que não poderia ser privatizado, sendo sua gestão baseada em usos múltiplos (abastecimento, energia, irrigação, indústria etc.) e descentralizada, com intensa participação de usuários, da sociedade civil e do governo. Pela lei, o consumo humano e de animais é prioritário em situações de escassez.

O DOMÍNIO DAS ÁGUAS

Nas décadas de evolução constitucional no que concerne aos recursos hídricos a nossa Constituição Federal de 1988 foi um marco divisório em relação ao domínio das águas. Antes da sua promulgação, vigorava uma concepção civilista sobre o tema, baseado no Código Civil de 1916 e no Decreto n. 24.643/34, conhecido como Código de Águas. Essas leis admitiam a posse e utilização de águas particulares no ordenamento jurídico nacional, previstos, respectivamente, em seus artigos 526 e 8º. Vejamos:

Art. 526 do Código Civil/1916 – a propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda a sua altura e em toda a profundidade, úteis ao seu exercício. (BRASIL, 1916)

(...)

Art. 8º do Decreto nº 24.643/34 - São particulares as nascentes e todas as águas em terrenos que também o sejam, quando as mesmas não estiverem classificadas entre as águas comuns de todos, as águas públicas ou as águas comuns. (BRASIL, 1934)

Nesse contexto histórico a Constituição modificou de forma significativa o domínio sobre as águas, com a chamada “publicização das águas”, reconhecendo-a como um bem essencial a vida humana, e assegurando seu valor econômico. A Constituição, então, passou a incluir a água dentre os bens públicos, como expressa seus Arts. 20, III, e 26, I, o que levou a inaplicabilidade do art. 8º do Código de Águas.

Art. 20 São bens da União: (...) III – os lagos, os rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; Art. 26 Incluem-se entre os bens dos Estados: I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, nesse caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União; (BRASIL, 1988).

A atual Carta Magna extinguiu as águas particulares, tendo competência sobre elas o Estado. Para Cureau e Leuzinger (2013, p. 93) toda a água foi transformada em bem público, não havendo que se falar em águas particulares, “ainda que se trate de nascente, rio ou lago localizado em terras privadas”. E complementando essa visão Ribeiro (2011, p. 29) entende que não há nem necessidade de se fazer o registro de transferência do domínio, já que está se concretizou não por convenção ou título, mas pela própria Constituição.

Todavia essa questão não é pacífica, existem alguns doutrinadores que entendem que existe a possibilidade de haver águas particulares no ordenamento jurídico brasileiro, conforme

Carvalho Filho (2009, p. 121) para quem as águas ainda se dividem em três categorias, de acordo com o Código de Águas:

a) Águas públicas (pertencentes ao Poder Público); b) águas privadas (nascidas e localizadas em terrenos particulares, quando não estejam em categoria diversa); c) águas comuns (correntes não navegáveis ou flutuáveis e que não criem tais correntes). As águas públicas, por sua vez, dividem-se em águas de uso comum e águas dominicais.

Com essas premissas, o doutrinador defende a posição de que a Constituição Federal reduziu a possibilidade de águas particulares, mas não extinguiu a existência de águas privadas.

Algo incontestável entre os doutrinadores é a perspectiva, da água como bem de interesse social, tanto postulado pela Constituição como pela Lei n. 9.433/97, que prevê a gestão desse recurso, de forma descentralizada, integrada e participativa, envolvendo o Poder Público, os usuários e a sociedade, tendo como objetivo assegurar o controle qualitativo e quantitativo do recurso, a fim de tornar efetivo o seu acesso. Essas políticas Públicas na gestão das águas trouxeram grandes avanços no pensamento jurídico do tema e na melhor utilização dos recursos ao longo desses anos.

Braga (2006, p. 45) resume os princípios sobre os quais se baseia a política de gestão de recursos hídricos da seguinte forma:

Reconhecimento da água como um bem público dotado de valor econômico; Necessidade do uso múltiplo das águas; Prioridade do uso dos recursos hídricos em situação de escassez, para o consumo humano e dessedentação de animais; Participação dos diferentes níveis do poder público, dos usuários e da sociedade civil no processo de tomada de decisão: gestão participativa.

Em relação aos recursos hídricos, entretanto, a competência para legislar sobre águas é privativa da União. Assim, vem delimitado no art. 22, IV, da CF/88:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão. (grifos nossos)

Entretanto, como bem lembra Granziera (2001, pg. 68):

Essa competência privativa fixada no art. 22 não implica ser indelegável, pois de acordo com o que dispõe o parágrafo único do citado artigo, lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas. (...) foi o entendimento de que a competência para legislar sobre águas, em sentido genérico é que pertence à União, não deve ser confundida com a capacidade de cada ente político brasileiro – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – para estabelecer regras administrativas sobre os bens que se encontram sob seu respectivo domínio, entendido esse termo como guarda e administração.

DA LEI DAS ÁGUAS

Em 08 de janeiro de 1997, foi publicada a Lei nº 9.433, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Abaixo da Constituição Federal que define os princípios gerais para a regulamentação dos recursos hídricos, a Lei nº 9.433/97, é a mais importante norma legal relativa à proteção dos recursos hídricos.

O artigo 2º da Lei define os objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos: I - assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de quali-

dade adequados aos respectivos usos; II - a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável; III - a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrente do uso inadequado dos recursos naturais. Verifica-se que um dos objetivos da Política Nacional dos Recursos Hídricos é justamente assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos, o que também justifica a regulamentação de procedimentos para controle da qualidade da água para consumo humano e seu padrão de potabilidade.

Já o artigo 1º da Política Nacional de Recursos Hídricos define seus fundamentos da seguinte forma: I - a água é um bem de domínio público; II - a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico; III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais; IV - a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas; V - a bacia hidrográfica e a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos; VI - a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades.

Além dos objetivos e fundamentos, a Política Nacional dos Recursos Hídricos tem também suas diretrizes: I - a gestão sistemática dos recursos hídricos, sem dissociação dos aspectos de quantidade e qualidade; II - a adequação da gestão de recursos hídricos às diversidades físicas, bióticas, demográficas, econômicas, sociais e culturais das diversas regiões do País; III - A integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental; IV - a articulação do planejamento de recursos hídricos com o dos setores usuários e com os planejamentos regional, estadual e nacional; V - a articulação da gestão de recursos hídricos com a do uso do solo; VI - a integração da gestão das bacias hidrográficas com a dos sistemas estuarinos e zonas costeiras. No âmbito das diretrizes, é importante destacar a relevância dos aspectos de controle de qualidade dos recursos hídricos na sua gestão.

Freitas (2002, p. 22) enfatiza alguns pontos importantes que a Lei das Águas trouxe para o ordenamento jurídico no que tange ao tema das águas:

As águas superficiais pertencem à União quando os rios ou lagos banham mais de um Estado ou são internacionais. As demais são de domínio dos Estados – membros. Isso significa que não há águas particulares e nem municipais. Cabe à União e aos Estados conceder a outorga de direitos de uso de recursos hídricos, nos termos do art. 11 da Lei 9.433/1997. A outorga não implica alienação das águas, mas sim, simples direito de seu uso. (...) As águas subterrâneas são atualmente a fonte de abastecimento preferida. Elas apresentam maior facilidade de exploração, baixo custo e boa qualidade. Situam – se nos aquíferos, que podem ser considerados como o solo, rocha ou sedimento permeável, capaz de armazenar água subterrânea. O Brasil é rico em lençóis freáticos e, por isso, tem crescido muito a perfuração de poços artesianos.

A Lei das Águas estabelece também instrumentos para implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos. Entre eles, destacam-se:

- Planos de recursos hídricos: os planos nacionais e estaduais são estratégicos, pois estabelecem diretrizes gerais sobre os recursos hídricos do País ou do Estado. É o instrumento de planejamento nacional ou local, pelo qual se define como conservar, recuperar e utilizar a água em suas referidas bacias.

- Cobrança pelo uso da água: mecanismo educador que reconhece a água como bem

econômico e dá ao usuário uma indicação de seu real valor, incentivando a racionalização do uso da água e obtendo recursos para o financiamento de programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos.

A lei sobre a Política Nacional de Recursos Hídricos, como a própria ementa declara, aborda a água na condição de bem econômico, de recurso hídrico. Ademais, não se trata de uma lei de águas, e muito menos de “Lei das Águas”, como às vezes se lê, mas de lei sobre gestão das águas como recursos hídricos, assim como da respectiva organização administrativa federal. (GRANZIERA, 2001, p. 29).

IMPACTOS PROVOCADOS POR USINAS HIDRELÉTRICAS

Os rios são muito mais que meros canais de águas, são um ecossistema que vem sendo modelado há milhões de anos. As bacias hidrográficas auxiliam na vida biodiversificada fornecendo muito mais do que água, auxiliam no equilíbrio climático, na purificação do ar, na produção de alimentos, na manutenção de terras férteis, e muitos outros setores.

As construções de reservatórios nas águas de rios para produção de energia elétrica é fruto de estudos da engenharia, são imensas estruturas para represar grandes volumes de água.

Uma usina hidrelétrica pode ser definida como um conjunto de obras e equipamentos cuja finalidade é a geração de energia elétrica, através de aproveitamento do potencial hidráulico existente num rio. A geração hidrelétrica está associada à vazão do rio, isto é, à quantidade de água disponível em um determinado período de tempo e à altura de sua queda. Quanto maiores são os volumes de sua queda, maior é seu potencial de aproveitamento na geração de eletricidade. A vazão de um rio depende de suas condições geológicas, como largura, inclinação, tipo de solo, obstáculos e quedas. (FEARNSIDE, 2015, p. 16)

A energia produzida por um sistema de geração de energia hidrelétrico é de grande importância no sistema elétrico nacional, visto que o Brasil é um dos países que possuem um vasto potencial hídrico em suas bacias hidrográficas. Estima-se que o país possui um potencial hidrelétrico de 260 GW, com cerca de 63% desse potencial inventariado (ANEEL, 2002), ou seja, com possibilidade conhecida de ser aproveitado.

A hidroeletricidade é considerada uma fonte de energia renovável, pois se utiliza do fluxo da água para gerar energia elétrica, entretanto sem reduzir sua quantidade (BECKER, 2012). As usinas operam com flexibilidade já que podem atender rapidamente às flutuações da demanda, estocando potencial energético através do nível de água na barragem e utilizando conforme necessário. Como as águas dos rios são patrimônio da nação e não é consumida, ao contrário de fontes fósseis, a geração de energia hidrelétrica torna-se mais barata e não se submete a flutuações de preço.

As usinas hidrelétricas, segundo a constituição, são bens da União, que devem ser fiscalizados e gerenciados pelo governo. “Art. 20. São bens da União: [...] VIII – os potenciais de energia hidráulica.” (BRASIL, 1988)

Apesar de nossa Constituição ter feito um belo trabalho ao elencar acerca do meio ambiente, muito se cobra da aplicação desse texto constitucional, pois o mesmo é tema de vários debates no meio jurídico, onde leis como o novo Código florestal contrariam nossa Carta Magna, como afirma Granja (2012): Entre todas as particularidades contidas no direito ambiental, será focado o parágrafo 7º do artigo 12 do novo Código Florestal, mesmo após a Medida Provisória nº 571/2012, manteve a não obrigatoriedade tanto da União quanto das concessionárias de energia

elétrica de proteger as reservas legais, que cada vez vão desaparecendo em nosso país, prejudicando assim toda sociedade.

O artigo 225 da CF/88 é o norteador para as aplicações de direito ambiental, buscando equilibrar as relações sociais e o meio ambiente de forma a garantir sua preservação.

Art. 225. 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.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - Preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (Regulamento)

II - Preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (Regulamento)

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Regulamento)

IV - Exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (Regulamento)

V - Controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (Regulamento)

VI - Promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento) (BRASIL, 1988)

As usinas hidrelétricas até são consideradas uma boa opção de geração de energia elétrica devido ao baixo preço de comercialização (BECKER, 2012), contudo suas construções geram diversos impactos ambientais, sociais, políticos e econômicos que divergem do texto constitucional. Dentro do planejamento e execução desses empreendimentos há diversos estudos que devem ser feitos com o intuito de minimizar os danos, mas mesmo assim esta previsão constitucional nem sempre é seguida a risca pelos projetos e execuções destas usinas.

Para se construir uma usina hidrelétrica é necessário primeiramente desviar o fluxo do rio do local onde será construída a barragem e a casa de máquinas. Em seguida, volta-se o curso normal do rio e inicia-se o processo de enchimento da barragem, subindo o nível do rio e alagando áreas ao redor do rio original. Estas duas etapas requerem o desmatamento de toda a área a ser alagada (GREENPEACE, 2016, p. 4) e causam um impacto enorme na fauna e flora local, que em sua maioria são áreas insubstituíveis em razão da rica biodiversidade das áreas às margens de rios.

A construção destas usinas interfere de forma irreversível no micro clima local alterando a temperatura do ar e da água, umidade relativa do ar e no ciclo pluvial. A pressão da grande quantidade de água na barragem e a falta dela na sequência do rio causam distorções no leito

original, prejudicando solos e aquíferos próximos ao local.

A interdição no fluxo do rio afeta fortemente a vida aquática, impedindo muitas espécies de realizar seu ciclo vital durante a piracema, desovando em áreas acima do leito do rio. Este fato causa a não adaptabilidade de muitas espécies e a predominância de outras, atrapalhando a sobrevivência dos animais do rio e da região à margem dele (GREENPEACE, 2016, p. 21). Além disso, a construção da barragem interdita localmente a navegabilidade de embarcações de passageiros e de carga nos rios. Os obstáculos criados pelas usinas podem até causar conflitos geopolíticos entre países usuários do mesmo rio ou econômicos entre empresas de transporte aquático.

O processo de geração deste tipo de energia pode produzir quantidades muito pequenas de gases responsáveis pelo efeito estufa, quando se comparado ao de usinas movidas a combustíveis fósseis. Contudo, caso não seja feita a supressão da área a ser inundada durante a construção da usina, a vegetação submersa começará a ser decomposta, liberando excesso de nutrientes na água e muito gás carbônico. Essa condição favorece o crescimento populacional de algas e de bactérias decompositoras, as quais reduzem drasticamente o nível de oxigênio dissolvido e acarretam no processo potencializado de eutrofização da água. A falta de oxigênio afeta diretamente a vida aquática, causando a morte dos peixes e o desenvolvimento de epidemias. Além disso, a matéria orgânica que estava se decompondo naturalmente passa a ser decomposta pelos microorganismos anaeróbicos e passam a liberar metano na atmosfera, ao invés de gás carbônico, o qual é extremamente perigoso por ser mais efetivo com o efeito estufa. Infelizmente essa supressão geralmente não acontece como deveria durante a construção das usinas e também segundo o Greenpeace (2016, p. 4), “algumas chegam a ter emissões comparáveis aos combustíveis fósseis”.

Com as crises energéticas atuais devidas principalmente a períodos de seca, prioriza-se a produção de energia e, conseqüentemente, a proteção dos estoques energéticos para não ocasionar apagões em todo o país. Contudo, essa retenção nos estoques das barragens dificulta o uso múltiplo das águas pela população à jusante do rio. Sistemas de irrigação, a piscicultura, pontos turísticos e de lazer são afetados pela diminuição dos níveis de água nos rios, que já estariam mais baixos devido somente à seca. Além disso, as populações ribeirinhas que dependem da pesca e as aldeias indígenas que utilizam os rios para sobreviver são extremamente prejudicadas pela falta de água. (GREENPEACE, 2016, p. 10)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Brasileira de 1988, como um reflexo dos anseios do povo, trouxe grandes mudanças no contexto ambiental e passou a considerar os recursos hídricos como um bem público, causando impactos no ordenamento jurídico como a extinção das águas particulares, reformulação de competências sobre a matéria, mudanças doutrinárias e no pensamento comum de preservação dos recursos hídricos. A alteração constitucional deu base para novas leis que visam complementar o tema, que além da competência constitucional visou às finalidades das ações da União e dos Estados-membros que devem preservar, guardar e gerenciar esses recursos.

A atuação da União em conjunto com os membros federados na Política Nacional de Re-

cursos Hídricos (PNRH) demonstra grande eficiência, principalmente ao definir alguns conceitos jurídicos que vieram a refletir de forma importante na utilização e no gerenciamento das águas como: definir água como um bem de domínio público; definir a água como um recurso natural limitado; priorizar a utilização dos recursos hídricos em período de escassez etc. Essas definições dadas pela chamada Lei das Águas auxiliadas pelas normas constitucionais trouxeram boas mudanças no pensamento geral e na forma como se utiliza os recursos. Leis mais rígidas vêm surgindo para demonstrar essa preocupação com o meio ambiente, para como as empresas e as pessoas descartam seus lixos, sejam residenciais ou industriais, se fomentando com isso a aplicação de penas que visam não somente punir, mas educar a população quanto à importância do meio ambiente. Essas ações se mostram benéficas aos cuidados dos recursos hídricos, pois a previsão constitucional que deu abertura a criação de leis como a lei de Política Nacional de Recursos Hídricos que atua de forma a buscar a conservação das águas em sentido mais amplo, pois inclui a proteção da biodiversidade, das espécies aquáticas e de todo território que engloba o recurso. Dessa maneira, além de valor econômico aos recursos hídricos, incentivou-se a proteção contra o desperdício, poluição e demais formas de contaminação.

A implementação das usinas hidrelétricas ao longo dos rios brasileiros possui vários pontos positivos e negativos, e decorre de um conflito de leis e ações que vão contra as definições constitucionais no tocante à proteção ambiental e à utilização do rio por usos múltiplos. A falta de obrigatoriedade de proteção das reservas legais e os projetos de construção de usinas que visam somente o lado econômico, mas com pouca ênfase na sustentabilidade, tem deixado graves impactos nos recursos hídricos e em todo o meio ambiente ao redor desses empreendimentos.

REFERÊNCIAS

ANEEL, Agência Nacional de Energia Elétrica (Brasil). Atlas de Energia Elétrica do Brasil. 1. ed. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/arquivos/pdf/livro_atlas.pdf>. Acesso em: 29 de agosto de 2017.

ANTUNES, P.B. Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Editora Lumens Júris, 1998.

BECKER, Bertha K. Reflexões sobre hidrelétricas na Amazônia: água, energia e desenvolvimento. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi. Ciências Humanas, v. 7, n. 3, p. 783-790, set.-dez. Rio de Janeiro, 2012.

BRAGA, B. *et al.* A reforma institucional do setor de recursos hídricos. In: REBOUÇAS, Aldo da Cunha; BENEDITO, Braga e TUNDISI, José Galizia. Águas doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação. 3. ed. São Paulo: Escrituras, 2006.

BRASIL. Código das Águas (Decreto 24.643/34). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm>. Acesso em: 28 de maio de 2017.

_____. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (Lei 3.071/1916). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 15 de junho de 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 de junho de 2017.

_____. Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433/97). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm>. Acesso em: 15 de junho de 2017.

_____. Lei de Utilização dos Recursos Hídricos (Lei 9.993/00). Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/blei20009993.pdf>>. Acesso em: 25 de maio de 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21. ed. Rio de Janeiro: 2009.

CUREAU, S. e LEUZINGER, M. D. Direito ambiental. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

FEARNSIDE, Philip M. Hidrelétricas na Amazônia: Impactos ambientais e sociais na tomada de decisões sobre grandes obras. Vol. 1. Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia. Manaus: Editora do INPA, 2015.

FREITAS, V. P. Águas – aspectos jurídicos e ambientais. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2002.

GRANJA, Cícero Alexandre; MURAKAWA, Paulo Takaharo. Construção de usinas hidrelétricas na Amazônia e as divergências entre o artigo 12 do novo Código Florestal e a Constituição Federal. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12562&revista_caderno=5>. Acesso em 01 de set 2017.

GUIMARÃES ROSA, J. Grande sertão: veredas. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GREENPEACE. Hidrelétricas na Amazônia: Um mau negócio para o Brasil e para o mundo. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://m.greenpeace.org/brasil/Global/brasil/documentos/2016/relatorio_hidreletricas_na_amazonia.pdf>. Acesso em 01 de setembro de 2017.

GRANZIERA, M. L. Machado. Direito de Águas, Atlas, SP, 2001.

RIBEIRO, José. Propriedade das águas e o registro de imóveis. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). Águas: aspectos jurídicos e ambientais. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SOMLYODY, L; VARIS, O. Freshwater under pressure. International Review for Environmental Strategies, v.6, n.2, 2006.

TUNDISI, J. G.; SCHEUENSTUHL, M. (Ed.) Bridging water research and management: new perspectives for the Americas. IIE, IIBRH, Ianas, Brazilian Academy of Sciences, IAP, 2008.

Cédula de produto rural e sua importância para o desenvolvimento do agronegócio

*Igor Talarico da Silva Micheletti
Natiele Cristina Friedrich
Aline Cristina Perussi Real
Anny Rosana Trindade Siqueira
Bruno Henrique de Araujo Sousa
Eder Silva Cordeiro
João Paulo Lopes Silva
Renata Bianca Ferreira
Jessica Oliveira Borges Ferreira
André Varella Bianeck*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.12

RESUMO

O presente texto tem por objetivo compreender e explicar a dinâmica da CPR e sua importância para o agronegócio, assim como identificar e elencar seus principais requisitos e sua evolução ao longo do tempo no Brasil. Resultado da procura de soluções para a grave crise econômica dos anos 80 que atingiu o Brasil e seu agronegócio, a Cédula de Produto Rural (CPR) foi lançada pelo Banco do Brasil S.A. em 1994 e proporcionou aos produtores rurais a venda a termo de sua produção, recebendo no ato o valor da venda e assumindo o compromisso de entregar o produto vendido, na quantidade, qualidade, local e data estabelecida no contrato. Tendo nascido com intuito de ser um tipo de financiamento, a CPR superou as expectativas, pois pode ser utilizada junto às funções de garantia de uma dada rentabilidade ao fixar receitas e custos, e de hedging de venda, de forma a proporcionar uma proteção contra variações de preços.

Palavras-chave: cédula de produto rural. alternativa de financiamento. agronegócio.

ABSTRACT

This text aims to understand and explain the dynamics of CPR and its importance for agribusiness, as well as identify and list its main requirements and its evolution over time in Brazil. As a result of the search for solutions to the serious economic crisis of the 80s that hit Brazil and its agribusiness, the Rural Product Cédula (CPR) was launched by Banco do Brasil S.A. in 1994 and provided rural producers with a fixed-term sale of their production, receiving the value of the sale immediately and assuming the commitment to deliver the product sold, in the quantity, quality, place and date established in the contract. Having been created with the intention of being a type of financing, the CPR exceeded expectations, as it can be used together with the functions of guaranteeing a given profitability by fixing revenues and costs, and of selling hedging, in order to provide protection against variations of prices.

Keywords: rural product bill. financing alternative. agribusiness.

INTRODUÇÃO

O setor de agronegócios viveu constantes mudanças, tendo nas últimas décadas se observado grandes alterações em sua economia, e para acompanhar esse desenvolvimento se fez necessário novos instrumentos jurídicos que tivessem a capacidade de dar segurança jurídica e legitimação para as novas formas de negociação que foram surgindo nesse processo de desenvolvimento do agronegócio.

Dentre os instrumentos jurídicos utilizados pelo setor agrário a Cédula de Produto Rural tem se mostrado de grande importância para a manutenção e o desenvolvimento equitativo do sistema agrário. Tendo sido instituída pela Lei 8.929/1994, foi trazida ao mundo material com a principal função de propiciar o acesso do produtor rural aos recursos de mercado a menores custos.

A Cédula de Produto Rural vem ganhando espaço e importância no mercado do agronegócio, tendo legitimidade para emitir a CPR os produtores rurais e suas associações e também

as cooperativas, podendo ser emitida em favor de investidores, bancos, fornecedores, entre outros. Esse novo quadro sistêmico aproximou as empresas fornecedoras, bancos e outros investidores do meio agrário, fazendo com que o setor agrário ganhasse novos ares de direito empresarial. Esse novo cenário é bem destacado pela compra e venda de produtos agropecuários, que traz à tona não somente a figura do homem do campo, mas pressupondo a figura do empresário do campo.

O conceito de que só a terra produz tem sido superado, sabe-se que um só fazendeiro é capaz de produzir e negociar toneladas de grãos, ele próprio, com ou sem a interferência de terceiros. A criação de gado desenvolveu-se espantosamente, se tornando corriqueiro se encontrar homens do campo que tenham milhares de cabeças de gado, diversificando e aprimorando raças, como nunca antes foi visto. Aves como a galinha, a codorna, a perdiz, o faisão e outras são criadas em escala industrial, abatidas, e suas carnes são fornecidas diretamente para consumo em restaurantes sofisticados. (COSTA, 1994, p. 34)

Nesse novo contexto de mescla entre o homem do campo e o empresário, a cédula de produto rural foi criada de modo a auxiliar os produtores rurais, diminuindo as dificuldades e simplificando o agronegócio, tendo grande aceitação como um instrumento de gerenciamento de riscos no setor agrícola.

Desse modo, para uma análise meticulosa se torna necessário discorrer sobre a importância da Lei n 8.929/1994 no setor de agronegócio, fazendo um paralelo entre o emprego da Cédula de Produto Rural e o desenvolvimento da economia no agronegócio. Visando enumerar de forma sistemática as vantagens e desvantagens da Cédula de Produto Rural, seus requisitos legais e garantias.

BREVE HISTÓRICO SOBRE CRÉDITO RURAL NO BRASIL

O Brasil é um país de grande extensão territorial, e desde seu descobrimento sempre teve sua economia baseada no setor produtivo primário, tendo a economia do país forte dependência do sucesso da agricultura e pecuária.

O Estado tendo ciência dessa premissa mesmo sem muitas condições começou no século passado a tentar financiar adequadamente o setor, tendo como objetivo fomentar o crescimento nacional, com isso institucionalizou o crédito rural pela Lei n. 4.829, de 5 de novembro de 1965, que tinha como principal objetivo desenvolver a produção rural e melhorar a economia do país que vivia um momento de enfraquecimento nas últimas décadas, conforme expõe REIS (2017, p. 38):

Diante da mudança na realidade econômica no Brasil da época, o setor rural foi se enfraquecendo em termos relativos e absolutos, sendo que, entre os anos de 1948 e 1970, a atividade agrícola experimentou uma redução de 15% sobre a participação na renda interna do país. Nesse caótico contexto, em novembro de 1965, surgiu o Sistema Nacional de Crédito Rural – SNCR, instituído pela Lei nº 4.829/65, que tinha por principais objetivos: A) estimular o incremento dos investimentos rurais em armazenagem, industrialização, custeio da produção e comercialização dos produtos agropecuários; B) fortalecer os produtores rurais, notadamente os mini, pequenos e médios; C) incentivar a introdução de métodos racionais de produção, visando o aumento da produtividade, a melhoria do padrão de vida das populações rurais e a adequada defesa do solo; D) incentivar o aumento da produtividade e a modernização da agricultura; e E) garantir maior parcela de recursos financeiros para a agricultura, já que os bancos comerciais privados, sem o apoio

de legislação própria, não a atendiam satisfatoriamente. A partir da institucionalização do SNCR como principal instrumento da política agrícola brasileira, grandes transformações começaram a ocorrer, não só no setor agrícola, mas em toda a economia nacional.

O artigo 2º da Lei nº 4.829/65 (que institucionalizou o crédito rural), assim definiu o crédito rural:

Art. 2º. Considera-se Crédito Rural o suprimento de recursos financeiros por entidades públicas e estabelecimentos de crédito particulares a produtores rurais ou suas cooperativas para aplicação exclusiva em atividades que se enquadrem nos objetivos indicados na legislação em vigor. (BRASIL, 1965)

Conforme explica REIS (2017, p. 37), a implementação do SNCR - Sistema Nacional de Crédito Rural, foi durante certo tempo o principal instrumento de política agrícola brasileira, e historicamente trouxe grandes modificações e benefícios que se foram demonstrando, não somente no meio agrícola, mas na economia nacional em geral.

Nessa visão, SAYAD (1984, p. 125) diz que os objetivos do novo sistema eram de incentivo à agricultura:

Incentivar a produção agrícola, proteger os pequenos produtores rurais e promover a modernização da agricultura. O programa pretendia garantir maior parcela de recursos financeiros para a agricultura, já que os bancos comerciais privados, sem o apoio desta legislação, não a atendiam satisfatoriamente. Além disso, muitos analistas apontavam que um desempenho mais razoável do setor agrícola, quer em termos da produção, quer em termos da produtividade, dependia de oferta mais firme e estável de recursos financeiros. A modernização, em especial, era objeto prioritário da política de financiamento.

O programa nasceu com o intuito de incentivar o financiamento agropecuário, e teve como facilitadores os agentes financeiros como: o Banco do Brasil, o Banco Central, bancos estaduais, bancos regionais de desenvolvimento, bancos privados, caixas econômicas, sociedades de crédito, investimento e financiamento, cooperativas, órgãos de assistência técnica e extensão rural. Mesmo que nas décadas de 60 e 70 o programa tenha levado a modernização de alguns segmentos da agricultura, as falhas no programa levaram gradativamente o SNCR - Sistema Nacional de Crédito Rural ao colapso.

Conforme explica o professor REIS (1984, p.39):

Nas décadas de 1960 e 1970, o SNCR propiciou a modernização de alguns segmentos da agricultura, levando a um significativo crescimento, fornecendo, por outro lado, pesados subsídios ao setor. Operação comum nessa época eram os empréstimos concedidos pelo Banco do Brasil a grandes produtores que, ao invés de aplicar o dinheiro recebido no financiamento da produção, o reaplicavam no próprio Banco, percebendo rendimentos muito superiores àqueles previstos nos próprios contratos de empréstimo. O programa previa taxa de juros de 15% a.a., sem correção monetária, contra 50% cobrados pelo mercado financeiro privado, que era obrigado a se posicionar defensivamente na tentativa de se proteger da desvalorização monetária provocada pela galopante inflação da época, o que também justificava a especulação financeira ora praticada internamente junto ao Banco do Brasil. Em razão disso, o uso do crédito subsidiado cresceu vertiginosamente na década de 1970 que, com o aumento da inflação, verificou essa taxa de juros real (15%) restar negativa. Em 1975, os empréstimos oficiais alcançaram 74% do produto interno da agricultura, sendo que, em 1976, chegaram a incríveis 90%. Como os grandes e médios produtores detinham maior capacidade de pagamento, foram esses os maiores beneficiados pelo programa, descaracterizando um dos seus objetivos propostos, o de atendimento aos pequenos e mini produtores rurais. Com o sucateamento do SNCR, o mercado partiu em busca de soluções alternativas de financiamento, passando a lançar mão de recursos próprios.

O processo inflacionário brasileiro começou a sofrer uma grande aceleração a partir de

meados de 1983 e os juros do crédito rural em geral, que sempre estiveram abaixo da taxa de inflação, começaram cada vez mais a pressionar a expansão da base monetária. Diante deste fato o governo decidiu retirar os subsídios das taxas de crédito rural, e em 20.12.1983, o Bacen através da Resolução nº 876, determinou que os juros para financiamento de custeio, investimento e comercialização passassem a ser fixados ao nível de 3% a.a. mais correção integral pela variação ORTN (Obrigações reajustáveis do Tesouro Nacional). (SHIROTA, 1988)

Nesse ínterim, explica REIS (2017, p. 39), o fracasso do SNCR – Sistema Nacional de Crédito Rural impulsionado pelo desastroso cenário econômico da década de 80, fez surgir alguns meios alternativos para fomentar o meio agrícola: A. “troca-troca” – início dos anos 1980: insumos e serviços por produtos agrícolas a serem entregues na época da colheita; B. “soja verde” – 1988: venda antecipada da produção a preço fixo pelo produtor, com pagamento à vista a um esmagador ou exportador, para entrega futura da produção; C. certificado de Mercadoria com Emissão Garantida – CMG – 1992: lançado pela Bolsa de Cereais de São Paulo, como título mercantil de contrato de compra e venda para entrega física futura garantida (CMGF) e entrega física disponível garantida (CDMG). Face à redução dos recursos provenientes do SNCR, o mercado agroindustrial lançou-se em busca de novas fontes de financiamento. Atento a essas necessidades, em 1994, o Banco do Brasil realizou estudos que resultaram na criação da Cédula de Produto Rural – CPR.

De acordo com DELGADO (1985, p. 21) neste cenário caótico de tentativas e fracassos havia a necessidade de instrumentalizar juridicamente os personagens do segmento agrícola trazendo maior profissionalismo em suas negociações e dessem as devidas garantias contratuais, pensando nisso o Banco do Brasil desenvolveu o instrumento chamado de cédula de produto rural - CPR.

Nesse sentido, KLEIN (2013, p. 23) comenta sobre a criação desse instrumento:

Assim, dentre outros instrumentos jurídicos, em 22 de agosto de 1994 foi publicada a Lei n. 8.929 que instituía a Cédula de Produto Rural, ou seja, um título de crédito (executivo extrajudicial) destinado exclusivamente como instrumento para a formalização do negócios jurídicos ligados ao campo, permitindo estabelecer nele varias espécies de garantias, trazendo a segurança desejada nas transações do setor agroindustrial no país, e, com o destaque para a moeda, objeto do referido instrumento de crédito, sendo esta o próprio produto rural produzido pelo agricultor ou pecuarista.

A criação da CPR conforme explica Nuevo (1996) tinha como objetivos básicos: alavancar os recursos para o financiamento da produção agrícola; simplificar procedimentos, reduzir custos operacionais e dar maior segurança para as partes envolvidas; Buscar novos recursos em outros setores da economia para o setor agrícola; otimizar a aplicação dos recursos oficiais, direcionando os créditos para investimentos ao invés do custeio e comercialização; permitir o direcionamento de recursos oficiais aos setores da agricultura menos desenvolvidos e que mais necessitam de ajuda governamental.

A CÉDULA DE PRODUTO RURAL E O PRODUTOR RURAL

A Cédula de Produto Rural ou como é usualmente chamada a CPR é um título de crédito que se caracteriza como um exemplo típico daquilo que na teoria geral do direito se traduz como fato tornado norma. (REIS, 2017, p. 09).

Na realidade do setor agrícola sempre houve a tradição no processo de venda de produtos agrícolas para entrega futura, ou simplesmente o troca-troca ou o contrato de soja verde, sendo um costume de longa data no País desenvolvida à margem de uma tutela legislativa específica do Estado. Pois mesmo de formas variadas o produtor rural sempre buscou fomentos financeiros para subsidiar e alavancar seu negócio rural ou até para prover o seu sustento familiar. (REIS, 2017, p. 35).

Visando ordenar novamente o processo, o Banco do Brasil desenvolveu a Cédula de Produto Rural - CPR, que logo após foi aprovada pelo Congresso Nacional e transformada na Lei nº. 8929 de 22 de agosto de 1.994, pelo Governo Federal. (BANCO DO BRASIL, 2000)

Segundo Nuevo (1996), a CPR é um título cambiário e certo, representativo de promessa de entrega de produtos rurais, com ou sem garantias cedularmente constituída, transferível por endosso e exigível pela quantidade e qualidade de produto nela prevista.

Para Klein (2013, p. 24) a Cédula de Produto Rural é um título de crédito pelo qual o emitente, com rol taxativo de legitimados estabelecidos na lei que a instituiu, ou seja, produtores rurais e suas associações ou cooperativas de produção, compromete-se a entregar determinada quantidade de produto rural, na quantidade e gênero nela descritos, no prazo e local nela estabelecidos.

Desde sua criação a Cédula de Produto Rural vem se diferenciando dos demais títulos de créditos e se tornou um elemento de grande importância nas negociações conforme nos diz KLEIN (2013, p. 37):

A Cédula de Produto Rural não se caracteriza como mais um título de crédito disponibilizado para o mercado, mas como instrumento de efetividade das negociações entre produtores agrícolas e pecuaristas, empresas agrícolas, bancos e também das cooperativas com seus associados. (...) a Cédula de Produto Rural se evidencia dentre os demais títulos de créditos por duas razões especialmente distintas, ou seja, o seu objeto consiste na promessa de entrega de coisa, sendo esta coisa o próprio bem a ser produzido pelo agricultor ou pecuarista, permitindo que o produtor rural, com o mesmo instrumento jurídico, possa levantar recursos para financiamento de sua produção, bem como promover a comercialização antecipada de seu produto, precavendo – se das oscilações abruptas de preços a que estão sujeitas as commodities. Não obstante a tudo isto, nela é permitido atribuir gravame hipotecário e pignoratício, dentre outras garantias mais, e ainda existe a possibilidade de cumprimento da obrigação in natura, de forma específica, sendo a moeda a própria produção do ruralista.

A CPR tem como objeto a promessa de entrega de produto agrícola, podendo, na modalidade financeira, essa promessa vir a ser substituída pelo simples pagamento em dinheiro do título. No entanto, consubstanciada ela pela emissão pode servir de objeto para outras negociações até o seu vencimento assumindo com isso a natureza diversa daquela para a qual foi emitida. Como ativo financeiro ela pode servir de objeto dos mais variados tipos de contratos de câmbio ou mesmo garantir dívidas agrícolas ou não. Dessa forma, é possível que o negócio subsequente possa vir a ser motivo de discussão sem que isso envolva a CPR. (KLEIN, 2013).

A utilização da CPR pelo produtor rural em várias áreas, mas principalmente na área comercial, inclui na atividade e no agir do produtor rural traços de um comerciante o que gera grandes debates no meio jurídico sobre o enquadramento correto dessa nova figura nos contratos. Principalmente com a evolução da agricultura que deixou de ser apenas a de subsistência e passou a ser de mercado, se faz a necessidade de atualização de alguns conceitos. (REIS, 2017)

Com propriedade, COSTA (1994, p. 34) alerta:

O que não se pode negar é que nos acostumamos a uma afirmação, desde os tempos dos bancos escolares, de que a atividade agrícola está excluída do Direito Comercial. Sendo atividade econômica, dirigida para a economia de mercado, a comercialidade da empresa rural desponta, a ela se aplicando as regras do direito comercial, pouco importando tratar-se de pessoa física ou jurídica seu titular. Em verdade, não pode ser de outra forma o entendimento, já que sua estrutura pouco ou nada difere das demais empresas, sendo certo que todos os demais elementos são a ela atribuídos.

Essa discussão não é tão recente pois há ordenamentos de vários países que buscaram pacificar essa questão como o Código Comercial Alemão (HGB) de 1897, que já dispunha sobre a faculdade concedida ao produtor rural de optar, em certos casos, pela qualidade de comerciante. Conforme art. 1º, desse diploma, agricultores e silvicultores não eram entendidos como comerciantes, salvo se exercessem uma atividade acessória, respeitando-se alguns requisitos, abrindo a opção do registro facultativo. Nesse sentido explica GIERKE (1957, p. 81, Tradução nossa):

Se se preencheu os mencionados requisitos, o agricultor ou silvicultor está facultado, mas não obrigado, a inscrever sua empresa no Registro do Comércio, adquirindo assim a qualidade de comerciante para a atividade acessória. Por isso, ele é denominado comerciante facultativo. Por esse raciocínio, o simples produtor de uva não será considerado comerciante, mas, se também possuir uma fábrica de vinhos, essa segunda atividade, acessória, possibilitaria a inscrição do produtor perante o Registro do Comércio, adquirindo-se a qualidade de comerciante a partir da inscrição.

Mas a discussão se acentua principalmente a partir do Código Civil de 2002, onde se voltou à idéia do registro obrigatório para produtores rurais na Junta Comercial, como nos tempos das corporações de ofício, mas sem prever sanções diretas à sua ausência, permanecendo a colocação de obstáculos a concessão de prerrogativas conferidas aos empresários regularmente registrados. Tendo mero efeito declaratório da condição de empresário, pois sem o devido registro o produtor rural estaria atuando as margens da Lei. (REIS, 2017)

Ainda sobre os efeitos desse registro na Junta Comercial, embora obrigatório (Lei n. 10.406, art. 967), não é constitutivo, tendo apenas efeito meramente declaratório da qualidade de empresário. Pelo menos por enquanto. [...] Mas, considerando nosso Direito Positivo atual, caso haja provas de que o inscrito no Registro Público de Empresas Mercantis (Junta Comercial) não exercita, profissionalmente, atividade própria de empresário, ele se exime e não adquire a condição de empresário. (ROCHA FILHO, 2004, p. 324).

PERSPECTIVAS SOBRE A UTILIZAÇÃO DAS CPR E SUA IMPORTÂNCIA PARA O AGRONEGÓCIO

Abstendo-se da discussão sobre a caracterização de empresário na personalidade do produtor rural ao utilizar a CPR no mundo dos negócios, observa-se a importância da utilização e os benefícios da Cédula de Produto Rural ao agronegócio no Brasil. A CPR disponibiliza ao produtor rural o acesso aos recursos de mercado a menor custo. As características da CPR além de ser um título cambial líquido e certo, representativo de promessa de entrega de produtos rurais com ou sem garantia, que permite a transferência por outro comprador por endosso e permite o investimento no setor de produção podendo ser emitida a qualquer tempo. Além disso, a emissão da CPR pode contar como garantia cedularmente constituída sendo que estabelecida lei a per-

missão da instituição de hipoteca, penhor, alienação fiduciária e aval como institutos garantidos do pagamento da obrigação lançada no próprio título (LUCHESEI, 2017, p. 36)

A Cédula de Produto Rural é, portanto, um título de crédito rural pelo qual o emitente que é o produtor rural, suas associações ou cooperativas de produção, que vendem previamente certa quantidade de produto, recebendo por eles um valor pactuado ou mesmo determinada quantidade de insumos no ato desta venda e em contrapartida tem que entregar os produtos na qualidade, no local e em data acordados ou a ressarcir pecuniariamente a empresa fornecedora de insumos ou a pagar valores desses produtos (BARROS, 2009, p. 17).

Existe também a CPR Financeira, que dá ao produtor rural, associações e cooperativas a oportunidade de vender seus produtos com a opção da liquidação financeira com a cédula, ao invés de entregar a coisa prometida na cédula, o que não difere muito da CPR pois a finalidade principal de ambos os títulos é o incentivo dos produtores rurais, pois colocam a disposição dos produtores um instrumento rápido e eficaz de fomento do plantio garantido pela própria safra. (BANCO DO BRASIL, 2001)

No ordenamento jurídico a cédula é classificada como abstrata quando a origem não é indagada e causal quando está vinculada a uma causa a sua origem. O credor não necessitada necessariamente ter como atividade a compra e venda de produtos rurais, portando a CPR pode ser emitida, por favor, de bancos, investidores, vendedores de insumos entre outros. A CPR admite vínculo de garantia real e a inserção de cláusula ajustada entre as partes e possibilita a transferência por endosso e ser considerada ativo financeiro, pode atrair e envolver além do produtor e o adquirente dos seus produtos, outros segmentos do mercado próprio, o sistema financeiro, seguradores, bolsas de mercadorias e de futuro, centrais de custódia e investidores. (REIS, 2017)

A CPR, é um título que possui simplicidade, admitindo a vinculação de garantias reais e a inserção de cláusulas ajustadas entre as partes, e ainda possibilita a transferência por endosso e pode ser considerada ativo financeiro, pode atrair e envolver, além do produtor rural e do adquirente de seus produtos, outros segmentos do mercado, como o próprio sistema financeiro, seguradoras, bolsas de mercadorias e de futuros, centrais de custódia e investidores. (KLEIN, 2013)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O setor de agronegócios viveu constantes mudanças, tendo nas últimas décadas se observado grandes alterações em sua economia e, para acompanhar esse desenvolvimento, fez-se necessário novos instrumentos jurídicos que tivessem a capacidade de dar segurança jurídica e legitimação para as novas formas de negociação, que nesse processo evolutivo do agronegócio foram surgindo.

Nesse contexto, a cédula de produto rural foi criada de modo a auxiliar os produtores rurais, diminuindo as dificuldades e simplificando o agronegócio, tendo grande aceitação como um instrumento de gerenciamento de riscos no setor agrícola. Ao longo dos anos sendo utilizada, observa-se que sua aceitação e eficácia tem trazido ao agronegócio brasileiro muitos benefícios.

Deste modo, a cédula de produto rural vem se diferenciando dos demais títulos de créditos, a qual se tornou um elemento de grande importância nas negociações. Sendo assim, a CPR

proporciona ao produtor rural a acessibilidade aos recursos de mercado com menores custos. Essa viabilidade garantida pela cédula de produto rural, oportunizou o desenvolvimento do agronegócio, trazendo várias proteções jurídicas a esses negócios.

Quanto as suas características, destaca-se que a CPR é um título cambial líquido e certo, representativo de promessa de entrega de produtos rurais com ou sem garantia, que permite a transferência para outro comprador com endosso, todas essas características deram ao produtor rural uma roupagem de homem de negócios, que possui um título cambial que permite buscar por negociações que tragam melhores benefícios ao produtor rural.

O sistema do CPR criado pelo Banco do Brasil trouxe muito desenvolvimento ao meio do agronegócio nesses mais de 20 anos de utilização, beneficiando tanto a economia do país quanto o produtor rural. Cumpriu assim, seus objetivos de origem que eram: fomentar o meio agropecuário, trazer mais segurança jurídica às transações e tornar o meio agropecuário mais comercial de modo a ter competitividade, com desenvolvimento interno e externo.

REFERÊNCIAS

BANCO DO BRASIL. CPR: Relatório de Atividades. 2000, "a". Brasília-DF.

BANCO DO BRASIL. BB-CPR Cédula de Produto Rural. 2001 "b". Brasília-DF.

BARROS, W. Estudos Avançados sobre a Cédula de Produto Rural – CPR. Porto Alegre. WB Edições. 2009.

BRASIL, Lei 4.829, de 05/11/1965. Diário Oficial da União, nº 84, p. 438.

BRASIL, Lei nº 8.929, de 22/08/94. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, nº 161, p. 12.045.

COSTA, W. D. A Possibilidade de Aplicação do Conceito de Comerciante ao Produtor Rural. Tese (doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais, 1994.

DELGADO, G. C. Capital Financeiro e Agricultura no Brasil. 1985, 236p. São Paulo: Ícone/Unicamp, 1985.

GIERKE, J. V. Derecho Comercial y de la Navegación. Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina S/A, 1957, p. 81.

KLEIN, A. P. Títulos de Crédito: Teoria e prática: Cédula de produto rural, Lei n 8.929/1994. Curitiba: Cronus, 2012.

LUCHESI, C. U. Cédula de Produto Rural é eficiente para financiar produção. Disponível em: <www.portaldogronegocio.com.br>. Acesso em: 15 jun. 2017.

NUEVO, P.A.S.; MARQUES, P.V. A Célula de Produto Rural (CPR) como Alternativa para Financiamento da Produção Agropecuária. In: XXXIV Congresso da SOBER, Aracaju, Anais... v.1, p. 617-640, 1996.

REIS, M. Manual Jurídico da CPR: teoria e prática da Cédula de Produto Rural / Marcus Reis; prefácio de Sílvio de Salvo Venosa. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ROCHA FILHO, J. M. Curso de Direito Comercial. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAYAD, J. Crédito Rural no Brasil: Avaliação das Críticas e das Propostas de Reforma. São Paulo, Fipe/Pioneira, 1984.

SHIROTA, R. Crédito rural no Brasil: subsídio, distribuição e fatores associados à oferta. 1988. Dissertação (Mestrado) – Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz”/USP. Piracicaba, 2008.

Uma breve análise da prescrição na nova lei de improbidade administrativa e sua aplicação nas ações judiciais em curso, noções conceituais, finalidade e um comparativo com as regras prescricionais da lei revogada

Allison Kelvis de Almeida Prihl

Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade São Lucas.

Sebastião Edilson Rodrigues Gomes

. Professor Universitário. Mestre em Direito do Estado. Especialista em Direito Civil (Família). Licenciado em Pedagogia.

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.13

RESUMO

O presente estudo versa, de modo geral, sobre a prescrição, tanto da pretensão punitiva e a intercorrente, previstas na nova lei n. 14.320/21 que promoveu reformas na lei n. 8.429/92, lei improbidade administrativa, assim como verificar sua aplicabilidade em processos judiciais que estão em tramitação, posto que em sendo norma benéfica ao acusado sua aplicabilidade é imediata. No entanto, a problemática emerge acerca das condutas praticadas sob égide da legislação passada. Visa ainda informar noções conceituais, finalidades da prescrição, bem como fazer um comparativo com as regras prescricionais previstas na lei revogada, a lei n. 8.429/92. A par disso, realizou-se um estudo de caráter descritivo e bibliográfico, sendo a pesquisa classificada como qualitativa e exploratória, buscando maiores esclarecimentos sobre o tema proposto. Nessa perspectiva, vislumbrou-se que a novel legislação a lei n. 14.320/21 determinou que as regras ali estatuídas teriam aplicabilidade imediata, contudo diversos operadores do Direito e Órgãos institucionais, tais como o Ministério Público, se insurgem em face dessa disposição de modo que, a celeuma chegou à Suprema corte do País, o Supremo Tribunal Federal, cuja missão é deliberar sobre aplicabilidade destas disposições.

Palavras-chave: Lei n. 14.320/21. improbidade administrativa. prescrição. ações judiciais em curso.

ABSTRACT

This study deals with the prescription both of the punitive ability and intercurrent claims provided by the new law n. 14.320/21, which provisions about administrative improbity as well as verifying its applicability in legal proceedings that are in progress, since, as a beneficial rule to the accused, its applicability is immediate. However, the problem emerges about the conduct practiced under the auspices of past legislation. It also aims to inform conceptual notions, purposes of prescription, as well as to make a comparison with the prescription rules provided for in the repealed law, law n. 8,429/92. In addition, a descriptive and bibliographic study was carried out, the research being classified as qualitative and exploratory, seeking further clarification on the proposed theme. From this perspective, it was seen that the legislation, law n. 14,320/21 determined that the rules established therein would have immediate applicability, however, several legal operators and institutional bodies, such as the Public Ministry, rebel against this provision so that the rattle reached the Supreme Court of the Country, the Supreme Court Federal, whose mission is to deliberate on the applicability of these provisions.

Keywords: Law 14.320/21. administrative improbity. statute of limitations. ongoing lawsuits.

INTRODUÇÃO

Partindo da concepção de que o Estado deve prover e promover o bem-estar social de seus administrados, aos governantes que dirigem o país, incumbem uma série de obrigações estatais, as quais podem ser de ordem econômica, social, assistencial, política, educacional, segurança pública, saúde, contratação de servidores, entre outras (DI PIETRO,2020).

Essas obrigações do Estado, demandam altos custos financeiros e estruturais, assim

para fazer frente a tantos gastos, o Estado dispõe do poder de tributar, no qual o Estado cobra uma porcentagem sobre as riquezas da população, e dessa forma arrecada fundos para o cumprimento das responsabilidades estatais. Sucede que, após a cobrança e pagamento, os valores efetivamente ingressam nos cofres públicos, que denominamos como tesouro (NIEBUHR, 2021).

Com os valores em caixa, o poder público dará a devida destinação, de modo que o gestor público, de acordo com seu plano de governo, avaliará as áreas que atuará de forma mais enérgica, sem prejuízo nos demais setores. Todavia, para aplicação dos valores e, via de consequência, cumprir os encargos estatais, os gestores públicos realizam as compras públicas, que, em resumo, são as despesas públicas, compreendidas no dispêndio de valores públicos (NIEBUHR, 2021).

Os processos de compras públicas, por se trata da aplicação direta do dinheiro público possui diversas nuances, e é nesse momento que servidores públicos e particulares mal intencionados aproveitam para se locupletar ou auferir numerários financeiros em prejuízo ao Estado. Diante desse cenário, o legislador constituinte previu que servidores e particulares que praticassem atos danosos ao patrimônio público seriam punidos na forma da lei, ou seja, teve como finalidade preservar e manter a integridade, assim como recompor, se necessário, o erário público (DI PIETRO, 2020).

Com essa premissa, a de preservar, recompor e manter a integridade do erário, o legislador previu também que os atos praticados por servidores públicos no exercício de suas funções que gerem danos ao erário, aos valores sociais e morais, bem como os princípios da Administração Pública seriam considerados atos de improbidade administrativa.

Assim, a lei de improbidade administrativa tem como objeto proteger e ao mesmo tempo punir condutas de pessoas que causem prejuízos ao erário, por exemplo compras superfaturadas, assim como para servidores que no seu agir viola as regras básicas de condutas da Administração Pública, por exemplo o servidor que viole o dever de segredo em razão de informação estatal de suma relevância que não podia vir a pública.

No entanto, de modo geral, há um prazo determinado para aplicar sanções punitivas, posto que uma pessoa não pode ficar esperando infinitamente por sua punição. Desse modo, a Lei n. 14.320, de 25 de outubro de 2021, cuja finalidade foi promover reformas na lei de improbidade administrativa, no que diz respeito ao prazo que o Estado dispõe para aplicar sanções aos infratores, e ao regulamente a disciplina acabou por inaugurar uma verdadeira celeuma jurídica, na medida em que possibilitou o livramento de inúmeros agentes e particulares que até então eram demandados em ações judiciais que visavam puni-los e eventualmente recompor o erário (BRASIL, 2021)

Assim, o embaraço jurídico chegou ao Supremo Tribunal Federal que por meio do Agravo em Recurso Extraordinário n. 843.989 deliberará se as disposições, quanto a prescrição, são aplicáveis a fatos e processos judiciais, ocorridos antes da publicação da Lei n. 14.230/2021 (BRASIL, 2022).

Dessa forma, com intuito de demonstrar dissertar sobre a aplicabilidade da prescrição nos processos judiciais em curso, fará o uso do Método lógico dedutivo, sendo a pesquisa classificada como qualitativa e exploratória, buscando maiores esclarecimentos sobre o tema.

Vale mencionar ainda que, quanto às técnicas de coleta de dados, serão utilizadas a pesquisa bibliográfica, está baseada no estudo da doutrina jurídica e diplomas legais.

Quanto ao método de procedimento, será utilizada a pesquisa doutrinária, a fim de construir uma forte base teórica, para realização do trabalho. A pesquisa doutrinária concentra-se no próprio Direito como um conjunto interno e autossustentado de princípios, que podem ser acessados através da leitura de decisões judiciais e de estatutos.

CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A expressão improbidade, segundo De Plácido e Silva (1984), originária do latim “*improbitas*”, que designa má qualidade, imoralidade, malícia. Revela a qualidade do homem que não procede bem, por não ser honesto, que age indignamente, por não ter caráter, que não atua com decência, por ser amoral.

Como bem pensa Antônio Marques (2010), se considerada apenas em sua etimologia, improbidade administrativa representa a desonestidade no tratamento da coisa pública, por parte dos administradores e funcionários públicos. Mas, a definição sustentada apenas na raiz linguística não satisfaz totalmente o intérprete, pois existem outras circunstâncias que devem ser consideradas na exegese da expressão.

O conceito de improbidade administrativa também é discutido pela doutrina continuamente, dada sua dificuldade de consenso no conceito, principalmente quanto ao sentido de probidade e de moralidade, já que ambas as expressões são mencionadas na Constituição. Alguns consideram distintos os sentidos, entendendo que a probidade é um subprincípio da moralidade (NETO, 2005). Outros, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020), ainda sustentam que, em última instância, as expressões se equivalem, tendo a Constituição, em seu texto, mencionado a moralidade como princípio (art. 37, caput) e a improbidade como lesão ao mesmo princípio (art. 37, § 4°).

Interessante é o pensamento de Carvalho Filho (2020), o qual diz que de um lado, é indiscutível a associação de sentido das expressões, confirmadas por praticamente todos os dicionaristas; de outro, parece-nos desnecessário buscar diferenças semânticas em cenário no qual foram elas utilizadas para o mesmo fim – a preservação do princípio da moralidade administrativa. Decorre, pois, que, diante do direito positivo, o agente ímprobo sempre se qualificará como violador do princípio da moralidade.

Se a probidade administrativa é da essência da democracia, é natural que a Constituinte ao organizar o Estado, tenha se preocupado em estabelecer eficientes meios de controle dos atos e das condutas dos seus agentes. (ANDRADE, 2015)

Atualmente, é o art. 37, § 4°, da Constituição, a fonte normativa principal sobre a matéria. Segundo o dispositivo, os atos de improbidade administrativa provocam a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível. Trata-se, sem dúvida, de sanções severas e necessárias à tutela jurídica alvejada (embora, lamentavelmente, nem sempre aplicadas). Há, ainda, outros mandamentos dotados de conteúdo correlato, como, por exemplo, o art. 37, caput (que inclui a moralidade como princípio); o art. 37, § 5° (prazos de prescrição para ilícitos que causem prejuí-

zos ao erário); e o art. 85, V (crime de responsabilidade do Presidente da República por ato que atente contra a probidade na Administração (FILHO, 2020).

A inclusão do princípio da moralidade administrativa na Constituição foi um reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público. Até então, a improbidade administrativa constituía infração prevista e definida apenas para os agentes políticos. Para os demais, punia-se apenas o enriquecimento ilícito no exercício do cargo. Com a inserção do princípio da moralidade na Constituição, a exigência de moralidade estendeu-se a toda a Administração Pública, e a improbidade ganhou abrangência maior, porque passou a ser prevista e sancionada com rigor para todas as categorias de servidores públicos e a abranger infrações outras que não apenas o enriquecimento ilícito. (DI PIETRO, 2020).

Dessa forma, nota-se que a intenção da Constituição Federal de 1988 é buscar amarrar todas as possibilidades de desonestidade praticada por parte do agente. Através de princípios que englobam infundas ações e amplos conceitos de improbidade administrativa, mesmo não estando positivadas, a Constituição consegue aumentar seu nível de garantia com o fim de proteger à probidade administrativa.

O diploma regulador da improbidade administrativa é a Lei no 8.429, de 2.6.1992 (LIA), cuja estrutura se compõe de cinco pontos principais: (1º) o sujeito passivo; (2º) o sujeito ativo; (3º) a tipologia da improbidade; (4º) as sanções; (5º) os procedimentos administrativo e judicial. Além da referida lei, outros diplomas se destinam à proteção de diversos valores na Administração Pública e preveem medidas e sanções com o intuito de protegê-los. Citem-se, como exemplo, a Lei nº 4.717, de 29.6.1965 (regula a ação popular contra imoralidade administrativa); Lei nº 8.730, de 10.11.1993 (exige declaração de bens de servidores públicos); Lei Complementar nº 101, de 4.5.2000 (responsabilidade na gestão fiscal); Lei nº 10.028, de 19.10.2000 (tipologia de crimes praticados em detrimento da LC no 101/2000), entre outras (FILHO, 2020).

O ato de improbidade administrativa, para acarretar a aplicação das medidas sancionatórias previstas no artigo 37, § 4º, da Constituição, exige a presença de determinados elementos: sujeito passivo: uma das entidades mencionadas no artigo 1º da Lei nº 8.429; sujeito ativo: o agente público ou terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta (arts. 1º e 3º); ocorrência do ato danoso descrito na lei, causador de enriquecimento ilícito para o sujeito ativo, prejuízo para o erário, atentado contra os princípios da Administração Pública ou concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário; o enquadramento do ato pode dar-se isoladamente, em uma das quatro hipóteses, ou, cumulativamente, em duas, três ou quatro; d) 18.3.3.1 elemento subjetivo: dolo ou culpa. (DI PIETRO, 2020).

Passadas essas considerações doutrinárias, conceituar improbidade administrativa se torna tarefa fácil, à medida que ímprobo é aquele que, logicamente, não é probo, integro ou correto. Dessa forma, a improbidade administrativa pode ser entendida como condutas desonestas e irregulares de agente público ou de particular praticadas contra a Administração.

Na seara da improbidade administrativa, o agir desonesto representa infringência as normas legais, isso porque, à Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei permite, ou seja, em se tratando do poder público, sempre haverá, em razão do princípio da legalidade, uma lei

ou conjunto de leis que disciplinarão a forma como o Estado deve agir, e do mesmo modo, a lei elencou e vedou a prática de condutas que poderão causar danos ao patrimônio público.

Dessa forma, improbidade administrativa são atos praticados por agente público ou particular contra a Administração Públicas, que possuem o condão causar danos e prejuízos ao erário, e em razão disso, o legislador entendeu por bem, puni-los na forma da lei.

Finalidade ou objeto da Lei de improbidade administrativa

O objeto da ação de improbidade é reconhecer a prática da improbidade administrativa e aplicar as respectivas sanções legais (OLIVEIRA, 2021).

Não obstante a dificuldade na conceituação da improbidade administrativa, o termo pode ser compreendido como o ato ilícito, praticado por agente público ou terceiro, geralmente de forma dolosa, contra as entidades públicas e privadas, gestoras de recursos públicos, capaz de acarretar enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios que regem a Administração Pública. (OLIVEIRA, 2021).

Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, popularmente conhecida como LIA, tem, por fim, tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, ou seja, impedir que os agentes públicos e os administrados não cometam atos danosos, de qualquer natureza, contra o patrimônio público e acaso praticados receberam as penalidades previstas (BRASIL, 1992).

Destarte, a lei de improbidade administrativa visa resguardar o patrimônio público contra atos e condutas que possam violar, ferir, malbaratear, lesionar, destruir, utilização e aplicações indevidas ou em dissonantes da finalidade pública, em resumo, a norma tanto protege o bem público quanto disciplina sanções aos infratores que em algum momento incorrem na prática dos atos que a lei elegeu como condutas inapropriadas frente ao patrimônio público.

ALTERAÇÕES PROMOVIDA PELA LEI N. 14.320 DE 25 OUTUBRO DE 2021

No dia 25 de outubro do ano de 2021, o Presidente da República sancionou a Lei n. 14.320/2021, que promoveu diversas alterações na Lei n. 8.429, de 2 junho de 1992, diploma regulador da improbidade administrativa. As alterações foram substanciais, de modo que, praticamente, inaugurou nova sistemática sobre a matéria. As mudanças, passam pelo campo da legitimidade para propor ação de improbidade administrativa, dolo, suspensão dos direitos políticos, prescrição, espécies de improbidade, enriquecimento ilícito, lesão ao erário, atos contra os princípios da administração pública, indisponibilidade de bens.

O Art. 17-B, da Lei n. 14.320, de 25 de outubro de 2021, trouxe a possibilidade do Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, o integral ressarcimento do dano e a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados (BRASIL, 2021).

No que concerne a suspensão dos Direitos Políticos, esta passou a ser de 14 (catorze) anos, nos termos do que o Art. 12, inciso I da Lei n. 14.320, de 25 de outubro de 2021, ao

dispor que na hipótese do art. 9º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos (BRASIL, 2021).

A prescrição sofreu importantes alterações, consoante previsão incerta no Art. 23 da Lei n. 14.320, de 25 de outubro de 2021, a ação para a aplicação das sanções prescreve em 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência (BRASIL, 2021).

Importante mencionar que o § 1º, Art. 23, da Lei n. 14.320, de 25 de outubro de 2021, previu que a instauração de inquérito civil ou de processo administrativo para apuração dos ilícitos referidos nesta Lei suspende o curso do prazo prescricional por, no máximo, 180 (cento e oitenta) dias corridos, recomeçando a correr após a sua conclusão ou, caso não concluído o processo, esgotado o prazo de suspensão (BRASIL, 2021).

Além disso, o § 2º do Art. 23, da Lei n. 14.320, de 25 de outubro de 2021, rezou que o inquérito civil para apuração do ato de improbidade será concluído no prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias corridos, prorrogável uma única vez por igual período, mediante ato fundamentado submetido à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica, de modo que, decorrido este prazo, a ação deverá ser proposta no prazo de 30 (trinta) dias, se não for caso de arquivamento do inquérito civil (BRASIL, 2021).

Outra mudança importante, é em relação ao que pode ser considerado como ato de improbidade, posto que a Lei n. 14.320, de 25 de outubro de 2021, passou a considerar como atos ímprobos somente as condutas dolosas tipificadas nos Arts. 9º, 10 e 11 da lei 8.429/92, ressalvados os tipos previstos em leis especiais, sendo atos que importam enriquecimento ilícito, dano ao erário, atos que atentam contra os princípios da Administração Pública. Veja que, a novel legislação afirmou que somente condutas dolosas, logo atos culposos não poderão ser punidos (BRASIL, 2021).

Em relação ao enriquecimento ilícito, a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, com alterações promovidas pela Lei n. 14.320, de 25 de outubro de 2021, em seu Art. 9º, afirma que constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, qualquer bem móvel, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidores, de empregados ou de terceiros contratados por essas entidades;(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre qualquer dado técnico que envolva obras públicas ou qualquer outro serviço ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades referidas no art. 1º desta Lei;(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública, e em razão deles, bens de qualquer natureza, decorrentes dos atos descritos no caput deste artigo, cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público, assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução;(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

Sobre Lesão ao Erário, o Art. 10 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, com alterações promovidas pela Lei n. 14.320, de 25 de outubro de 2021, revela que constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

I - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a indevida incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, de rendas, de verbas ou de valores integrantes do acervo patrimonial das entidades referidas no art. 1º desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

- V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;
- VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;
- VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;
- VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, acarretando perda patrimonial efetiva; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)
- IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;
- X - agir illicitamente na arrecadação de tributo ou de renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)
- XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;
- XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça illicitamente;
- XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.
- XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)
- XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)
- XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)
- XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)
- XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)
- XIX - agir para a configuração de ilícito na celebração, na fiscalização e na análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)
- XX - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014, com a redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
- XXI - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)
- XXII - conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 1º Nos casos em que a inobservância de formalidades legais ou regulamentares não implicar perda patrimonial efetiva, não ocorrerá imposição de ressarcimento, vedado o enriquecimento sem causa das entidades referidas no art. 1º desta Lei. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 2º A mera perda patrimonial decorrente da atividade econômica não acarretará improbidade administrativa, salvo se comprovado ato doloso praticado com essa finalidade. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Os atos ímprobos praticados contra os princípios da administração pública estão previstos no Art. 11 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, com alterações promovidas pela Lei n. 14.320, de 25 de outubro de 2021, passou prescrever que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

I – (revogado); Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

II - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo, propiciando beneficiamento por informação privilegiada ou colocando em risco a segurança da sociedade e do Estado; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

IV - negar publicidade aos atos oficiais, exceto em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado ou de outras hipóteses instituídas em lei; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

V - frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. (Vide Medida Provisória nº 2.088-35, de 2000) (Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

IX – (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

X – (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

XI - nomear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

XII - praticar, no âmbito da administração pública e com recursos do erário, ato de publicidade que contrarie o disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, de forma a promover inequívoco enaltecimento do agente público e personalização de atos, de programas, de obras, de serviços ou de campanhas dos órgãos públicos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Com as alterações advindas pela Lei n. 14.320, de 25 de outubro de 2021, o Art. 16 Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, noticiou que na ação por improbidade administrativa poderá ser formulado, em caráter antecedente ou incidente, pedido de indisponibilidade de bens dos réus, a fim de garantir a integral recomposição do erário ou do acréscimo patrimonial resultante de enriquecimento ilícito (BRASIL, 2021).

Cabe destacar que os parágrafos do mencionado artigo legal tiveram modificações importantes tais como para bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior; que a ordem de indisponibilidade de bens deverá priorizar veículos de via terrestre, bens imóveis, bens móveis em geral, semoventes, navios e aeronaves, ações e quotas de sociedades simples e empresárias, pedras e metais preciosos e, apenas na inexistência desses, o bloqueio de contas bancárias; vedou a decretação de indisponibilidade do bem de família do réu, salvo se comprovado que o imóvel seja fruto de vantagem patrimonial indevida, assim como a decretação de indisponibilidade da quantia de até 40 (quarenta) salários mínimos depositados em caderneta de poupança, em outras aplicações financeiras ou em conta corrente, vejamos: (BRASIL, 2021).

§ 1º-A O pedido de indisponibilidade de bens a que se refere o caput deste artigo poderá ser formulado independentemente da representação de que trata o art. 7º desta Lei. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 2º Quando for o caso, o pedido de indisponibilidade de bens a que se refere o caput deste artigo incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 3º O pedido de indisponibilidade de bens a que se refere o caput deste artigo apenas será deferido mediante a demonstração no caso concreto de perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo, desde que o juiz se convença da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial com fundamento nos respectivos elementos de instrução, após a oitiva do réu em 5 (cinco) dias. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 4º A indisponibilidade de bens poderá ser decretada sem a oitiva prévia do réu, sempre que o contraditório prévio puder comprovadamente frustrar a efetividade da medida ou houver outras circunstâncias que recomendem a proteção liminar, não podendo a urgência ser presumida. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 5º Se houver mais de um réu na ação, a somatória dos valores declarados indisponíveis não poderá superar o montante indicado na petição inicial como dano ao erário ou como enriquecimento ilícito. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 6º O valor da indisponibilidade considerará a estimativa de dano indicada na petição inicial, permitida a sua substituição por caução idônea, por fiança bancária ou por seguro-garantia judicial, a requerimento do réu, bem como a sua readequação durante a instrução do processo. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 7º A indisponibilidade de bens de terceiro dependerá da demonstração da sua efetiva concorrência para os atos ilícitos apurados ou, quando se tratar de pessoa jurídica, da instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, a ser processado na forma da lei processual. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 8º Aplica-se à indisponibilidade de bens regida por esta Lei, no que for cabível, o regime da tutela provisória de urgência da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 9º Da decisão que deferir ou indeferir a medida relativa à indisponibilidade de bens caberá agravo de instrumento, nos termos da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 10. A indisponibilidade recairá sobre bens que assegurem exclusivamente o integral ressarcimento do dano ao erário, sem incidir sobre os valores a serem eventualmente aplicados a título de multa civil ou sobre acréscimo patrimonial decorrente de atividade lícita. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 11. A ordem de indisponibilidade de bens deverá priorizar veículos de via terrestre, bens imóveis, bens móveis em geral, semoventes, navios e aeronaves, ações e quotas de sociedades simples e empresárias, pedras e metais preciosos e, apenas na inexistência desses, o bloqueio de contas bancárias, de forma a garantir a subsistência do acusado e a manutenção da atividade empresarial ao longo do processo. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 12. O juiz, ao apreciar o pedido de indisponibilidade de bens do réu a que se refere o caput deste artigo, observará os efeitos práticos da decisão, vedada a adoção de medida capaz de acarretar prejuízo à prestação de serviços públicos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 13. É vedada a decretação de indisponibilidade da quantia de até 40 (quarenta) salários mínimos depositados em caderneta de poupança, em outras aplicações financeiras ou em conta-corrente. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 14. É vedada a decretação de indisponibilidade do bem de família do réu, salvo se comprovado que o imóvel seja fruto de vantagem patrimonial indevida, conforme descrito no art. 9º desta Lei. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

As alterações promovidas pela Lei n. 14.320, de 25 de outubro de 2021, previu que os agentes públicos ou o particular que praticar atos considerados como ímprobos, estão sujeitos as penalidades de perda dos bens acrescidos ilicitamente ao acervo patrimonial, obrigação de ressarcir integralmente o dano ocorrido, perda da função pública, suspensão dos direitos públicos de até 14 anos, multa civil ou a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios deste por até 14 anos.

Além disso, passou a prever que não há mais ato de improbidade administrativa praticado com culpa, de modo que somente as condutas praticadas dolosamente serão objeto de punição, ou seja, somente serão punidos os infratores que livre, consciente e voluntariamente quiserem, por exemplo, ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento, receber uma vantagem econômica indevida, frustra a licitude de concurso público.

Outro ponto importante, diz respeito a prescrição, de modo que Estado possui o prazo de 08 (oito) anos, contados da prática do ato ou fato para aplicar penalidades aos infratores, de forma que, decorrido esse prazo, não será possível aplicar qualquer tipo de sanção ao infrator. A fixação do termo inicial da prescrição dessa forma, muda toda sistemática, posto que, devida aos procedimentos utilizados para aplicar as sanções se protraí no tempo, somado ao fato de que a estrutura e demanda no judiciário não estão comungadas, ao passo que, o número de ações judiciais, de modo geral, crescem substancialmente e a infraestrutura vem a passo lentos, seja de caráter tecnológico ou humano.

DA PRESCRIÇÃO

O ilustre Professor Flávio Tartuce explica que é antiga a máxima jurídica segundo a qual o exercício de um direito não pode ficar pendente de forma indefinida no tempo, de modo que o titular deve exercê-lo dentro de um determinado prazo, pois o direito não socorre aqueles que dormem. Com fundamento na pacificação social, na certeza e na segurança da ordem jurídica é que surge a matéria da prescrição fundada em uma espécie de boa-fé do próprio legislador ou

do sistema jurídico (TARTUCE, 2015).

Para o Administrativista José Carvalho dos Santos filho, a prescrição é fato jurídico por meio do qual a ordem jurídica confere destaque ao princípio da estabilidade das relações jurídicas, ou, como se tem denominado atualmente, ao princípio da segurança jurídica (FILHO, 2020).

Decerto, com o intuito de indicar que não se trata de um direito subjetivo público abstrato de ação, o atual Código Civil adotou a tese da prescrição da pretensão, visto que nos termos do Art. 189, violado um direito, nasce para o seu titular uma pretensão, que pode ser extinta pela prescrição, nos termos dos seus arts. 205 e 206. Assim, se o detentor do direito não exerce ou promove os atos necessários para satisfação dessa eventual aquisição jurídica, ou seja, fica inerte, ocorre a perda da faculdade de buscar o poder judiciário, pois, em razão do decurso do tempo, perdeu seu direito. Noutra banda, a prescrição, em última análise constitui um benefício a favor do devedor, pela aplicação da regra de que o direito não socorre aqueles que dormem, diante da necessidade do mínimo de segurança jurídica nas relações negociais (TARTUCE, 2015).

Flávio Tartuce assevera que a prescrição extintiva, fato jurídico em sentido estrito, constitui, nesse contexto, uma sanção ao titular do direito violado, que extingue tanto a pretensão positiva quanto a negativa (exceção ou defesa). Trata-se de um fato jurídico *stricto sensu* justamente pela ausência de vontade humana, prevendo a lei efeitos naturais, relacionados com a extinção da pretensão (TARTUCE, 2015)

No que concerne aos atos ímprobos, Di Pietro relata que são imprescritíveis, as ações de ressarcimento por danos causados por agente público, seja ele servidor público ou não, conforme o estabelece o artigo 37, § 5º, da Constituição. Assim, ainda que para outros fins a ação de improbidade esteja prescrita, o mesmo não ocorrerá quanto ao ressarcimento dos danos. Esse dispositivo determina que “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. Assim, ainda que para outros fins a ação de improbidade esteja prescrita, o mesmo não ocorrerá quanto ao ressarcimento dos danos.

Apesar da dicção constitucional, há interpretação no sentido da imprescritibilidade da pretensão, sob o argumento de supressão do direito de defesa relativamente ao autor do dano, eis que teria ele que guardar documentação probatória por tempo além do razoável. Com a vênua devida, não abonamos essa linha de pensamento. Se o agente lesou o erário, que espelha a face patrimonial da sociedade, é justamente a ele que devem ser atribuídos os ônus probatórios, inclusive a guarda indefinida dos respectivos elementos. Não fosse assim, e estaria esvaziado o princípio constitucional da proteção ao patrimônio público (FILHO, 2015).

Continua Carvalho Filho, situação que pode causar alguma dúvida é aquela relativa à prescrição quando o servidor, além de seu cargo efetivo, desempenha, simultaneamente e ao tempo da prática do ato de improbidade, alguma função de confiança ou ocupa cargo em comissão. A lei foi silente a respeito. Levando-se em consideração que o servidor efetivo, ao ser investido em cargo em comissão ou função de confiança, passa a desempenhar as funções destes últimos postos, eventual ato de improbidade decorrerá rigorosamente dessas funções, e não das atribuídas ao cargo efetivo. Assim, deve aplicar-se o art. 23, I, da LIA, sendo de cinco anos o prazo prescricional. No mesmo sentido, já foi decidida questão dessa natureza.

Suscita alguma dúvida a questão relativa ao termo inicial da prescrição quando há pluralidade de réus com mandato ou no exercício de cargo ou função de confiança (art. 23, I). Pode interpretar-se no sentido de que o termo a quo varia de acordo com a data do desligamento do agente. Com fundamento, porém, no princípio da efetividade punitiva para a improbidade administrativa, parece-nos que a contagem deve iniciar-se na data do desligamento do último dos réus, evitando-se, assim, a impunidade daqueles que se apressaram a fugir de suas responsabilidades (FILHO, 2015)

A previsão da imprescritibilidade constitui um alerta aos responsáveis de que estarão sujeitos a responder a qualquer tempo pelos prejuízos causados ao erário. O mínimo de prudência recomenda a preservação de provas que auxiliem o direito de defesa. Ainda que a imprescritibilidade possa acarretar algum prejuízo ao princípio da segurança jurídica, o princípio que prevalece, no caso, é o do interesse público na proteção do erário desfalcado por ato de improbidade administrativa. (DI PIETRO, 2020).

Em última análise, a prescrição é o prazo que Estado-juiz possui para aplicar punições a qualquer pessoa, a justificativa de um prazo para aplicar punições aos administrados é que ninguém pode ficar infinitamente esperando ser punido por eventual conduta tida como irregular, pois a própria espera configura tão mais grave que a sanção que seria experimentada.

Com isso, em havendo a prática de um ato supostamente contrário as regras de condutas, o Estado-juiz deve de imediato, num prazo determinado em lei, iniciar os procedimentos necessários para a aplicação das penalidades, de modo que decorrido esse prazo, o suposto infrator estar-se-á liberto de qualquer medida sancionatória a ser aplicada em seu desfavor.

Nesse viés, se o Estado perder o prazo ou pratica os atos necessário a aplicação da sanção, perde o direito adotar quaisquer providências e medidas de caráter sancionatório em desfavor do suposto infrator, então prescrição, em resumo, trata-se da perda do direito de aplicar punição, seja por meio de procedimento judicial ou administrativo ao administrado que praticou alguma conduta incompatível com as normas legais.

No que concerne a prescrição para punir os agentes que praticam atos ímprobos, a Lei n. 14.320/2021, que promoveu diversas alterações na Lei n. 8.429, de 2 junho de 1992, regulou por inteiro a matéria, onde no Art. 23 passou a prever que a ação para a aplicação das sanções prescreve em 08 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência, ou seja, a partir, deste marco inicial, o Ministério Público teria tal prazo para ingressar com a medidas judiciais cabíveis.

Outra importante modificação, ainda sobre prescrição, trazida pela Lei n. 14.320/2021, diz respeito a prescrição intercorrente aquela que ocorre no curso do processo, quando no § 8º do Art. 23 noticia que o juiz ou o tribunal, depois de ouvido o Ministério Público, deverá, de ofício ou a requerimento da parte interessada, reconhecer a prescrição intercorrente da pretensão sancionadora e decretá-la de imediato, caso, entre os marcos interruptivos referidos no § 4º, transcorra o prazo previsto no § 5º deste artigo (BRASIL, 2021).

Mister anotar que de acordo com o previsto no Art.23, § 4º da Lei n. 8.429, de 2 junho de 1992, com alterações promovidas pela n. 14.320/2021, o prazo prescricional de 08 anos se interrompe pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa; pela publicação da sentença condenatória; pela publicação de decisão ou acórdão de Tribunal de Justiça ou Tribunal Re-

gional Federal que confirma sentença condenatória ou que reforma sentença de improcedência; pela publicação de decisão ou acórdão do Superior Tribunal de Justiça que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência; pela publicação de decisão ou acórdão do Supremo Tribunal Federal que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência (BRASIL, 1992).

O § 5º do Art.23, da Lei n. 8.429, de 2 junho de 1992, com alterações promovidas pela n. 14.320/2021, reza que interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo de 08 anos, ou seja, em havendo uma das causas que importem na interrupção da prescrição no curso processo judicial, restará apenas o prazo prescricional de 04 (quatro) anos (BRASIL, 1992).

Finalmente, o Art. 5º da Lei n. 14.320/2021, dispôs que a Lei em questão passou a vigorar na data de sua publicação, o que aconteceu no dia 25 de outubro de 2021, de modo que passou a incidir sobre situações, inclusive processos judiciais em curso, o que gerou grande celeuma jurídica, pois várias ações judiciais serão extintas sem a análise do mérito (DONIZETTI, 2022).

DA APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO NAS AÇÕES JUDICIAIS EM CURSO

O Professor Elpídio Donizetti, discorre que a Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021, que entrou integralmente em vigor em 26 de outubro de 2021, permitem a aplicação retroativa da nova disciplina sobre a prescrição, porque logo no caput do Art. 23 desta lei é possível notar que além da alteração quanto ao prazo prescricional, a nova legislação disciplinou expressamente o termo inicial da prescrição, cujo início ocorre a partir da prática do suposto ato improbo. Ou seja, não há mais diferenciação quanto ao tipo de sujeito que praticou o ato de improbidade (DONIZETTI, 2022).

Para o ilustre jurista, como dito, essa novidade deve retroagir, o que significa ser aplicada de imediato as situações e processos em curso, haja vista que por se tratar de direito sancionador, como é o caso da improbidade administrativa, a retroatividade da lei mais benigna deve ser aplicada. Igualmente, as disposições sobre a prescrição intercorrente devem incidir em processos novos e antigos, observadas as hipóteses de interrupção (DONIZETTI, 2022).

Elpídio Donizetti, professor e notável processualista civil, entende que o prazo e regras prescricionais inaugurados e disciplinados pela Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021 devem ser aplicados imediatamente nos cursos judiciais em cursos, assim como sobre fatos que embora praticados antes da vigência desta lei, a Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021.

O doutrinador fundamenta suas conclusões no fato de as sanções aplicados aos atos ímprobos então insertos no campo do Direito Administrativo Sancionador, ou seja, normas punitivas, e por isso, devem retroagir, assim como incidir sobre fatos pendentes para beneficiar o infrator, porque assim quis o legislador.

DO RECUSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO N. 843.989/PR EM TRAMITAÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Agravo em Recurso Extraordinário n. 843.989, em trâmite no Supremo Tribunal Federal (STF), fora interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que negou seguimento ao Recurso do Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS), que buscava, em autos de Ação Civil Pública, a condenação de servidor, ao ressarcimento dos prejuízos sofridos em razão da autuação como procuradora contratada para defender em juízo os interesses do INSS (BRASIL, 2022).

De acordo com a consulta realizada nos autos do Agravo em Recurso Extraordinário n. 843.989, o Recurso Extraordinário foi interposto com amparo no Art. 102, III, a, da Constituição Federal, a parte ré sustenta que houve violação ao artigo 37, § 5º, da CF/1988, pugnano pelo reconhecimento da prescritebilidade da ação de ressarcimento ao erário, em conformidade com o Decreto-Lei 20.910/1992, pois a presente ação foi proposta em 2006, quando já havia transcorrido mais de 5 anos da ocorrência dos fatos que constituem o seu objeto e do próprio descredenciamento da recorrida do INSS, que ocorreu em 27/01/1999 (BRASIL, 2022).

Ocorre que, conforme exposto pelo Eminentíssimo Relator do Agravo em Recurso Extraordinário n. 843.989, o Excelentíssimo Senhor Ministro Alexandre de Moraes, no curso do processamento Recursal sobreveio a Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021, cujas disposições normativas são mais benéficas, inclusive a prescrição, aos agentes públicos e aos que concorrem para o ato de improbidade, tendo em conta ainda que a doutrina brasileira divergem quanto à retroatividade da lei mais benéfica no Direito administrativo sancionador (BRASIL, 2022).

Diante disso, o Relator afirma que há os doutrinadores que defendem a retroatividade invocam, em geral, a norma do art. 5º, XL, da Constituição Federal que dispõe: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.” Essa é a posição, por exemplo, de HERALDO GARCIA VITTA, que propugna que o princípio da retroatividade de lei mais benéfica impõe-se “a fim de prestigiar a nova realidade imposta pelo legislador; o qual tem a incumbência de acolher os anseios da sociedade num dado tempo e lugar”; e assim seria injustificável a punição “quando o legislador valora a conduta (antes ilícita ou pressuposto de pena mais grave), segundo as novas concepções sociais, e entende já não ser ilícita, ou pressuposto de sanção menos grave” (A Sanção no Direito Administrativo, Malheiros: 2003, p. 113).

Para o Relator do Agravo em Recurso Extraordinário n. 843.989, aqueles que advogam a irretroatividade da lei mais benéfica no direito administrativo sancionador pautam-se no argumento de que a norma constitucional que estabelece a retroatividade da lei penal mais benéfica funda-se em peculiaridades únicas desse ramo do direito, o qual está vinculado à liberdade do criminoso e que esse fundamento não existe no Direito administrativo sancionador de modo que impera a interpretação restritiva, dando azo à regra geral da irretroatividade da lei e a preservação dos atos jurídicos perfeitos e que no âmbito da jurisdição civil, impera o princípio *tempus regit actum* (BRASIL, 2022).

O Eminentíssimo Relator do Agravo em Recurso Extraordinário n. 843.989 discorre que, adotando essa posição, RAFAEL MUNHOZ DE MELLO (Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição federal de 1988. São Paulo, Malheiros, 2007, p. 154-155) afirma que “não se pode transportar para o Direito Admi-

nistrativo Sancionador a norma penal da retroatividade da lei que extingue a infração ou torna mais amena a sanção punitiva”, pois “não há no Direito Administrativo sancionador o princípio da retroatividade da lei benéfica ao infrator”. É que o dispositivo constitucional que estabelece a retroatividade da lei penal mais benéfica “funda-se em peculiaridades únicas do Direito Penal, inexistentes no Direito Administrativo Sancionador”.

Diante dessa celeuma, Relator do Agravo em Recurso Extraordinário n. 843.989, entendeu que trata-se de tema controvertido é portador de ampla repercussão e por tais razões, manifestou pelo reconhecimento da repercussão geral da matéria constitucional, para dos seguintes pontos: (ir)retroatividade das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação a necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA, e quanto a aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente (BRASIL, 2022).

O Supremo Tribunal Federal acolheu a tese do Relator, aplicando-se repercussão geral os autos, tendo delineados os seguintes elementos da Repercussão Geral:

Tema: 1.199

Título: Definição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente.

Descrição: Recurso extraordinário em que se discute, à luz do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, a prescribibilidade dos atos de improbidade administrativa imputados à recorrente, por alegada conduta negligente na condução dos processos judiciais em que atuava como representante contratada do INSS, sem demonstração do elemento subjetivo dolo (Temas 666, 897 e 899 do STF). Delimita-se a temática de repercussão geral em definir se as novidades inseridas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992, com as alterações dadas pela Lei 14.230/2021) devem retroagir para beneficiar aqueles que porventura tenham cometido atos de improbidade administrativa na modalidade culposa, inclusive quanto ao prazo de prescrição para as ações de ressarcimento (BRASIL, 2022).

Como exposto, a Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021 será aplicada imediatamente aos fatos e processos em curso, com isso, no que diz respeito a prescrição ocorreu enorme divergência no meio jurídico, porque a novel legislação é norma benéfica aos supostos infratores, mas em prejuízo, no que concerne aos processos judiciais em curso, ao patrimônio público, na medida que afastou incidência das disposições legais anteriores, que tinham outro regramento quanto a prescrição, e praticamente livrar as pessoas desonestas que praticaram atos que causaram prejuízo ao poder público.

A aplicação imediata do novo regramento casou divergência de entendimentos no âmbito jurídico, e diante disso está submetida à Suprema Corte de Justiça do País para fixar as diretrizes legais sobre o tema, devendo deliberar se o novo prazo prescricional será aplicado imediatamente aos fatos acontecidos, assim como as ações judiciais em curso regidas e práticas sob o palio da disciplina que vigia a época.

A controvérsia possui razão de ser, é que alguns doutrinadores entendem que as dis-

posições sobre improbidade administrativa estão inseridas na esfera do Direito Administrativo sancionador, e por isso, estaria regido pelos mesmos critérios da lei penal, quanto a prescrição. Para outros, a lei embora inserida no campo do Direito Administrativo sancionador, deve respeito aos princípios *tempus regit actum*, ou seja, a lei a ser aplicada é aquele que vigia quando da prática do ato.

A decisão do Supremo Tribunal possui grande relevância e transcende os aspectos políticos, econômicos, sociais e jurídicos, pois estar-se-á a deliberar sobre atos que assolam gravemente o patrimônio público. Há que ser verificado que a corrupção atrasa substancialmente a evolução e desenvolvimento do Brasil, por isso merece maior acuidade e rigor, tanto pelo poder legislativo quando na elaboração de normas, bem como pelo poder judiciário ao aplicar as leis.

Mister informar que os autos do Agravo em Recurso Extraordinário n. 843.989 estão em curso e pendem de conclusão definitiva sobre qual posição será adotada, além disso, a Suprema Corte não sobrestou os processos em curso, de modo que enquanto não se formar um entendimento uníssono por aquela, os julgadores brasileiros aplicam a novel lei, de acordo com a posição doutrinária que entendem como correta, conforme suas convicções.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021, ao prever o prazo de 08 (oito) anos para punir eventuais servidores ou particulares que praticaram atos causadores de danos, de toda espécie, ao patrimônio público, inaugurou verdadeiro imbróglio jurídico, pois a novel legislação não fez diferenciação quanto aos processos judiciais iniciados sob a égide da legislação anterior, ou seja, não fez dicotomia quanto aos atos ímprobos que eram disciplinados pelos ditames prescricionais anteriores, muito menos um período de transição.

Vale considerar que, o prazo de 08 (oito) anos, da Lei n. 14.230/2021, tem como início a ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência, se formos aplicar este prazo às ações judiciais de improbidade administrativa em curso, em não se tratando de danos ao erário, a grande maioria estão prescritas, pois é comum que estão ações estão tramitando a anos em tramitação no poder judiciário, o reconhecimento da prescrição de tais atos por superveniência de lei nova, importaria no livramento sancionatório de vários réus, desde servidores públicos a políticos brasileiros, causando grande prejuízo ao patrimônio público.

Face isso, a questão acabara alcançando a Suprema Corte Brasileira, a qual se debruçara sobre a celeuma a fim de promover um entendimento uniforme sobre a matéria e definir se as disposições, quanto a prescrição, são aplicáveis a fatos e processos judiciais, ocorridos antes da publicação da Lei n. 14.230/2021, por outro, não há dúvidas de que esta lei se aplica aos fatos que surgirem após a publicação.

Em consulta ao sítio do Supremo Tribunal Federal, quando do fechamento deste artigo, foi possível verificar que o Tema: 1.199 ainda não foi pautado para julgamento no plenário da corte, de modo que a controvérsia segue pendente de definição jurídica definitiva, inclusive não há sequer posições dos Ministros quanto ao tema, o que gera uma estabilidade jurídica e acúmulo de recursos juntos ao Corte, pois os Juízes de primeiro grau vêm aplicando a novel legislação

normalmente, de modo que tanto o Ministério Público quanto a Fazenda Pública, vem apresentando os recursos cabíveis (BRASIL, 2022).

Cumprido destacar que, evidentemente, o Ministério Público advogará a tese da irretroatividade da lei n. 14.230/2021, visto ser esta a que mais beneficia o patrimônio público em termos de recomposição de danos financeiros ou materiais, assim como para o sancionamento de servidores e particulares desonestos.

Conclui-se, portanto, que o legislador ao editar a Lei n. 14.230/2021, por opção legislativa, quis efetivamente, que os processos judiciais que tramitam a anos nos tribunais brasileiros fossem extintos, impondo-se livramento aos requeridos, no entanto, tal fato não bem acolhido pelas instâncias acusatórias e sancionadoras em razão da natureza jurídica do bem tutelado pela norma.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano. Interesses difusos e coletivos esquematizado/ Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade. 5. ed. Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: Método, 2015.

BRASIL. Código de Processo Civil. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 23.03.2022.

BRASIL. LEI Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em 23.03.2022.

BRASIL. LEI Nº 14.230, DE 25 DE OUTUBRO DE 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14230.html. Acesso em 23.03.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: 843.989. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJ: 04/03/2022. Disponível: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=1199>. Acesso em: 25 de abril de 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2020.

DONIZETTI, Elpidio. O novo prazo prescricional para as Ações de Improbidade Administrativa. In: <https://www.elpidiodonizetti.com/#escritorio> em 07 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.elpidiodonizetti.com/o-novo-prazo-prescricional-para-as-acoes-de-improbidade-administrativa/>. Acesso em 25/05/2022.

MARQUES, Silvío Antônio. Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica Internacional. São Paulo. Saraiva. 2010.

NETO, Eurico Bitencourt. Improbidade Administrativa e Violação de Princípios. Belo Horizonte. Del Rey. 2005.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo. Atlas. 2020.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2. ed. Curitiba. Zênite. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 9 ed. Rio de Janeiro. Método. 2021.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 5 ed. Rio de Janeiro. Forense. 2015.

Vício oculto e a vida útil do produto, até quando o consumidor está protegido pela garantia legal

Raimunda Cristina Oniz de Lima

Acadêmica de Direito do Centro Universitário São Lucas

Nathalia Isabelly Silva Rodrigues

Acadêmica de Direito da Faculdade São Lucas

Ihgor Jean Rego

Mestre em Direito, Professor Universitário, Advogado Licenciado, coordenador estadual do PROCON/RO. Professor Acadêmico na Instituição de Ensino São Lucas

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.14

RESUMO

Boa parte dos índices de reclamações referentes a produtos, principalmente aqueles julgados duráveis, tanto nos órgãos de defesa do consumidor, quanto no Poder Judiciário, estão diretamente relacionados com vícios, que de acordo com Código de Defesa do Consumidor, é quando o produto ou serviço não alcança sua finalidade, este se encontra viciado, mais conhecido como defeitos, estragos decorrente de sua fabricação, sem relação com mau uso ou depreciação natural. Porém, esses vícios podem se apresentar de duas maneiras, pode ser aparente ou de fácil constatação, como também pode ser um vício oculto que só será revelado com algum tempo de uso, quais são as garantias do consumidor em relação aos vícios ocultos e quais medidas poderão ser tomadas diante desta situação? O objetivo desta pesquisa é constatar as garantias concedidas ao consumidor, delineando como reclamar e a quem reclamar seus direitos. A metodologia aplicada quanto a sua abordagem emprega-se a forma descritiva, pois visa relatar o fenômeno do vício oculto, quanto à natureza da pesquisa é sob a forma de pesquisa básica, visando gerar novos conhecimentos. Com relação aos procedimentos técnicos da pesquisa, configuram-se como pesquisa bibliográfica, pois, constitui-se numa coleta de dados de materiais já publicados como: livros, jornais, revista e artigos. Os Resultados apontam que o consumidor deve buscar seus direitos mediante as garantias legais e jurisdicionais. Logo é norteador demonstrar ao consumidor que, mesmo passado certo tempo e surgindo defeitos nos produtos sem identificação prévia, ainda, assim é possível obter seu direito legal, mediante os preceitos do CDC. Pode-se concluir que Vícios ocultos, em linhas gerais, são defeitos de fabricação invisíveis, que são revelados durante a vida útil do produto e comumente se manifestam quando findada a garantia, no entanto o consumidor não estará desamparado nessa situação.

Palavras-chave: vício oculto. garantia legal. direito do consumidor.

INTRODUÇÃO

As dificuldades decorrentes das novas relações jurídicas de consumo, não raras as vezes, são objeto de reclamações administrativas ou judiciais, desencadeando uma série de consequências econômicas.

A simples inobservância de um procedimento do controle de qualidade no processo industrial pode ser causa de uma sucessão de eventos, circunstância bem observada pelos legisladores federais quando da edição da Lei Federal n. 8.078/1990.

Com efeito, torna-se relevante o estudo das dimensões da responsabilidade do fornecedor pelos produtos inseridos no mercado de consumo, com destaque à garantia legal e o prazo de vigência, ao considerar a existência de um vício oculto.

O problema da pesquisa reside em determinar quais são as garantias do consumidor em relação aos vícios ocultos e quais medidas poderão ser tomadas diante desta situação?

Inicialmente, o presente trabalho irá trazer um contexto histórico do Direito do Consumidor e em seguida uma análise do vício oculto como tema principal, partindo dos tipos de vícios: Vício de qualidade, quantidade e informação. Ressalta-se que nos dias atuais, o meio comercial vem apresentando muitas trocas de produtos e reclamações, quanto à qualidade e suas garantias, sendo de grande relevância a abordagem do tema, pois essencial para a efetiva tutela do consumidor.

Em continuidade, será abordado a respeito da constatação dos vícios que se divide em duas formas: vício aparente e vício oculto objeto do nosso estudo, logo após será observado as garantias legais, contratuais e estendidas com distinções de suma importância ao entendimento do leitor.

Ademais, este trabalho trará informações essenciais de modo que possa auxiliar na conscientização da coletividade quanto à situação, vícios não aparentes dos produtos que são difíceis de serem visualizados no ato da compra e a forma com que se deve proceder para fazer valer o seu direito, sendo um assunto pouco discutido e relatado no meio social, seja por incredulidade ou desconhecimento da lei.

ASPECTOS HISTÓRICOS DO VÍCIO DO PRODUTO

As dificuldades relacionadas à manufatura ou maquinofatura de produtos constitui preocupação histórica, situação jurídica tratada pelo próprio Código de Hamurabi (2.300 a.C.), tendo como exemplo a higidez estrutural dos barcos e casas, além da obrigação de refazê-las em caso de vício. Altamiro Santos comenta sobre o Código e Hamurabi:

229° - Se um arquiteto constrói para alguém e não o faz solidamente e a casa que ele construiu cai e fere de morte o proprietário, esse arquiteto deverá ser morto.

232° - Se destrói bens, deverá indenizar tudo que destruiu e porque não executou solidamente a casa por ele construída, assim que essa é abatida, ele deverá refazer à sua custa a casa abatida.

235° - Se um bateleiro constrói para alguém um barco e não o faz solidamente, se no mesmo ano o barco é expedido e sofre avaria, o bateleiro deverá desfazer o barco e refazê-lo solidamente à sua custa; o barco sólido ele deverá dá-lo ao proprietário. (SANTOS, 1987, p. 112).

Altamiro Santos inicia seu discurso explicando que o direito do consumidor mais contemporâneo tem início com as primeiras legislações, com base, no direito estadunidense, comenta que ocorreu “com a criação de ligas de consumidores e do fortalecimento da legislação que buscavam impedir fraudes, cartelização do comércio e a sanitização dos meios de produção e dos produtos”. (SANTOS, 1987, p. 118).

Observa-se que anteriormente sem o amparo legal, os consumidores, ao se sentirem lesados, e a fim, de evitar aborrecimentos os mesmos não procuravam o crivo do judiciário, mediante a delonga da resolução dos conflitos. O que acarretava grandes prejuízos aos consumidores.

Com a Promulgação da Constituição Federal de 1988, foram nascendo mais garantias aos cidadãos e a sociedade em geral, visando a redução das desigualdades nas relações de consumo, no âmbito em geral, pelas buscas dos seus direitos seja individual ou coletivo.

Partindo assim, da criação da Carta Magna, os legisladores, observaram a necessidade de se ter um avanço quanto ao âmbito da atividade econômica do Brasil. Sendo assim, assegurados dentro dessas garantias os interesses dos consumidores.

Além do mais, a ideia de criação do Código de Defesa do Consumidor, surgiu antes mesmo da CF/1988, conforme destaca Humberto Theodoro Junior:

A idealização do Código de Defesa do Consumidor iniciou-se antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, por meio da constituição de comissão formada no âmbito do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor¹, com a finalidade de elaborar um Anteprojeto de Código. Após diversos trabalhos, discussões, audiência pública e criação de uma Comissão Mista, foi apresentado um novo texto de Projeto de Código, que culminou na promulgação da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. (THEODORO JUNIOR, 2021, p. 74).

Pode-se definir o vocábulo “garantia”, como “ato ou termo com que se garante uma obrigação, uma intenção”. Contudo, 2 (dois) anos depois de promulgada a Constituição Federal de 1988, sobreveio uma excelente evolução, a elaboração do Código do Direito do Consumidor -CDC, originada pela Lei 8.078/90, trazendo mais abrangência ao setor econômico, e com o intuito mais específico aos consumidores, fornecedores de produto ou serviços.

Nesta senda, destaca-se o artigo 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), em que foi previsto o prazo de 120 (cento e vinte) dias após a promulgação da Constituição Federal de 1988, equivalente a quatro meses, para que fosse elaborado o Código de Defesa do Consumidor.

Desta forma, foi criada a Lei nº 8.072, durante a Presidência de Fernando Collor de Mello, publicada em 11 de setembro de 1990 passando a vigorar apenas após seis meses, na data de 11 de março de 1991.

Nota-se ainda, que no Brasil a Lei 8.078/90, assegura aos consumidores, garantias quanto à produtividade, qualidade, informação, troca dos produtos, ou seja, não só garante ao consumidor segurança, mas, sim ao fornecedor quanto a competitividade.

Denota-se que o avanço da evolução do Direito do Consumidor trouxe ao consumidor maior clareza quanto ao enriquecimento à informação ao efetivar a compra de um produto, bem como, ao se questionar seus direitos junto aos órgãos competentes como PROCON e o Poder Judiciário.

VÍCIO DE PRODUTO OU SERVIÇO

Um vício de produto ou serviço se apresenta pelo defeito que o torna, muitas vezes, impróprio ao uso, Cláudia Lima leciona “que lhe diminui o valor; ou que é oriundo de divergência das características do produto ou serviço com o que tenha sido veiculado na oferta e publicidade” (MARQUES, 2020, p. 37).

Além disso, servem de exemplos, para esses vícios os produtos/serviços que não executam a função a que foi destinado, pertinente são os exemplos de Rizzatto Nunes:

Como uma furadeira que não consegue perfurar uma parede, ou mesmo, sem potência causando um mau funcionamento, ou ainda, uma televisão que, em 3 meses de uso fica sem imagem, sem som. No caso de vício de serviço, pode-se exemplificar com um serviço de dedetização que não é eficaz e não elimina os insetos. Além disso, existem vícios que também podem diminuir o valor do bem ou serviço, como riscos na pintura de um automóvel que acabou de sair de fábrica (NUNES, 2019, p. 88).

Quando se fala em produto ou serviço a definição encontra-se no artigo 3º §1º “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”, conjuntamente com o §2º “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de ca-

ráter trabalhista”. (BRASIL, CDC, 2022).

Tipos de vício com base na legislação

Os vícios se apresentam de três formas: Vício de qualidade, Vício de quantidade e Vício de informação, ademais pode assumir a característica de vício aparente, sendo aquele de fácil constatação, ou ainda, os ocultos que são notados conforme o uso do produto.

Vício de qualidade

A teoria da qualidade foi inserida no Brasil juntamente com o CDC, na década de 90, a mesma possui uma subdivisão: vício de qualidade por inadequação; vício de qualidade por insegurança.

No primeiro caso, vício por inadequação é bem explicado por Gediel Claudino de Araújo Junior, “quando o produto ou serviço não corresponde a legítima expectativa do consumidor, não funciona como deveria funcionar”. (ARAÚJO JUNIOR, 2015, p. 78). Exemplo: compro uma bicicleta, ao tentar andar, percebo que há um problema no aro, onde posso sofrer um acidente.

Diante do exposto, a responsabilidade, em regra, é solidária; ou seja, tanto do comerciante como do fabricante.

No CDC, mais precisamente no art. 18 disciplina sobre esse assunto, porém, a conclusão de José Fernando Simão é que “não é de forma decisiva, pois, não há unanimidade que vícios graves possam ser solucionados. Vícios graves ocorrem quando o produto ou serviço colocam em risco a integridade do consumidor, ou seja, não pode ser considerado seguro”. (SIMÃO, 2015, p. 92). Ele, ainda, salienta que neste caso, deve ser tratado pelo artigo 12 do CDC, pois proporciona maior segurança jurídica garantindo mais proteção ao consumidor.

No segundo caso, o vício de qualidade por insegurança conforme o entendimento de Gediel Claudino é “quando o produto ou serviço não corresponde a legítima expectativa do consumidor e causa dano”. (ARAÚJO JUNIOR, 2015, p. 79). Exemplo: No mesmo caso da compra da bicicleta acima, saio para passear o problema no aro provoca um grave acidente.

Diferentemente, do caso anterior o que há aqui, em regra, a responsabilidade é de quem colocou o produto do mercado, ou seja, o fabricante.

Vício de quantidade

O vício de quantidade encontra-se descrito de forma genérica no art. 18 do CDC, de acordo com José Fernando Simão “é caracterizado quando um produto é vendido por um peso padrão e este peso não é o mesmo do que foi registrado na embalagem”. (SIMÃO, 2015, p. 97). Pode-se citar como exemplo, uma caixa de biscoitos que indica conter 20 biscoitos e se constata somente 19, além de todas as outras caixas do mesmo lote, possuírem, também, tal vício.

Em se tratando de CDC a regra, que impera, é da responsabilidade civil objetiva do fornecedor quando este descumpra dispositivos no referido diploma legal, logo, por esse entendimento, o desrespeito na quantidade do produto disponibilizado para compra ao consumidor, abre margem para a responsabilização solidária dos fornecedores, conforme determinação do Art. 19 do CDC:

Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

Hora, na análise do artigo citado, o vício de quantidade é entendido como um inconveniente em que o teor líquido do produto é inferior ao que deveria constar, isto é, a embalagem, rotulagem, recipiente ou mensagem publicitária dispõe que tal conteúdo é tanto, quando na verdade, ao adquirir o produto, constata-se que o conteúdo é inferior ao informado pelo fornecedor.

Na prática o que ocorre é um prejuízo para o consumidor, uma vez que a quantia paga não corresponde à recebida, por meio da responsabilidade solidária estabelecida no CDC o consumidor pode requerer o reparo do vício de quantidade a qualquer fornecedor.

Vício de informação

Este tipo de vício está disciplinado no art. 66 do CDC “Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços”. (BRASIL, CDC, 2022).

Garcia explica sobre os vícios de informação, salientando que:

São vícios de produtos ou serviços que contêm falhas na informação, no caso de produtos seriam as ocorrências de divergências com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem, produto em que as informações sobre uso estejam incorretas ou até, tanto no caso de produtos quanto serviços, uma divergência de informações em mensagens publicitárias (GARCIA, 2013, p.43).

Importante, lembrar que além deste artigo acima o fornecedor se encarrega do dever de assegurar a informação sobre as qualidades e características do produto/serviço, é o caso do artigo 18º que estende a cobertura da proteção, incluindo a falta ou a falha na informação como vício do produto/serviço. Já no artigo 20, é feita a conexão da falha/falta de informação ao vício do produto.

Constatação do vício

No tópico anterior foi classificado de que forma pode ocorrer vício na aquisição de produtos/serviços. Essas três formas de vício: qualidade, de quantidade e de informação, podem se manifestar em duas modalidades: Vícios aparentes e vícios ocultos.

Vício aparente

O vício aparente é assim considerado em razão de sua rápida identificação, ou seja, aquele apresenta defeito em que o consumidor consegue visualizar de imediato. Garcia palestra a cerca desse assunto afirmando que “O vício aparente é aquele em que podemos identificar imediatamente, ou seja, desde a entrega do bem já apresenta um defeito, não estando de acordo com as funcionalidades a que se destina”. (GARCIA, 2013, p.53)

A jurisprudência já firmou entendimento conceitual quanto à expressão contida na lei, ao considerar como vício aparente aquele em que o consumidor rápido e imediatamente o identifica como tal:

[...]

Vício de adequação é aparente ou de fácil constatação, que possa ser detectado pelo consumidor mediante uma inspeção ordinária, o prazo decadencial tem como termo a quo a data em que o produto é entregue ou em que o serviço é executado e recebido. (Acórdão 1202604, 07134596920188070020, Relator: FABRÍCIO FONTOURA BEZERRA, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, data de julgamento: 19/9/2019, publicado no DJE: 1/10/2019).

Trata-se de prazo decadencial para que o consumidor possa reclamar pela ocorrência do vício, prevista no art. 26, I, e II, da Lei Federal n. 8.078/1990.

Quanto ao início da contagem do prazo decadencial, o § 1º do art. 16 do mesmo diploma legal, diz que a contagem do prazo se inicia a partir da entrega do referido produto ou da execução dos serviços ao consumidor.

Vício oculto

O vício oculto é aquele que não se manifesta e nem é perceptível no momento da compra ou nas suas primeiras utilizações, surgindo e imanando somente após certo período de tempo. Ou seja, não tem capacidade de ser verificado no ato da entrega do produto ao consumidor, Garcia contribui com tema declarando que “O produto na sua aquisição pode estar aparentemente sem nenhum defeito, mas com o decorrer do uso o estado inicial se altera podendo restar configurado um vício relevante”. (GARCIA, 2013, p.55)

Com efeito, no § 3º do art. 26 da Lei Federal n. 8.078/1990 estabelece que: “tratando-se de vício oculto, o prazo para reclamar do produto é a partir do momento em que o consumidor verifica o defeito”, (BRASIL, CDC, 2022), ou seja, termo de início da contagem do tempo em nada se relaciona com a data de sua compra, mas com a manifestação do problema.

Sendo assim, quando constatado o vício, nasce para o consumidor o direito de reclamar e de exigir que o fornecedor sane o problema sem qualquer custo, nos moldes da garantia legal.

A jurisprudência dos tribunais já firmou entendimento conceitual sobre a validade da garantia para vícios ocultos, senão vejamos:

[...]

- Trata-se de demanda em que os autores são destinatários finais do empreendimento imobiliário construído pela requerida, razão pela qual deve-se aplicar as normas consumeristas, nos termos do art. 2º, da Lei 8.078/1990.- Conforme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, o condomínio, na pessoa do síndico, tem legitimidade ativa para ação voltada à reparação de vícios de construção nas partes comuns e em unidades autônomas.

- Nos termos do art. 26, do CDC, o prazo decadencial para reclamar de vício oculto somente tem início a partir do seu conhecimento pelo consumidor, ao passo que o prazo decadencial para reclamar de vícios aparentes e de fácil constatação é contado da resposta negativa transmitida de forma inequívoca pelo fornecedor. Com a resposta à reclamação em 28/04/2009, a demanda proposta no dia 13/07/2009 não restou atingida pelo prazo decadencial.

- O prazo de garantia de 05 (cinco) anos tem início com a entrega da obra, uma vez transcorrido, inicia-se o lapso prescricional de 03 (três) anos para o exercício da pretensão indenizatória, consoante o art. 206, § 3º, V, do Código Civil. Logo, com a entrega das áreas comuns do condomínio em julho de 2008, não há que se falar em prescrição.

- Constatados vícios na construção, a incorporadora deve ressarcir os autores pelos valores gastos consertos realizados, além de reparar os ainda existentes. – (APELAÇÃO DA PARTE RÉ CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA. RECURSO ADESIVO CONHECIDO E PROVIDO. Acórdão 1180669, 20090111036249APC, Relator Designado: LUÍS GUSTAVO B. DE OLIVEIRA, Quarta Turma Cível, data de julgamento: 12/6/2019, publicado no DJE: 26/6/2019).

Sendo assim, o prazo estipulado, de acordo com o CDC, depois de encontrado o vício oculto no produto será somente depois da manifestação do defeito, e não a partir da entrega do produto, o que gera grande discussão, já que é complexa a prova do momento exato do seu surgimento, com previsão legal nos art. 18 § 1.º, 26, § 3.º e 4.º, CDC.

No entanto, caso o consumidor não tenha o produto reparado, ou o mesmo não ocorra dentro do prazo estipulado no art. 26, I e II do CDC, poderá o consumidor, à sua livre escolha, ter o ressarcimento de produto de mesma espécie ou optar pela substituição por outro de melhor qualidade, bem como a devolução do montante pago, de acordo com o art. 19 do CDC.

Ainda, é necessário que o consumidor, ao descobrir o vício oculto, firme solicitação de reparo à empresa como forma de ilustrar o marco inicial para contagem do prazo da garantia por vício oculto, sendo esse o prazo que pautará as ações do fornecedor e o direito do consumidor. Gediel Claudino alerta para esse procedimento alegando que:

É importantíssimo que na ocorrência de um vício você reclame, por escrito, até mesmo por e-mail, ao fornecedor (seja a loja ou o fabricante). Tal reclamação para/obstar o prazo da garantia até que o fornecedor responda. Ou seja, se você comprou um carro no dia 01.01.2010 e o problema acontece no dia 30.01.2010 e você apresenta a reclamação por escrito em 02.02.2010 e o fornecedor só responde em 30.08.2010 você não perde o prazo da garantia. (ARAÚJO JUNIOR, 2015, p. 85)

Está citação acima é retratada pelo artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;

II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

§ 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.

§ 2º Obstat a decadência:

I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;

II - (Vetado).

III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.

§ 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito. (BRASIL, CDC, 2022).

Importante, fechar este tópico destacando que existem diferenças no início da contagem do prazo entre o vício oculto e o aparente, pois, se de um lado o vício de fácil constatação se obriga aos prazos de 30 dias para bens não duráveis, ou seja, aqueles usados por prazo curto ou esporadicamente, e de 90 dias para bens duráveis, aqueles produtos tangíveis que só se depreciam ou decaem após excessivo uso, contados a partir da efetivação de sua entrega. De outro lado, nos casos de vícios ocultos o prazo só se inicia no momento em que o defeito é

descoberto, conforme preceitua os artigos 26 e 27 do CDC.

GARANTIA DO PRODUTO OU SERVIÇO

Segundo o dicionário Aurélio o significado da palavra garantia, é: “segundo o dicionário é: 1) ato ou efeito de garantir. 2) ato ou palavra com que se assegura obrigação, intenção etc. 3) documento assegurador da autenticidade e/ou boa qualidade dum produto ou serviço. 4) o período que vigora tal garantia” (FERREIRA, 2012, p. 342).

De certo, que para uma relação jurídica ser aceita como de consumo, há a necessidade de um fornecedor, um consumidor e ainda, precisam estar conectados a um objeto em comum que é o produto/serviço. Sobre essa seara Milena Donato e Isabela Reimão, salientam que:

Independentemente da vontade do fornecedor os objetos da relação de consumo logram da garantia legal, que para vícios de fácil constatação, nos bens não duráveis é de 30 dias e nos bens duráveis é de 90 dias. Já nos vícios ocultos o prazo é de 90 dias após a constatação do vício, levando em consideração a vida útil do bem. (OLIVIA; GENTILI. 2018, p. 119).

São admitidas três garantias no CDC, são elas: Garantia Legal, Contratual e Estendida, as autoras Milena Donato e Isabela Reimão tecem pertinente comentário sobre as duas primeiras, explicando que:

[...] a garantia legal associa-se à preservação da legítima expectativa dos consumidores quanto à qualidade e à durabilidade dos produtos e serviços. De outra parte, a garantia contratual refere-se à obrigação adicional que o fornecedor voluntariamente se impõe e que de maneira alguma arrefece a garantia legal. A garantia contratual, que deve ser conferida mediante termo escrito, decorre de ajuste entre o consumidor e o fornecedor, sendo, por isso mesmo, facultativa e complementar à garantia legal. A garantia contratual pode ser limitada e condicionada a certos comportamentos do devedor, ao passo que a garantia legal não comporta tais restrições, dado seu caráter de ordem pública. (OLIVIA; GENTILI. 2018, p. 122).

Em linhas gerais a maioria dos produtos/serviços, disponíveis no mercado detêm certo prazo de garantia contratual, oferecido pelo fornecedor. Mesmo não tendo prazo mínimo exigido em lei, em regra esta garantia para produtos duráveis é de um ano, pode-se citar como exceção as fabricas de veículos que ofertam cinco anos de garantia, utilizam-se desse método para atrair clientes.

Garantia legal

A garantia legal fortalece o princípio da segurança que orienta a relação de consumo. Mesmo que o fornecedor queira por vontade própria, é vedado a ele eximir-se desta obrigação. O fornecedor é totalmente responsável pelo produto ou serviço que disponibiliza para comercialização, é a garantia que estimula a boa qualidade dos produtos ou serviços. Neste cenário o artigo 24 do CDC trata dessa determinação, que o fornecedor não pode se esquivar, independentemente de termo escrito, “A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expreso, vedada a exoneração contratual do fornecedor”. (BRASIL, CDC, 2022).

Rizzatto Nunes atenta para os prazos da garantia legal discursando que “a garantia legal para vícios aparente, de fácil constatação, tem fruição a partir da tradição da coisa, sendo de 30 dias para produtos ou serviços não duráveis e de 90 dias para produtos e serviços duráveis”.

(NUNES, 2019, p. 92), e ainda chama atenção, para outro detalhe, “isso se o fornecedor não conceder a garantia contratual, que neste caso fruirá primeiro”. (NUNES, 2019, p. 93). Este vício de fácil constatação depende, pura e simplesmente, do momento imediato, após a compra, ao usar o produto, por exemplo: comprou uma TV, ao chegar em casa foi utilizar e constatou que não sintoniza os canais. Neste caso, “o Vício é evidente e decorreu do mero uso”. (NUNES, 2019, p. 93).

Em se tratando de vício oculto, aquele que só é constatado com o excessivo uso, a garantia legal, também, abarca essa possibilidade. Este tipo de vício é tratado em duas vertentes como explica Rizzatto Nunes:

Nas relações civis são disciplinados entre os artigos 441 e 446 do Código Civil, na seção que trata dos vícios redibitórios. O que mais se difere do CDC para o Código Civil é que o legislador no CDC não estipula prazo máximo para a constatação do vício oculto, devendo se levar em conta a vida útil do produto ou serviço, ao passo em que pelo legislador do Código Civil foi estabelecido em 180 dias para coisas móveis e um ano para coisas imóveis. (NUNES, 2019, p. 95).

Nesta mesma direção sobre os vícios ocultos às autoras Milena Donato e Isabela Reimão expressam sua contribuição sobre o tema afirmam que:

[...] prazo de garantia legal atinente aos vícios ocultos depende da análise, pelo magistrado, da vida útil do produto ou serviço no caso concreto. É de se notar que a vida útil varia de acordo com cada produto ou serviço, daí a necessidade de exame individualizado, que atente para as características do bem em discussão. O estabelecimento do período de vida útil, assim, será determinado a partir das características do produto ou serviço aliadas à legítima expectativa do consumidor. (OLIVIA; GENTILI. 2018, p. 125).

Utilizar a vida útil do produto/serviço é tarefa pesada na prática, no caso concreto, uma vez que esse critério objetiva equilibrar a relação, satisfazendo os anseios do consumidor em relação ao produto ou serviço, da mesma forma visa responsabilizar o fornecedor pelo vício oculto.

Entretanto, uma grande discussão sobre o vício oculto, reside no fato de determinar qual é a vida útil de cada produto ou serviço, Milena Donato e Isabela Reimão este impasse entendem que “o legislador não fixou prazo, para que cada caso seja analisado em sua essência, não podendo vigorar uma garantia eterna, mas muito menos uma obsolescência programada”. (OLIVIA; GENTILI. 2018. p. 125).

Garantia contratual

A garantia contratual, também conhecida como de fábrica, segundo o conceito de Rizzatto Nunes é aquela em que:

o fornecedor por mera liberalidade concede ao consumidor, pois ela não é obrigatória. O fornecedor oferece como um atrativo para seu produto, um plus. Montadoras de carros para atrair seus clientes chegam a ofertar até 6 (seis) anos de garantia contratual. (NUNES, 2019, p. 98).

Como não é uma obrigação forçada, sua validade é mediante termo escrito, impossibilidade de ser acordada verbalmente. O CDC, em seu artigo 50 coloca a garantia contratual como complementar da legal. Rizzatto Nunes afirma que “a garantia é de adequação, o que significa qualidade para atingimento do fim a que se destina o produto ou serviço, segurança, para não causar danos a consumidor, durabilidade e desempenho”. (NUNES, 2019, p. 102).

Nelson Nery Junior e Rosa Maria destacam os requisitos mínimos do termo de garantia

“forma, prazo e lugar em que pode ser exercida; [além dos] os ônus a cargo do consumidor. Todavia, não se impede que sejam estabelecidas outras bases contratuais, porém, vedado a exclusão da garantia legal”. (Nery Junior; Nery. 2019. p. 145).

Garantia estendida

Esta modalidade não está inserida no rol do diploma legal do CDC, sua classificação seria na modalidade de garantia contratual, há que se mencionar que ela não é bem uma garantia, configuraria mais como um seguro, pois consiste num pagamento extra por parte do consumidor, adquirindo, assim um seguro para seu produto ou serviço.

Importante, questionar que se existe a garantia legal nos casos de vícios ocultos, perdurando até a vida útil do produto ou serviço, presume-se carência de necessidade de contratação desta “garantia estendida”.

Mesmo entendimento é compartilhado por, Leonardo Roscoe Bessa o autor aduz que:

[...] não se vê qualquer vantagem em adquirir a garantia estendida. Se a contagem do prazo para reclamar dos vícios do produto for realizada corretamente — considerando o critério da vida útil —, o CDC já oferece proteção adequada e suficiente aos interesses do consumidor. É incorreto, inclusive, falar-se em extensão de garantia. Na prática, todavia, o consumidor possui dificuldades em fazer valer o critério da vida útil do produto, seja desinformação muitas vezes dos próprios órgãos de proteção ao consumidor, seja por lhe faltar disposição de brigar por seus direitos na Justiça. (BESSA, 2019, P. 167).

O que, muitas vezes, ocorre é que por falta de informação o aliciamento dos fornecedores sobre o consumidor acaba forçando a adquirir a garantia estendida, mesmo sendo desnecessária, pois, a vida útil do produto/serviço não acaba com o fim da garantia contratual. Leonardo Bessa reflete que o consumidor “possui dificuldades em fazer valer o critério da vida útil do produto, seja por desinformação muitas vezes dos próprios órgãos de proteção ao consumidor, seja por lhe faltar disposição de brigar por seus direitos na Justiça”. (BESSA, 2019, P. 173).

VIDA ÚTIL DOS PRODUTOS DURÁVEIS

A doutrina categoricamente chama esse critério de “vida útil do produto ou serviço”, pois o que se tem em mente é que ao obter um produto ou serviço durável, presume-se certa durabilidade desse produto ou serviço. José Carlos Maldonado exemplifica narrando que:

uma geladeira, ao comprar se tem uma expectativa de durabilidade por certo período, não pode se ater a garantia contratual cedida pelo fornecedor, que desta forma seria o programador do tempo de durabilidade dos produtos e serviços, poderia se instaurar a obsolescência dos produtos e serviços. (CARVALHO, 2016, p. 172).

Ao se referir como critérios, José Carlos Maldonado, aponta um critério a ser admitido para julgamento das demandas:

Em princípio, quanto mais distante estiver o produto ou serviço do final da sua vida útil, maior será a possibilidade de se tratar de um vício de qualidade. Se o bem é novo ou recém-adquirido, pode-se, até, falar em presunção relativa da anterioridade do vício. Em resumo: quando o bem for novo, haverá uma presunção relativa de que o vício é de origem, podendo o ônus da prova ser invertido pelo juiz; quando o bem não for novo, deve-se atentar para a vida útil do produto ou serviço, e a prova da anterioridade do vício deve ser feita mediante perícia. (CARVALHO, 2016, p. 175).

Ao realizarem estudos, sobre como eles são determinados o tempo de vida útil de certos produtos em alguns tribunais, foi observado por Milena Donato e Isabela Reimão:

O TJRJ, em recente decisão, com base em estudo desenvolvido pelo IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, decidiu que a vida útil dos aparelhos celulares esperada pelo consumidor é maior que três anos. Ao analisar a vida útil de um televisor, a 3ª Turma Recursal do Rio Grande do Sul entendeu que o vício apresentado após seis anos de uso não ensejaria responsabilização do fornecedor, pois teria sido ultrapassado o tempo de vida útil esperado para o produto. O TJRJ, também na hipótese de televisor, afirmou que o aparelho de 70 polegadas, cujo valor despendido pelo consumidor foi de R\$ 9.000,00 (nove mil reais), teria que apresentar vida útil maior do que de um ano, três meses e doze dias de uso, tempo em que apareceu o vício do produto. O TJMG decidiu que o televisor tem vida útil média de 5 anos. Já se entendeu ser a vida útil do refrigerador de dez anos; a do pneu de cinco anos; a da bateria de veículo automotor pesado de um ano e meio; a do motor de veículo de passeio de dez anos; a do revestimento cerâmico em pisos de estabelecimentos internos de treze anos. Entendeu-se também que o ar condicionado deveria durar mais de dezoito meses; o óculos de grau mais de um ano; o notebook mais que um ano e quatro meses; o sistema de câmbio mais de dois anos. (OLIVIA; GENTILI. 2018. p. 125).

Na prática, o encargo de comprovar um vício oculto, como exposto na citação, é bem difícil e demanda muito esforço, por isso, que esse critério da vida útil do produto ou serviço é de suma importância para o consumidor. Na compra de um produto ou serviço o consumidor tem uma visão de durabilidade do que está adquirindo, quanto mais próximo da aquisição, maior será sua frustração, uma vez que nestas circunstâncias a probabilidade do fornecedor ter dado causa a esse vício é imensa, contudo, o contrário também é verdadeiro, quanto mais tempo de uso do produto/serviço menor as chances de ocorrer um vício por conta do fornecedor.

Tabela 1- estimativa de tempo de duração dos produtos.

Descrição	Duração
Eletrrodomésticos	
Geladeira	10 a 16 anos
Fogão	08 a 10 anos
Maquina de lavar	10 a 13 anos
Condicionadores de Ar	10 a 15 anos
Ventilador	10 anos
Móveis	
Sofá	Até 15 anos
Colchão	05 a 08 anos
Imóveis	25 anos
Carro	05 anos
Pneu	40 a 60 mil Km
Eletrônicos	
Celular	03 a 06 anos
Computador	03 a 05 anos
Televisão	04 a 10 anos

Fonte: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC

A tabela acima retrata uma espécie de balizamento, ponto de partida para a solução do impasse em relação à vida útil do produto/serviço, porque muito embora um produto possua constatação quanto a existência de um vício oculto, a responsabilidade do fornecedor se limitará à expectativa de vida útil do produto comercializado, não sendo razoável manter uma cláusula

de garantia por tempo indeterminado, em condição que supera em muito a própria existência do produto.

Na compra de um carro, por exemplo, é de esperar que o motor tenha uma durabilidade, no mínimo, razoável, ou, ainda, quando o consumidor adquire uma geladeira, uma televisão, na sua cabeça o funcionamento deste aparelho vai durar por pelo menos de cinco a oito anos. Invertendo os papéis, não é razoável comprar um computador para durar apenas um ano, já pensou, um carro com expectativa de motor e o câmbio de apenas dois anos, com exceção, é lógico, se a causa do defeito for o “mau uso” ou “caso fortuito posterior”.

Nestas circunstâncias, a garantia legal por defeitos do produto em decorrência de vício oculto, deve obedecer a um limite de tempo, é razoável que seja o da vida útil do produto, a ser verificado pelo magistrado em cada caso concreto, não podendo ser e determinado pelo fornecedor, nem mesmo o do Código Civil aplicado de forma análoga.

DA JURISPRUDÊNCIA DO VÍCIO OCULTO

A jurisprudência dos tribunais em relação ao vício oculto perpassa a hipótese da aplicação da responsabilidade objetiva e solidária, a rigor do que disciplina o art. 18 da Lei Federal n. 8.078/1990.

No caso, resta ao consumidor o dever de provar a existência do defeito ou vício, ou seja, condições suficientes para comprovar a inconformidade do produto, antes de qualquer medida excepcional (como o ajuizamento de ação), é perfeitamente destacado que na maioria dos casos não irá caber o ônus da prova, porém, em casos específicos, cabe ao fornecedor comprovar o referido vício.

Nesta toada, importante observar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o vício oculto:

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. VÍCIO DO PRODUTO. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. TEORIA DA VIDA ÚTIL DO PRODUTO. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTAÇÃO. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NEGATIVA. AFASTAMENTO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. A questão controvertida resume-se à verificação da responsabilidade do fornecedor por vícios apresentados em eletrodomésticos durante a denominada “vida útil do produto”.

3. Não o se reconhece a negativa de prestação jurisdicional alegada quando o Tribunal de origem se pronuncia a respeito de todos os pontos levantados pela recorrente, ainda que de forma sucinta, afastando os argumentos deduzidos que, em tese, seriam capazes de infirmar a conclusão adotada.

4. Não há julgamento extra petita quando o acórdão recorrido, acolhendo argumento da parte pleiteando a inaplicabilidade da Teoria da Vida Útil do Produto à hipótese, afasta a responsabilidade pelos vícios surgidos após o período de garantia contratual.

5. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 26, § 3º, ao tratar dos vícios ocultos, adotou o critério da vida útil do bem, e não o da garantia, podendo o fornecedor se responsabilizar pelo vício mesmo depois de expirada a garantia contratual. Precedentes.

6. No caso, os vícios observados nos produtos adquiridos pela recorrente apareceram durante o período de vida útil do produto, e não foi produzida nenhuma prova de que o mau funcionamento dos eletrodomésticos decorreu de uso inadequado pelo consumidor, a evidenciar responsabilidade da fornecedora. 7. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp 1787287 / SP Recurso Especial 2018/0247332-2, Ministro Carlos Villas Boas Cueva, 3ª Turma do STJ, Data de julgamento em 14/12/2021).

Diante da jurisprudência apresentada, fica claro a utilização da aplicação do critério da vida útil do produto explicito no art. 26 do CDC e não o uso da garantia contratual, ademais a responsabilização foi aplicada ao fornecedor com base nas provas obtidas no processo.

Importante ressaltar que a garantia contratual é aquela em que a concessão é realizada pelo fornecedor por sua vontade, desta forma, é dispensado a ele a obrigação de efetivar tal garantia. Desta feita, é necessário que seja realizada por escrito e entregue no momento da efetivação da compra em que o fornecedor ofereça uma oferta ao consumidor final devendo cumprir com todos os adereços ofertados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código de Defesa do Consumidor é um conjunto de regras e normas com finalidade social, se por um lado visa garantir o cumprimento dos direitos dos clientes, através do equilíbrio da relação de consumo, pois, o consumidor é tido como parte mais vulnerável desta relação, por outro lado, o das empresas fornecedoras, o CDC tem o condão especial de direcionar a atuação deles como um todo, evitando processos judiciais de responsabilização e contribui na estimulação da concorrência competitiva, através de produtos de qualidade.

O ideal seria que as relações fossem perfeitas, o consumidor adquire um produto, que foi disponibilizado no mercado com qualidade pelas empresas, e esse produto além de ter sua finalidade atendida, seja usado até sua vida útil se exaurir, ledo engano não é assim que acontece na maioria dos casos.

Esta pesquisa delineou a cerca dos vícios, inclusive, usando a definição de Cláudia Lima afirmando que o produto perde o valor, perde suas características e incorre em divergências publicitárias, ou seja, em linhas gerais produtos/serviços que não executam a função a que foi destinado.

Devem ser levados em consideração os tipos de vícios encontrados por esta pesquisa, o primeiro **vício de qualidade** que é subdividido em qualidade por **inadequação** quando não atende as expectativas do consumidor; e vício de qualidade por **insegurança** que além de não atender as expectativas, ainda causa dano ao consumidor; Segundo **vício por quantidade**, basicamente é a divergência do conteúdo do produto; Terceiro **vício de informação** que é a divergência na informação, através de afirmações falsas ou enganosas ou ainda, omissão de dados, por exemplo.

Esses vícios apurados podem se apresentar de forma aparente que recebe essa denominação porque é de rápida identificação, visualização imediata pelo consumidor.

Neste caso por vícios do produto aparente o prazo para responsabilidade civil é decenal de 30 dias (produtos não duráveis) ou 90 dias (produtos duráveis), para que o consumi-

dor manifeste sua reclamação, nos termos do art. 26 do Código de Defesa do Consumidor.

Nos casos de vício oculto que é o objeto desta pesquisa, através da perguntada manifestada no resumo e introdução, será respondido esse questionamento começando pela definição de Garcia apresentado no tópico específico, o vício oculto é imperceptível no momento da compra, surgindo após certo período de tempo conforme o uso do bem.

O prazo decadencial para o consumidor reclamar por este tipo de vício tem seu início no momento em que se descobre o defeito e não na data da compra, por se tratar de um bem de consumo este possui uma durabilidade prevista que se relaciona com sua vida útil, dentro da pesquisa foi exposta uma tabela com alguns exemplos de produtos e sua vida útil, qualquer inadequação ocorrida dentro desse período, sendo descoberto é que começarão a correr os prazos de 30 e 90 dias da garantia legal, este entendimento está expresso no artigo 26, II, §3º do CDC.

Outro ponto importante, que merece destaque é que o prazo decadencial de 90 dias, usado para a reclamação de vício oculto, apenas se inicia após terminar o prazo contratual de garantia, conforme disposto no art. 26, §3º do CDC.

Outro ponto, levado em consideração é a utilização da vida útil do produto/serviço, esta aplicação é efetivada pelos tribunais no caso concreto, é critério utilizado para equilibrar a relação, onde a necessidade do consumidor, pois o mesmo sofreu um prejuízo, precisa ser reparado em relação ao produto ou serviço, responsabilizando o fornecedor.

A polêmica que reside em torno desse vício oculto, é o fato da dificuldade em determinar qual é a vida útil de cada produto ou serviço, uma vez que o legislador se absteve de fixar prazo, para que cada caso seja analisado em sua essência.

Importante, frisar bem, não se trata de um privilégio de garantia eterna. A lei é cristalina, ao se perceber ou constata um defeito de fabricação, mesmo sendo descoberto após o término do período de garantia, oferecido pelo fabricante, e estejam afastadas as excludentes de responsabilização de desgaste natural e mau uso, é obrigação do fornecedor solucionar o problema, reparar o prejuízo.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JUNIOR, GEDIEL CLAUDINO. Prática no Direito do Consumidor. 1ª edição. Editora Atlas. São Paulo. 2015.

BESSA, Leonardo Roscoe. Código de Defesa do Consumidor Comentado. Editora: Forense. São Paulo. 2018.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: Abr. 2022.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. Garantia legal e garantia contratual. In: Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, Volume VI, nº 24, 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário da Língua Portuguesa – Conforme Nova Ortografia. 6ª edição. Editora: Positivo. Curitiba. 2012.

GARCIA, L. de M. Direito do Consumidor. Código Comentado e Jurisprudência. 8ª Ed. Niterói, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2013.

LUZ, Valdemar P. Dicionário Jurídico. 1ª Edição. Barueri-SP: Editora Manole, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. Direito do Consumidor - 30 anos de CDC. 1ª Edição. Rio de Janeiro-RJ: Editora: Forense. 2020.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 13ª edição, rev. atual. e ampliada. Editora: Revista dos Tribunais. São Paulo. 2019.

NUNES, Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. 13ª Edição. Editora Saraiva: São Paulo. 2019.

OLIVA, Milena Donato. GENTILI, Isabela Reimão. A proteção quanto aos vícios ocultos e o critério da vida útil. Revista de Direito Privado. Vol. 88/2018. DTR\2018\12734. 2018.

SANTOS, Altamiro José. Direitos Do Consumidor. Revista do IAP. Curitiba, Instituto dos Advogados do Paraná, 1987. n. 10.

SIMÃO, José Fernando. Vícios do Produto no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. 1ª edição. Editora Atlas. São Paulo. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direitos do Consumidor. 10ª Edição. Rio de Janeiro-RJ: Editora Forense, 2021.

15

A constituição econômica brasileira e a competência legislferante concorrente dos entes federados como instrumento de intervenção econômica

The Brazilian economic constitution and the federated entities' concurrent legislative competence as an instrument of economic intervention

Allan Thiago Barbosa Arakaki

Doutorando e Mestre pela UNIMAR; Master em Fundamentos da Responsabilidade Civil pela Universitat de Girona/Espanha; Especialista em Direito Público pela Uniderp e em Ciências Criminais e Segurança Pública pelo CERS. Promotor de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Maria de Fátima Ribeiro

Pós-Doutora em Direito Fiscal pela Universidade de Lisboa; Doutora pela PUC-SP; Mestre em Ciências Jurídicas pela PUC-RJ. Professora do PPGD da UNIMAR e Advogada

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.15

RESUMO

O presente estudo procura verificar se o modelo de Estado federado permitiria aos entes federados, além da União, intervir em matéria econômica por meio do exercício da competência legiferante concorrente. Enfim, aqui se busca perscrutar se demais entes, além da União, poderiam intervir em matéria econômica, bem como se a Constituição Econômica poderia ou não limitar a esfera de atuação daqueles. A pesquisa realizada é bibliográfica e jurisprudencial, posto que se lastreia na doutrina jurídica e nos julgados da Suprema Corte brasileira. O método empregado é o dedutivo, partindo da premissa geral da Constituição Econômica, ingressando no federalismo cooperativo e na competência legiferante concorrente. Contextualizado o leitor, ingressa-se, enfim, na competência legiferante como instrumento de intervenção econômica e na possibilidade ou não de sua limitação pela Constituição Econômica. O referencial teórico se lastreia, por fim, na Constituição Econômica, em sentido amplo, albergando diretrizes fixadas pela competência legiferante concorrente e pelos princípios da Ordem Econômica.

Palavras-chave: Federalismo cooperativo, constituição econômica, livre concorrência.

ABSTRACT

This study seeks to verify whether the model of the federated state would allow federated entities, in addition to the Union, to intervene in economic matters through the exercise of competing lawful competence. Anyway, here we seek to investigate whether other federated entities, besides the Union, can intervene in economic matters, as well as if the Economic Constitution could or could not limit their sphere of action. The research carried out is bibliographic and jurisprudential, since it is based on the legal doctrine and judgments of the Brazilian Supreme Court. The deductive method is used, based on the general premise of the Economic Constitution, entering into cooperative federalism and competing lawful competence. Contextualizing the reader, one finally enters into the legitimating competence as an instrument of economic intervention and the possibility or not of its limitation by the Economic Constitution. The theoretical framework is ultimately based on the Economic Constitution, in a broad sense, housing guidelines set by competing lawful competence and the principles of the Economic Order.

Keywords: cooperative federalism. economic constitution. free competition.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os poderes e mecanismos de que dispõem os entes componentes de um determinado Estado Federado para intervir na economia reverberam de extrema relevância para a saúde do funcionamento do pacto federativo. Nesse espectro, o Brasil, dentro da tradição do Constitucionalismo brasileiro, é um Estado Federado, composto pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, todos dotados de competência e poderes próprios dentro do tecido constitucional, o que resguarda o federalismo cooperativo.

Imerso em tal ambiente, o presente artigo procura verificar se o modelo de Estado federado permitiria aos entes integrantes daquele, além da União, intervir em matéria econômica por meio do exercício da competência legiferante concorrente. Além disso, busca-se analisar qual o

papel que a Constituição Econômica brasileira exerceria na atuação dos entes federados quanto ao exercício da competência legiferante concorrente. Em síntese, aqui se busca perscrutar se demais entes federados, além da União, poderiam intervir em matéria econômica ou não, bem como se a Constituição Econômica poderia ou não limitar a esfera de atuação daqueles.

Para tanto, faz-se o uso da pesquisa bibliográfica, por intermédio da doutrina (livros e periódicos), além da jurisprudência da Suprema Corte brasileira. O método empregado, por seu turno, é o dedutivo, porquanto é o mais adequado para se possibilitar o raciocínio silogístico imprescindível à compreensão dos objetivos deste artigo. Com efeito, parte-se da premissa geral, explicando a Constituição Econômica e qual o seu papel na Carta Republicana de 1988.

Após, fornecido ao leitor os conhecimentos a respeito da Constituição Econômica, discorre-se sobre o federalismo cooperativo e o sistema de repartição de competências dentro da Constituição Federal de 1988. Por derradeiro, abordam-se as questões centrais deste estudo, ou seja, analisa-se a possibilidade da intervenção de outros entes federados, além da União, em matéria econômica, por meio da competência legiferante concorrente, e se esta poderia ou não ser limitada pela Constituição Econômica.

O referencial teórico utilizado nesta pesquisa consiste na compreensão da Constituição Econômica, em sentido amplo, albergando as diretrizes fixadas pela competência legiferante concorrente e pelos princípios da Ordem Econômica, sobretudo, no que concerne ao princípio da livre concorrência.

A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA BRASILEIRA E SUA IMPORTÂNCIA

A Constituição Econômica não é fato novo presente na atual Constituição Federal brasileira. Remonta aquela desde o início do século XX, com a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição de Weimar de 1919, cuja ratio se estendeu e foi devidamente incorporada na Constituição Federal brasileira de 1934 (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 998; SOUZA, 1989, p. 60-61). O Constituinte à época dedicou formalmente o Título IV para abordar a ordem econômica e social (art. 115 ao art. 143), prevendo dispositivos que tratavam de fatos econômicos, como a proibição à usura (art. 117, Parágrafo Único), e outros que mais se relacionavam ao vínculo trabalhista (art. 120, CF/34).

A partir da Constituição Federal de 1934 a recepção de um tratamento formal da ordem econômica se tornou praxe dentro da história do Constitucionalismo brasileiro, sendo que, na Carta Constitucional de 1988, a ordem econômica foi abordada formalmente no Título VII, junto com a ordem financeira, do art. 170 ao art. 192. Ademais, em que pese formalmente ter sido estabelecido topografia especial sob a rubrica ordem econômica, não se impediu que disposições constitucionais que versem a respeito da matéria guarnecessem nas mais variadas rubricas do texto constitucional.

Mediante a clarividente importância da Constituição Econômica, depreende-se que seu conceito é amplo, albergando uma amálgama de disposições que versem sobre a ordem econômica e assuntos correlatos. Ao buscar conceituá-la, Antônio Carlos dos Santos (2016, p. 475) pondera que são: “normas da lei fundamental [...] relativas às relações econômicas e à ordem jurídico-econômica, sejam elas de natureza estatutária (de garantia do sistema econômico) ou

de direção, orientação, desenvolvimento ou mesmo transformação desse sistema [...]”.

Eros Roberto Grau (2018, p. 77), em igual direção, leciona que a Constituição Econômica consistiria em um: “conjunto de preceitos que institui determinada ordem econômica (mundo do ser) ou conjunto de princípios e regras essenciais ordenadoras da economia, é de se esperar que, como tal, opere a consagração de um determinado sistema econômico”.

A Constituição Econômica, portanto, deve ser compreendida em um sentido amplo, isto é, não necessariamente restrita em uma determinada rubrica constitucional, mas sim a partir do sentido do enunciado a ser interpretado. Assim, as normas refratoras da Constituição Econômica encontram-se dispersas, inserindo-se naquela sempre que disserem respeito a direitos e deveres econômicos, à organização econômica e à competência dos órgãos responsáveis por escudar o sistema econômico. (SANTOS, 2016, p. 476). Vital Moreira (1979, p. 41) destaca a respeito da Constituição Econômica:

conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que garantem e ou instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta.

Insta rememorar ainda que, doutrinariamente, vislumbra-se a Constituição Econômica compreendida em dupla perspectiva: a) a formal, abrangendo normas formalmente incorporadas no texto constitucional e que versem sobre a vida econômica; b) a material, concernente a outras normas que toquem à ordem econômica, contudo, que não necessariamente integrem o texto constitucional, encontrando-se espalhadas pelo ordenamento jurídico. (FRANCO, 1982, p. 93; CYRINO, 2016, p. 496).

Pois bem, tendo em vista que a presente pesquisa tem por pretensão desnudar o vínculo existente entre a Constituição Econômica e o exercício da competência legiferante concorrente, cinge-se aqui a encampar o entendimento amplo. Sob essa perspectiva, desde logo, é necessário relegar a um plano secundário a concepção da Constituição Econômica estritamente formal, possibilitando ecoar, em outro sentir, em plenitude, a ideia material, mais aberta, decorrente do próprio caráter amplo das normas constitucionais. (SAMPAIO NETO, 2016, p. 4).

A começar, dentro do tecido constitucional de 1988, a ordem econômica foi lapidada em uma rubrica formal no Título VII, em conjunto com a ordem financeira, mais precisamente do art. 170 ao art. 192, abrangendo várias disposições: características estruturantes da ordem econômica (art. 170 e incisos), normas relacionadas à política urbana (art. 182 e art. 183), à política agrícola e fundiária (art. 184 e art. 191) e ao sistema financeiro (art. 192).

Interessante verificar que, de forma diversa da Constituição de 1934, a qual tratava da ordem econômica em conjunto com a ordem social, a Carta Republicana de 1988 tratou-as diferentemente, tanto é que a ordem social foi abordada fora da rubrica afeta à ordem econômica. De fato, mostrou-se mais coerente a concepção atual, posto que, diante do sentido mais elástico de Constituição Econômica, inevitável admitir que as disposições relacionadas à ordem financeira possuem íntima ligação com a ordem econômica e, por conseguinte, são abrangidas pela concepção da Constituição Econômica.

Ademais, cumpre consignar que, diante da concepção maior da Constituição Econô-

mica, em que pese sua seiva se encontrar nos dispositivos relacionados à ordem econômica, imperioso concluir que há outros enunciados guarnecidos na Carta Republicana de 1988 que a integram igualmente. Isso porque a positivação ou não é sequer necessária para tanto, conforme destaca Eros Roberto Grau (2018, p. 81), ao exemplificar que a Lei Fundamental alemã não positivou em seu texto a Constituição Econômica.

De fato, as disposições relativas ao funcionamento do perfil econômico do Estado, embora estejam ou não em determinada rubrica, dentro ou não do tecido constitucional, integram a ideia de Constituição Econômica, pois desenham a própria identidade econômico-estatal, influenciando direta ou indiretamente na economia. Assim, verifica-se que a Constituição Econômica não é restrita a partir do art. 170 da CF/88, mas aquela é depreendida de todo o sentido não só do tecido constitucional, mas abrange além deste.

Citem-se, a título meramente exemplificativo, sem qualquer pretensão de exaurir o assunto, até mesmo porque não é o objetivo desta pesquisa, os dispositivos constitucionais que estatuem os objetivos da República Federativa brasileira, mais especificamente o art. 3º da CF/88. Inexiste qualquer dúvida de que o mencionado enunciado constitucional estabelece metas e diretrizes que devem pautar a atuação do ente estatal, o que inexoravelmente perpassa pelo esboço do perfil econômico estatal.

Com efeito, a edificação de uma sociedade mais justa e solidária (art. 3º, I, CF/88), a promoção e garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, II, CF/88), a diminuição da pobreza e das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, CF/88) e a promoção do bem de todos (art. 3º, IV, da CF/88) demandam ações do ente estatal, sobretudo, as que desembocam na economia inevitavelmente. Do contrário, acaso não tivesse o ente estatal tal poder-dever, o dispositivo constitucional do art. 3º da CF/88 restaria esvaziado.

Aliás, a respeito da interpretação, Rui Limongi França (1995, p. 30-31) sistematizou algumas regras interpretativas, cuja observância é de extremo relevo para a manutenção da higidez e coesão do ordenamento jurídico:

- a) Na interpretação deve-se sempre preferir a inteligência que faz sentido a que não faz. [...]
- c) Deve ser afastada a exegese que conduz ao vago, ao inexplicável, ao contraditório e ao absurdo [...];
- g) Tratando-se, porém, de interpretar leis sociais, preciso será temperar o espírito do jurista, adicionando-lhe certa dose de espírito social, sob pena de sacrificar-se a verdade à lógica.

Inegável, destarte, reconhecer que a Constituição Econômica, em que pese não se restringir a rubricas e ao texto constitucional, é uma realidade que se expressa com maior ênfase e intensidade a partir do art. 170 e seguintes da Carta Republicana brasileira de 1988. Sob tal rubrica, encontra-se o núcleo do perfil econômico estatal e os principais instrumentos de atuação estatal na economia. Sucede que, sem prejuízo das disposições infraconstitucionais, encontram-se espalhados por todo o texto constitucional demais normas que, de fato, com menor intensidade, auxiliam no delineamento da estrutura econômica estatal e que são igualmente relevantes.

Em relação ao último caso, ainda assim, trata-se de disposições constitucionais que integram a Constituição Econômica, embora não abrangidas por uma rubrica formal, eis que o que importa, mais do que a mera topografia, para fins de figurar ou não no âmbito de tal relevo, é a circunstância de se relacionar ou não com o desenho do perfil econômico estatal. Enfim, pouco importa a questão meramente formal, pois a essência e a matéria do que são veiculadas pelos

enunciados constitucional ou infraconstitucional é que enunciam o vínculo de pertencimento à Constituição Econômica ou não.

O FEDERALISMO COOPERATIVO E A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O federalismo é a forma de Estado tradicional, dentro do Constitucionalismo brasileiro, desde o Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, seguido das Cartas Constitucionais que se sucederam até a Constituição de 1988 (PUCCINELLI JÚNIOR; ARAKAKI, 2013, p. 70-78). Esta logo no art. 1º, caput, estipula que o Brasil possui contornos de uma República Federativa e, além disso, conferiu à forma federada a blindagem de cláusula pétrea.

O art. 60, §4º, I, da CF/88 prevê a forma federada como uma das cláusulas pétreas. Estas “[...] asseguram a imutabilidade de certos valores constitucionais. Preservam, também a identidade da sua obra sacramentada pelo constituinte originário. Elas objetivam a proteção aos pilares centrais da Constituição” (CADEMARTORI; BARATIERI, 2017, p. 587-588). Significa dizer, em outros dizeres, que a federação é essência, núcleo substancial, viga mestra da Carta Política de 1988, de sorte que nem o Poder Constituinte Derivado reformador pode extirpá-lo ou diminuir sua abrangência (ARAÚJO, NUNES JÚNIOR, 2007, p. 10).

Compreendida a importância do federalismo no texto constitucional, figurando como elementar e estruturante no modelo político estatal, imperioso verificar o que se compreende como Estado Federado. Nesse sentido, é possível depreender que “o federalismo é definido [...] como um meio-termo entre um governo unitário, com os poderes exclusivamente concentrados na União, e uma confederação, na qual o poder central seria nulo ou fraco” (COSER, 2008, p. 942).

Celina Souza (2005, p. 110) destaca que: “Diferentemente de muitas federações, a brasileira, assim como a belga, é um sistema de três níveis (triplo federalismo) porque incorporou os municípios, juntamente com os estados, como partes integrantes da federação [...]”. No Brasil, o Estado federado, na linha da Carta de 1988, é composto pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal (art. 18), porém, não somente a isso se cinge o Estado federado brasileiro.

Isso porque a Carta Republicana de 1988 adotou a tônica do federalismo cooperativo em contraposição ao federalismo dual. Neste, conforme esclarece Fernanda de Almeida (2013, p. 724-725), a União possuiria suas competências expressamente declinadas e enumeradas, ficando aos Estados as remanescentes, ao passo que no federalismo cooperativo há, além da esfera de atribuição de cada ente federado, competências que podem ser utilizadas por mais de um ente político.

Muito embora a tônica do federalismo cooperativo tenha sido adotada tradicionalmente a partir da Constituição Federal brasileira de 1934, a Constituição de 1891 havia se perfilhado à técnica de federalismo dual, a qual não foi exitosa (FIGUEIREDO, 2012, p. 228). Marcelo Figueiredo (2012, p. 228) destaca que tal modelo dual na Carta política de 1891 não funcionou muito bem, máxime em razão da extrema dependência do Governo Central e do uso desenfreado e banalizado das intervenções federais, o que exigiu que fosse tal técnica repensada.

Conveniente acrescer, por oportuno, que a Carta Constitucional de 1824 se caracterizou pela adoção da forma de Estado Unitário (PUCCINELLI JUNIOR; ARAKAKI, 2013, p. 66), dentro

do qual o feixe de competência e atribuições se centralizava e concentrava no Governo Central em detrimento dos demais entes, motivo pelo qual não se ingressa em sua análise mais detida, posto que se relaciona a outra forma de Estado, atípica no Constitucionalismo brasileiro.

Pois bem, a Carta Política de 1988 rateou as competências dos entes federados, distribuindo-as nos arts. 21, 22, 23, 24, 25, §1º e 30. A divisão, formulada pela Constituição Federal de 1988, lastreou-se na predominância do interesse, conforme lição de Alexandre de Moraes (2006, p. 277) sobre a distribuição em que “pelo princípio da predominância do interesse, à União caberá aquelas matérias e questões de interesse geral, ao passo que aos Estados referem-se as matérias de interesse regional e aos municípios concernem os assuntos de interesse local.”

Quanto à competência da União, Michel Temer (2014, p. 79) assevera: “Dos arts. 21 e 22 se extrai que a União tem competências expressas e enumeradas. São, também, exaustivas, pois, exaurem, pela enumeração, as matérias que lhe cabem (à exceção das tributárias).” Já, no que concerne à competência dos Estados, centra-se no art. 25, §1º, da CF/88, ao passo que dos Municípios, no art. 30 da CF/88, enquanto ao Distrito Federal assiste a competência reservada aos Estados e dos Municípios (MORAES, 2006, p. 277).

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2007, p. 274-275) asseveram ainda que a competência concorrente dos entes federados pode ser própria ou imprópria. Será própria no caso do art. 24 da CF/88 e imprópria quando possível a atuação em conjunto dos entes federados na consecução das competências materiais declinadas no art. 23 da CF/88 (ARAÚJO, NUNES JÚNIOR, 2007, p. 274-275).

Em razão dos objetivos do corrente artigo, interessa aqui o estudo da competência legiferante concorrente, consubstanciada especialmente no art. 24 da CF/88, posto que é a partir dela que se realizará a análise da atuação dos entes federados perante a Constituição Econômica, o que desnuda a importância do tratamento especificamente neste capítulo. O dispositivo constitucional em questão, já no caput aponta a atuação da União, Estados e Distrito Federal para legislar concorrentemente sobre as matérias elencadas nos incisos.

Logo de início, nesse espectro, oportuno destacar que, embora em se tratando de competência concorrente própria, o art. 24, caput, da CF/88 ser silente a respeito da participação dos Municípios, a atuação destes não é excluída (PUCCINELLI JÚNIOR, ARAKAKI, 2013, p. 97). Ao contrário, os Municípios possuem competência para legislar a respeito das matérias do art. 24, incisos, da CF/88, desde que refratoras de necessidade local ou para suplementar a legislação dos demais entes (art. 30, I, II, da CF/88). (ARAÚJO, NUNES JÚNIOR, 2007, p. 274).

O modo de repartição de competência concorrente legiferante, entre as três esferas, denota claramente um instrumento do próprio federalismo cooperativo, o qual “[...] veio crescer-se ao esquema clássico a utilização de competências concorrentes, admitindo-se que, a par das competências privativas de cada esfera de poder, certas possam ser exercidas por mais de um integrante da Federação” (ALMEIDA, 2013, p. 725). Significa dizer, em outras palavras, que o exercício da competência declinada no art. 24 da CF/88 permite a atuação dos três entes federados em diferentes níveis.

Cabe, nesse passo, à União elaborar e editar normas gerais (art. 24, §1º, da CF/88). Estas, por seu turno, “devem apenas estabelecer as diretrizes básicas que nortearão a atividade do legislador das normas específicas [...] devem ser mais genéricas e abstratas do que uma lei

qualquer deve ser” (SOUZA, 2017, p. 133). Aos Estados cabe complementar as normas gerais, bem como, inexistindo aquelas, exercer a competência plena (art. 24, §3º, §4º, CF/88), muito embora em sobrevindo lei geral, suspender-se-á a eficácia da lei estadual somente na parte que lhe for incompatível.

Em relação aos Municípios, o mesmo raciocínio aplicado aos Estados, pode ser utilizado àqueles, visto que exercem competência legiferante igualmente quanto às matérias elencadas dentro do rol do art. 24 da CF/88, apesar da omissão neste. É possível observar que há um elo evidente que garante a necessidade de cooperação e de equilíbrio entre as três esferas de governo para o exercício da competência legiferante concorrente, embora, a fim de se manter a coerência e a unidade do ordenamento jurídico, haja um padrão a ser observado a cada ente político.

Oportuno, nesse passo, observar que inexistente a hierarquia que muitos pensam haver entre os entes federados. A lei federal não necessariamente valerá mais do que a estadual, muito menos esta necessariamente preponderará sobre a municipal. Isso porque o pressuposto da própria federação é o equilíbrio entre os entes federados que a compõe, não podendo um, enquanto ente federado, sobrepor-se aos demais, pois, do contrário, seria um federalismo de fachada.

Roque Antônio Carraza (1994, p. 89), ao discorrer sobre a federação brasileira, rememora: “Laboram em erro os que veem uma relação hierárquica entre o governo central e os governos locais. O que há, na verdade, são, para cada uma destas entidades políticas, campos de ação autônomos e exclusivos, estritamente traçados na Carta Suprema [...]”. Não há, destarte, hierarquia entre a União, Estados e Municípios enquanto entes federados.

Ecoa como folclórico então a argumentação de que lei federal teria mais validade do que a estadual e esta mais do que a municipal. Não se cuida disso. A validade ou não, isto é, a constitucionalidade ou não da lei decorrerá da atuação do ente federado dentro da competência constitucional, traçada para a sua atuação na Carta Republicana de 1988. Sob esse prisma, é possível se ter normas federais que, não refratoras de normas genéricas, invadam a atribuição dos Estados, sendo clara a inconstitucionalidade delas. Enfim, o foco deve ser a competência constitucional, jamais o órgão produtor da norma.

Sucedo, entretanto, que a União não age apenas enquanto ente federado, quando então se encontra em igual patamar aos demais entes. Pode ela agir e atuar também enquanto ente nacional, produzindo lei nacional, caso em que, obviamente, há maior densidade da atuação da União em detrimento da esfera de atribuição dos Estados, Municípios e Distrito Federal (TE-MER, 2014, p. 80). Michel Temer (2014, p. 80) sintetiza: “no plano interno, revela a vontade da Federação quando edita leis nacionais e demonstra a sua vontade (da União) quando edita leis federais”.

Isso ocorre, posto que, se de um lado, inexistente hierarquia entre os entes federados, enquanto a União atuante como tal, por outro lado, no que concernir aos interesses da Federação, é preciso uma preponderância lógica, sob pena de se esfacelar o elo responsável por garantir o pacto federativo. Aliás, os entes federados possuem plena autonomia administrativa, organizacional e legiferante, contudo, soberania apenas a República Federativa (art. 1º, caput, da CF/88), vocalizada pela União.

Reis Friede (1994, p. 16) esclarece que a soberania é diferente da autonomia, eis que aquela “é o pressuposto fundamental do Estado: é o poder de império, de dominação, que gera um corolário de direitos e obrigações. É o poder máximo do Estado, efetuando-se na organização política, social e jurídica de um Estado”. Hermann Heller (1998, p. 362), em igual sentir, destaca: “El poder del Estado es soberano, es decir, es el poder supremo em su território, exclusivo, irresistible y sustantivo.”

Nesse ponto, se fosse possível a cada ente atuar individualmente, sem um elo entre si, não se trataria de federação, mas de confederação, em que cada um seria dotado de soberania, o que, conforme se viu, não é o caso do Brasil. É possível compreender e assimilar a dinâmica do funcionamento da técnica de competência legiferante concorrente, plasmada no art. 24 da CF/88, e a atuação da União, enquanto ente nacional, restritas em quaisquer das situações, no perímetro do próprio texto constitucional. Enfim, inexistente competência constitucional que não provenha da própria Constituição Federal e, mais do que isso, dentro dos limites estabelecidos por esta.

A COMPETÊNCIA LEGIFERANTE CONCORRENTE COMO FERRAMENTA DE INTERVENÇÃO ECONÔMICA DOS ENTES FEDERADOS E A SUA LIMITAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

Explanado a respeito da Constituição Econômica e dissecado o sistema de competências dentro do federalismo cooperativo brasileiro, com enfoque na competência legiferante concorrente e na atuação dos entes federados, mister se faz verificar se seria possível aos entes federados intervir na economia, por meio da competência legiferante concorrente, bem como qual seria o papel da Constituição Econômica como instrumento de controle do exercício de tal instrumento pelos entes federados.

Nesse passo, ao longo dos incisos do art. 24, da CF/88, é possível depreender vários incisos que franqueiam a possibilidade de uma atuação concorrente e conjugada entre os entes federados, obviamente, desde que cada qual dentro de sua esfera de atribuição constitucional. Assim, ao se estipular a competência concorrente legiferante da União, dos Estados e do Distrito Federal, no que concerne ao direito econômico e urbanístico (art. 24, I), ao orçamento (art. 24, II), à produção e consumo (art. 24, V), inegavelmente, veicula-se a atribuição de intervenção econômica àqueles entes.

Não se pode olvidar, em igual sentir, conforme já declinado, que, embora não presente no art. 24, *caput*, da CF/88, o Município pode e deve legislar concorrentemente sobre tais matérias, o que se depreende do art. 30, I, II, da CF/88. Significa dizer, em outras palavras, que, dentro do direito econômico, urbanístico, bem como em se cuidando de produção e consumo e orçamento, o Município igualmente pode intervir diretamente na economia, por intermédio da elaboração de leis, oriundas da respectiva Câmara Municipal.

Com efeito, é latente que há intervenção econômica no exercício dessa competência constitucional supramencionada, uma vez que, por exemplo, o planejamento urbanístico, a elaboração de orçamento, entre outras medidas, impacta diretamente na economia local, regional e nacional. Não há como cogitar da existência de uma realidade econômica apartada dos demais entes federados, eis que a forma federada justamente pressupõe um elo entre os entes que a

compõe. Imperioso chegar-se à ilação de que os entes federados brasileiros são dotados de instrumentos para a intervenção econômica igualmente, enquanto preservem tal característica.

Evidente que a União, em razão de poder atuar como ente nacional ou ente meramente federado, possui regramentos próprios (TEMER, 2014, p. 80). Na primeira hipótese, por óbvio, até para a manutenção da higidez do pacto federativo e evitar sua diluição, é dotada a União de ferramentas próprias que os demais entes federados não possuem, como quando a Carta Republicana de 1988 estipula os monopólios (art. 177) e a previsão de regulamentação de investimento de capital estrangeiro (art. 172).

Em outro vértice, enquanto ente federado, valerá para a União os regramentos comuns ordinários, sem qualquer privilégio, quanto aos demais entes federados. Nesse aspecto, preponderará a atuação de cada ente dentro dos ditames traçados pelo próprio art. 24, §§1º, 2º, 3º, 4º, da CF/88, pouco importando se é norma federal, estadual ou municipal, pois não há hierarquia entre elas, mas esfera de atuação de cada qual¹.

Interessante verificar, entretanto, que o exercício da competência legiferante concorrente, por óbvio, não é desenfreado pelo ente federado, encontrando limites na própria Constituição Econômica e nos princípios reitores desta. Com efeito, o art. 170 da CF possui diversos vetores interpretativos que devem ser levados em conta no exercício da competência legiferante concorrente, sob pena de se inquirar a pecha da inconstitucionalidade ao ato produzido. No direito comparado, Peña (2018, p. 158), analisando o contexto colombiano, clarifica os limites exercidos pela Constituição Econômica na atuação estatal:

Se entiende que la Constitución Económica se encuentra integrada por un agregado de disposiciones que constituyen un marco general de regulación económica que deben ser interpretadas de manera sistemática, integral y armónica con la consideración del modelo de Estado Social de Derecho que reconoce aquella y que parte del reconocimiento de un amplio catálogo de principios, valores y normas que se constituyen en fundamentos y, a la vez, límites de la actuación de todos los órganos del Estado.

Em outras palavras, o exercício da competência concorrente, além das limitações previstas no art. 24, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, submete-se, sem prejuízo, às diretrizes esboçadas pelos princípios da Constituição Econômica. É imperiosa, nesse contexto, a observância aos princípios da ordem econômica, devidamente declinados no art. 170 e incisos da CF/88, como, por exemplo, a propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, entre outros.

Aliás, a respeito da influência da Constituição Econômica ao exercício da competência concorrente legiferante dos entes federados, extremamente relevante o acórdão abaixo transcrito, oriundo da Suprema Corte brasileira:

1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais.
2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170.
3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao con-

¹ A respeito do exercício da competência constitucional, a Suprema Corte brasileira já se manifestou no seguinte sentido: “I – É concorrente a competência constitucional para legislar sobre direito econômico. II – Não havendo legislação federal sobre a matéria, cabe ao Estado-membro exercer de forma plena a competência legislativa sobre o tema. [...]” (STF, 2018).

templá-la, cogita também da "iniciativa do Estado"; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. 4. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 5. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (STF, 2005).

Destaque-se, por oportuno, que os princípios reitores da Ordem Econômica brasileira, integrantes da Constituição Econômica, limitam o exercício da competência concorrente legislante dos entes federados indubitavelmente, como expressão até mesmo da unidade e coerência da Constituição. Francisco Callejón (2014, p. 32) adverte que: “a garantia da unidade é que torna possível, por outra parte, a realização dos outros dois princípios essenciais do sistema jurídico: a plenitude e a coerência”.

Inserese, dentro dessa dinâmica de limitação do exercício da competência legislante concorrente dos entes federados pela Constituição Econômica, por exemplo, o entendimento da Corte Suprema brasileira de que é inconstitucional lei municipal que veda a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo na mesma área por ofensa ao princípio da livre concorrência (Súmula Vinculante nº 49).

Outro exemplo memorável concerne ao julgamento da ADPF 449, pela Suprema Corte brasileira, declarando inconstitucional a vedação de transporte individual por aplicativos, decorrente de lei municipal, por ofensa ao princípio da livre iniciativa e concorrência, vetores da Constituição Econômica. Enfim, os exemplos são fecundos e demonstram, com clareza solar, que a Constituição Econômica limita o exercício da competência legislante concorrente amplamente.

De fato, a competência legislante concorrente e a suplementar, quanto aos Municípios, não é um cheque em branco concedido pelo Constituinte Originário aos entes federados, o que inviabilizaria a própria forma federativa de Estado. Aquela encontra limitações diversas, sendo uma delas a própria Constituição Econômica, cuja diretriz não pode simplesmente ser olvidada pelos entes federados.

É preciso, contudo, compreender que a Constituição Econômica não se centra apenas nos incisos do art. 170 da CF/88 e muito menos somente nos dispositivos constitucionais inseridos sob a topografia cognominada Ordem Econômica. Eros Roberto Grau (2018, p 77) adverte que a Constituição Econômica existe, independentemente de positivada ou não, posto que a Constituição econômica natural ou implícita, definindo a estrutura da ordem econômica estatal, é matéria imprescindível e basilar na formação do Estado.

O entendimento de que a existência da Constituição Econômica não encontra vinculada à positivação da legislação decorre da própria Constituição Econômica alemã, cujo fundamento é situado na legislação infraconstitucional, mas não na Lei Fundamental (GRAU, 2018, p. 81). Andrea Peña (2017, p. 101) rememora que a Constituição Colombiana de 1991 não adota um modelo econômico expresso, muito embora não há como inadmitir que tenha traçado um perfil econômico estatal:

La inexistencia de un modelo expreso, no puede ser comprendida como la omisión deliberada por uno; al hacer una revisión de las características del subsistema constitucional económico y de la jurisprudencia que sobre el tema ha proferido la Corte Constitucional es posible identificar su correspondencia con el de Economía Social de Mercado.

A partir dos exemplos da Lei Fundamental alemã e da própria Constituição Colombiana de 1991 mostra-se claro que a Constituição Econômica, enquanto conjunto ou plexo de normas que regulam a ordem econômica direta ou indiretamente, existe, independente da positividade expressa, uma vez que o desenho do perfil socioeconômico estatal é inerente a qualquer ordenamento jurídico.

Depreende-se então que a Constituição Econômica brasileira é compreendida não somente limitada pelas divisas da topografia constitucional formal, mas a ultrapassa, albergando todos os dispositivos constitucionais que delineiam a estrutura da ordem econômica. Assim, a competência constitucional concorrente, no que concerne à possibilidade de legislar sobre direito econômico, orçamento, entre outros pontos, integra a Constituição Econômica e é limitada por esta.

Com efeito, a atividade interpretativa que deve ser impressa ao texto constitucional deve velar pela integridade e coerência deste, conforme advertência de Carlos Maximiliano (2013, p. 9): “[...] pratica o hermeneuta uma verdadeira arte, guiada cientificamente, porém jamais substituída pela própria ciência. Esta elabora as regras, traça as diretrizes, condiciona o esforço, metodiza as elucubrações [...]”.

Não significa com isso que os enunciados constitucionais aqui mencionados possam receber qualquer espécie de interpretação a partir deles, uma vez que “o ponto de partida da interpretação será sempre a exegese pura e simples da lei.” (FRANÇA, 1995, p. 32). É preciso, por conseguinte, certo comedimento na atividade interpretativa, eis que o enunciado a ser interpretado, ainda que polissêmico por vezes, possui vieses limitados pela sua própria redação.

O exercício da competência concorrente legiferante e a sua relação com os princípios integrantes da Constituição Econômica podem ser assimilados como um sistema de valoração para verificar a existência ou não de conflitos entre eles, sem olvidar o âmbito de atuação de cada ente federado na forma do art. 24, §§ 1º, 2º, 3º, 4º e do art. 30, I, II, da CF/88. A respeito do assunto, Andrea Peña (2016, p. 113) sintetiza: “Este sistema constitucional supone una ordenación de la economía que implica ponderar unos elementos libertarios aunados a algunos componentes intervencionistas”.

É imprescindível, dentro desse contexto, aclarar a atuação de cada ente federado a fim de que cada qual possa exercer suas atribuições constitucionais de forma ampla. Tal medida, além de melhorar o funcionamento da organicidade do pacto federativo, é extremamente necessária para se salvaguardar a segurança jurídica e econômica, principalmente em casos que se cuide de normas relacionadas à esfera econômica. Não é preciso muito esforço para se concluir que se tendem a diminuir os investimentos privados quando não há segurança jurídica.

Isso porque, conforme é cediço, aquele que deseja investir e haurir algum proveito econômico deseja um certo grau de segurança jurídica e econômica. Logo, a partir do momento em que inexistente tal predicado em razão da atuação desastrosa de cada ente federado, a seu livre talante, sem qualquer previsibilidade, o caos jurídico e econômico se instala, o que prejudica o desenvolvimento socioeconômico. Enfim, a atuação dos entes federados de forma mais clara é imprescindível para se otimizar o próprio pacto federativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Econômica desempenha um papel de relevo na Carta Política por ser responsável por desenhar a estrutura econômica estatal. Positivada ou não, sua existência independe da atuação do legislador, muito embora na Constituição Federal de 1988 se encontrem inúmeros dispositivos esparramados pelo texto constitucional que refratem a Constituição Econômica.

Nesse galgar, verificou-se que a Constituição Econômica não se cinge à topografia constitucional relacionada à estruturação da ordem econômica estatal, ultrapassando para albergar as disposições que se relacionem à estruturação do perfil socioeconômico estatal, inclusive fora do texto constitucional. Sob esse espectro, é possível depreender que a competência legiferante concorrente, no que concerne a matérias que impactem direta ou indiretamente intervenção econômica, integra a Constituição Econômica.

Significa dizer, em resumo, que quando determinado ente federado legisla sobre direito econômico, por exemplo, o produto de seu ato impacta o perfil estatal e, portanto, refrata a Constituição Econômica. É preciso observar, contudo, que a competência concorrente legiferante consubstancia a própria tônica do federalismo cooperativo brasileiro, enquanto forma de Estado, o que é de extremo relevo, pois é ponto elementar e fundamental ao funcionamento econômico e orgânico dos entes federados.

Com efeito, a competência concorrente legiferante encontra limitações dentro da própria Constituição Econômica que, ao limitar aquela, estabelece limites a si mesma. Assim, a competência concorrente legiferante deve observar, por exemplo, os demais ditames e, máxime, os princípios vetores da ordem econômica, sem prejuízo das demais restrições constitucionais que traçam o âmbito de atuação de cada esfera de governo.

Enfim, a competência legiferante concorrente não pode ser interpretada de forma absoluta para dar guarida a abusos de entes federados, mas sim como instrumento de inclusão e de manutenção do próprio pacto federativo. Para tanto, os limites estabelecidos pela Constituição Econômica e pelos demais instrumentos servem para escudar o próprio funcionamento orgânico estatal e o pacto federativo, motivo pelo qual ressoa clarividente sua importância.

Acrescente-se que, ao se atentar a essas restrições, o exercício da competência concorrente legiferante consubstancia atos coerentes e harmônicos, trazendo o equilíbrio exigível e desejável na ótica do pacto federativo. Por outro lado, ao se exercer tal atributo, sem se atentar para a esfera de atribuição de cada ente federado ou sem observar as diretrizes e normas da própria Constituição Econômica, provocar-se-á inevitavelmente uma fissura no pacto federativo.

Um desses problemas provocados, quando existente tal fissura, situa-se na dinâmica do exercício da competência legiferante concorrente dos entes federados. Em tais casos, desemboca-se a atuação dos entes federados nas antinomias de normas, originadas de entes federados diversos ou então na ofensa da norma produzida à própria Constituição Econômica, impondo inevitavelmente desde a inconstitucionalidade do ato originado até mesmo a crise de efetividade social do ato objurgado.

Imperioso concluir que se faz imprescindível o exercício da competência legiferante concorrente de forma equilibrada e harmônica, observando as diretrizes de competência e, sobretu-

do, a própria Constituição Econômica. Isso porque os casos de fissura do pacto federativo, originando normas inconstitucionais (formal ou materialmente), máxime, as relacionadas à estrutura econômica, geram extrema insegurança jurídica, o que, por conseguinte, reflete na economia em efeito cascata.

O desenvolvimento socioeconômico perpassa pela segurança jurídica e econômica, ambas inexistentes quando se permite a entes federados legislarem, sem qualquer ressalva mais objetiva. Enfim, o problema não se encontra na fórmula do federalismo cooperativo e nem na delegação de competências pelo Constituinte Originário aos entes federados, mas sim na ausência de limites mais objetivos e claros que permitam a cada qual estabelecer exatamente a sua esfera de atuação, o que faz com que se torne corriqueira a judicialização de tais atos.

Mostra-se imprescindível, portanto, o esclarecimento do exercício da competência legiferante concorrente, seja por meio de leis que tornem mais objetivo o seu exercício, seja por intermédio de decisões vinculantes da Corte Suprema brasileira, tendo por objeto os atos objurgados e dentro de suas atribuições constitucionais. Ambos os instrumentos declinados serviriam para se garantir maior segurança jurídica à atuação de cada ente federado e melhorar a fluidez do pacto federativo, o que seria altamente desejável.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN PEÑA, Andrea. Economía social de mercado como sistema constitucional económico colombiano. Un análisis a partir de la jurisprudencia de la corte constitucional. *Estudios Constitucionales*, Talca, año 15, nº 2, p. 141-182, 2018.

ALARCÓN PEÑA, Andrea. La libre competencia económica en el derecho colombiano: una revisión desde la economía social de mercado y sus implicaciones normativas. *Revista Prolegómenos: Derechos y valores*, Bogotá, vol. 19, n. 37, p. 109-124, enero – junio, 2016.

ALARCÓN PEÑA, Andrea. Origen y características del modelo de la economía social de mercado. *Revista Principia Iuris*, Tunja, vol. 14, nº 27. p. 101-117, enero – junio, 2017.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Da organização político-administrativa. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (org.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: 2013, p. 724-760.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. Editora Saraiva: São Paulo, 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1950/SP. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 7.844/92, do Estado de São Paulo. Meia entrada assegurada aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino [...] Constitucionalidade. Livre iniciativa e ordem econômica. Mercado. Intervenção do estado na economia. Artigos 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição do Brasil. Relator: Ministro Eros Grau, 03 de novembro de 2005. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur91952/false/>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2163/RJ. Ação direta

de inconstitucionalidade. art. 1º da Lei 3.364/2000, do Estado do Rio de Janeiro. Meia-entrada. [...] Competência concorrente. Constitucionalidade formal e material reconhecida. Ação julgada improcedente. Relator do acórdão: Ministro Ricardo Lewandowski, 12 de abril de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur407558/false/>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 449/DF. Direito constitucional, administrativo e regulatório. Proibição do livre exercício da atividade de transporte individual de passageiros. Inconstitucionalidade. [...]. Relator: Ministro Luiz Fux, 08 de maio e 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur409361/false/>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 49. Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula808/false/>. Acesso em: 27 mar. 2021.

CADEMARTORI, L. H.; BARATIERI, N. As cláusulas pétreas: a possibilidade de revisão constitucional de vinculações de receitas na área da educação. *Revista Justiça do Direito, Passo Fundo*, v. 31, n. 3, p. 585-602, jan., 2017.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *A projeção da Constituição sobre o ordenamento jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

COSER, Ivo. O conceito de federalismo e a ideia de interesse no Brasil do Século XIX. *Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro*, vol. 51, nº 4, p. 941-981, 2008.

CYRINO, André. Análise Econômica da Constituição Econômica e interpretação institucional. *Constituição, Economia e Desenvolvimento. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba*, vol. 8, n. 15, p. 492-515, jul./dez., 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Direito Constitucional: estudos interdisciplinares sobre federalismo, democracia e Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FRANCO, Antônio L. Sousa. *Noções de direito e economia*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1982.

FRANÇA, Rui Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995

FRIEDE, R. Reis. *Questões de teoria geral do Estado e de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica México. 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 20. Ed, 2006

MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. Coimbra, 1979.

PUCCINELLI JÚNIOR, André; ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa. O federalismo cooperativo e a reserva do possível. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2013.

SAMPAIO NETO, Agenor de Souza Santos. Notas sobre o direito constitucional da ordem econômica: a imbricação do princípio da livre iniciativa com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Revista Jurídica da Universidade Estadual de Feira de Santa, Feira de Santana, v. 1. n. 1, 2016. Disponível em: <<http://periodicos.uefs.br/index.php/revistajuridica/article/view/1814/1264/>>. Acesso em 04 de dez. 2020.

SANTOS, António Carlos dos. Sobre a Constituição Econômica: Sentidos e sentido. Revista Argumentum, Marília, v. 17, p. 475-487, jan./dez., 2016.

SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. Revista Sociologia Política, Curitiba, v. 24, p. 105-121, jun., 2005.

SOUZA, Márcia Cristina Xavier. A competência constitucional para legislar sobre processo e procedimentos e código de processo civil de 2015. Revista de Direito da Faculdade Guanambi, Guanambi, v. 4, n. 1, p. 126-148, jan./jun., 2017.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. A experiência brasileira de Constituição Econômica. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF, v. 26, n. 102, p. 21-48, abr./jun., 1989.

TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

O Teletrabalho: A pandemia do Covid-19

Teleworking: the Covid-19 pandemic

Andressa Botelho Evangelista Sansão

Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário São Lucas

<http://lattes.cnpq.br/7500936625242744>

André Luiz de Oliveira Brum

Professor Orientador do curso de Direito do Centro Universitário São Lucas

<http://lattes.cnpq.br/5102910455635592>

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.16

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar a figura do teletrabalho, abordando-o o seu surgimento e elencando suas vantagens e desvantagens diante do surgimento da pandemia do SARS-Cov-2 (covid-19). Esta modalidade foi inserida no ordenamento jurídico com o advento da Lei nº 13.647/17 e tem por objetivo discorrer acerca de sua aplicabilidade frente ao Covid-19. Destacando a diferença entre o teletrabalho e o home office, pois, é comum confundir a definição de ambas as modalidades. Por fim, o artigo possui uma abordagem qualitativa e explicativa visando analisar e contextualizar o teletrabalho diante da pandemia com objetivo descritivo, além de informações e acontecimentos aplicados ao direito do trabalho com delineamento bibliográfico. Concluindo de modo que o teletrabalho tornou-se essencial em meados de 2020, onde tinha por objetivo a manutenção das relações trabalhistas, visando a permanência dos empregados e respeitando o distanciamento social.

Palavras-chave: teletrabalho. pandemia. Covid-19.

ABSTRACT

This study aims to analyze the figure of telework, addressing its emergence and identifying its advantages and disadvantages in view of the emergence of the SARS-Cov-2 pandemic (covid-19). This modality was inserted in the legal system with the advent of Law No. 13,647/17 and aims to discuss its applicability in front of the Covid-19. Highlighting the difference between telework and home office, because it is common to confuse the definition of both modalities. Finally, the article has a qualitative and explanatory approach aimed at analyzing and contextualizing telework in the face of pandemic with descriptive objective, in addition to information and events applied to labor law with bibliographic design. Concluding that teleworking became essential in mid-2020, where it aimed to maintain the labor relations, aiming at the permanence of employees and respecting social distancing.

Keywords: telework. pandemic, covid-19.

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da humanidade a sociedade tem evoluído em diversos setores, mas principalmente nos ramos tecnológicos, visando assim, uma maior economia e obtenção de lucros. Dito isto, com os recentes acontecimentos da pandemia do SARS-Cov-2 (covid-19) a sociedade precisou reinventar-se e popularizou o já existente Teletrabalho.

Analisando o desenvolvimento do teletrabalho é imperioso salientar que atualmente o mesmo passou por diversas transformações, em 2011 a Lei 12.551/2011 alterou o artigo 6º da CLT, incluindo o trabalho a distância. Que posteriormente seria alterada e regulamentada pela Lei 13.647/2017, a chamada reforma trabalhista, onde ganhou um capítulo destinado a regulamentar o teletrabalho - capítulo II - O teletrabalho, artigos 75-A ao 75-E.

O presente estudo tem por objetivo analisar a figura do teletrabalho, tendo em vista que o mesmo tornou-se essencial durante a pandemia do SARS-Cov-2 (covid-19) e, como a pandemia

ajudou na implementação do teletrabalho.

O artigo possui uma abordagem qualitativa e explicativa a fim de analisar e contextualizar o teletrabalho diante da pandemia, com objetivo descritivo, fundamentado na leitura de livros e artigos científicos.

O TELETRABALHO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Histórico

No que concerne ao surgimento do teletrabalho não é possível de certo delimitar uma data ou dia, contudo, podemos apontar alguns acontecimentos que levaram ao surgimento do mesmo, conforme elucidado a seguir:

Sendo assim, Silva alude que:

No ano de 1857, o proprietário da estrada de ferro Penn, J. Edgard Thompson, utilizou-se de seu engenho, manuseando o sistema privado de telégrafo de sua empresa Penn Railroad, com o objetivo de gerenciar divisões remotas, cuja finalidade era de monitorar os afazeres e os equipamentos nos canteiros de obra da construção da estrada de ferro. (SILVA, 2020).

Na mesma esteira, Silva (2020) segue pontuando que “ o teletrabalho, em si, somente veio a ser difundido por meio de um estudo do antigo cientista da NASA, Jack Nilles, em 1973/1974, recebeu originalmente a expressão terminológica de *telecommuting*.” - Até o momento é possível vislumbrar o expoente crescimento do teletrabalho, que culminou na atual legislação. (grifo meu)

Claro (2021), faz alusão ao surgimento do teletrabalho no Brasil e disserta que o mesmo surgiu no início dos anos 2000, tendo como pioneiro o Serpro que almeja formalizar o trabalho a distância. E a primeira arguição sobre a norma do teletrabalho no ordenamento jurídico brasileiro foi por meio da Lei 12.551/2011.

Nota-se que a referida Lei vem para esclarecer e pontuar que os meios telemáticos não afastam a subordinação, partindo do ponto que é possível a verificação das atividades executadas por meio remoto, através de relatórios, sistema de *logon* ou *logoff*, sistemas de câmeras etc., conforme já mencionado neste artigo.

Seguindo os ensinamentos de Silva, percebemos que no ano de 2018 a SOBRATT, realizou um estudo onde apontou a importância do teletrabalho e o quão era utilizado, permitindo um novo olhar para esta modalidade laboral.

Em dezembro de 2018, a Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades – SOBRATT, apontou que a modalidade de Teletrabalho (Home Office) passa a ser uma realidade no Brasil. 45% das Empresas participantes praticam Home Office e 15% estão avaliando a implantação. Das Empresas que têm a política, 25% implantou há menos de um ano, o que mostra uma nova visão de gestão para permitir maior flexibilização na jornada de trabalho, diminuir a mobilidade urbana e melhorar a qualidade de vida. (SILVA, 2020).

De acordo com os ensinamentos do Tribunal Superior do Trabalho (2020), a maior parte da população Brasileira acredita que o teletrabalho surgiu em meados de 2020 com a covid-19, dando os primeiros sinais que veio para permanecer. Porém, é importante frisar que o mesmo já

existia no ordenamento jurídico, onde o TST foi pioneiro no uso desse sistema laboral, há quase uma década, com trabalhadores do órgão que trabalham em regime de teletrabalho.

Sendo assim, é imperioso fazer essa diferenciação entre o teletrabalho e o *home office* visando informar a sociedade no que tange suas peculiaridades. O teletrabalho atualmente é uma realidade, sendo utilizado por muitas empresas e órgãos. Ademais, alguns estudiosos acreditam que o trabalho em home office, é de grande proveito e obtém muito mais resultados, pois, trabalhando de sua residência o empregado não terá o estresse de pegar um trânsito, onde qualquer fatalidade que lhe ocorra gera acontecimentos que venham a atrapalhar seu desenvolvimento ao decorrer do dia, bem como, evitar os riscos de contágio e proliferação do covid-19.

Conceito

Segundo FIGUEIREDO, Elisabeth *et al.* “ Etimologicamente falando, a palavra é composta por um prefixo, tele, que deriva do grego “têle”, e que significa “longe”, ou seja, trata-se de um “trabalho à distância”. (2021, p. 12)

De acordo a Organização Internacional do Trabalho - OIT:

O teletrabalho é definido pelo uso de tecnologias de informação e comunicação (TIC), tais como smartphones, tablets, computadores portáteis e de secretária, (Eurifound e OIT, 2017), no trabalho que é realizado fora das instalações da entidade empregadora. Por outras palavras, o teletrabalho implica o trabalho realizado com recursos às TIC exercido fora dos locais de trabalho da entidade empregadora.(2021, p. 6).

Neste mesmo diapasão, Leite (2021) realiza a diferenciação e pontua o teletrabalho como sendo uma espécie de trabalho a distância, mas que não se enquadra no trabalho em domicílio. Em suma, o mesmo poderá ser realizado em lugares diversos do domicílio do trabalhador. O teletrabalho não ocorre em um local, pois é executado em ambiente virtual.

Neste condão percebe-se que alguns autores dissertam e conceituam o teletrabalho como aquele efetuado preponderantemente fora das dependências da empresa, dispensando a presença diária do trabalhador. Ressalta-se também que o mesmo pode ser exercido em local diverso do domicílio. Lugares estes onde tenham acesso a um computador ou notebook, ou seja, meios tecnológicos para que possam exercer sua atividade laboral.

A CLT em seu Artigo 75-B (1943), aduz o conceito de teletrabalho e traz consigo as características do mesmo, sendo que o teletrabalho é o trabalho prestado preponderantemente fora das dependências do empregador, utilizando de tecnologias de informação e de comunicação e que não configure trabalho externo.

Observa-se neste contexto que o teletrabalho poderá de maneira eventual ser prestado nas dependências da empresa, não afastando a modalidade do teletrabalho.

Legislação

Como lembra DE OLIVEIRA TIAGO, Ellainy Cristyna (2021), no Brasil era inexistente normas regulamentadoras do teletrabalho, contudo, quando necessário, fazia-se o uso por analogia dos artigos 6º e 83 da CLT. Muito embora o assunto fosse discutido, somente no ano de 2011 o teletrabalho foi de fato reconhecido, com a criação da Lei 12.551 que alterou o artigo 6º da CLT.

A Lei n. 12.551/2011 em seu Art. 6º aponta:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. 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. (NR) (BRASIL, 2011)

O Art. 6º passou a não distinguir o trabalho realizado em casa, do realizado no estabelecimento do empregador e o executado à distância, trazendo mais segurança aos empregadores a contratarem pessoas em regime de teletrabalho. Fica nítida a importância da regulamentação do teletrabalho.

A Lei 13.647/2017 (BRASIL, 2017), surgiu com o crescimento da modalidade de teletrabalho e a grande aderência do mercado de trabalho, a reforma trabalhista, que em seus artigos limita e regulariza o teletrabalho.

No novo capítulo da CLT tornou-se obrigatório que ao contrair uma relação empregatícia na modalidade de teletrabalho, o contrato individual deve especificar a modalidade, bem como as atividades a serem exercidas pelo trabalhador.

No que concerne ao explanado no Art. 75-E, parágrafo único (BRASIL, 1943) o legislador foi relapso, fazendo alusão que bastaria o empregado assinar o termo de responsabilidade que o empregador estaria isento de responsabilizar-se por acidentes decorrentes do trabalho.

Ademais, em 2020 foi publicada a Medida provisória 927/2020 (BRASIL, 2020), que trata das medidas trabalhistas adotadas pelo Governo Federal para o enfrentamento do Estado de Calamidade Pública. Esta medida trouxe em seu artigo 3º as medidas que poderiam ser adotadas pelos empregadores de modo a minimizar os impactos decorrentes da pandemia.

No que tange ao teletrabalho, o mesmo vinha discriminado em seu artigo 1º, contudo a medida foi aprovada somente na câmara dos deputados, vindo a sofrer inúmeras emendas e em julho de 2020, perdeu sua validade.

Sendo assim, o Tribunal Superior do Trabalho disserta que:

A medida provisória, editada em 22 de março de 2020, teve a vigência encerrada em 19 de julho do mesmo ano. Assim, os acordos realizados a partir dessa data devem observar as disposições da CLT. Contudo, os acordos feitos durante a vigência da medida provisória continuam válidos. (2020, p. 10)

Apesar de cessado o estado de calamidade pública, o contrato feito durante a vigência da lei continuam válidos, inclusive os contratos de estágios e aprendizes que também foram beneficiados com a medida provisória.

Posteriormente surgiu a Medida Provisória 936/2020 (BRASIL, 2020), sendo emitida pelo Governo Federal com objetivo de flexibilizar as regras trabalhistas, de modo a coibir demissões em massa e ajudar as empresas a manter seus empregados. A mesma foi aprovada pelo congresso nacional e sancionada pelo atual presidente Jair Bolsonaro, transformando-se na Lei 14.020 e até o momento segue sendo um programa emergencial de manutenção de emprego e renda.

E por fim, em 2022 foi publicada a medida provisória nº 1.108/2022 que tem por escopo

trazer mais segurança jurídica a esta modalidade.

O TELETRABALHO X HOME OFFICE

De acordo Tribunal Superior do Trabalho:

Resumindo, teletrabalho é um termo mais abrangente, que inclui o trabalho realizado em casa ou em outros locais que não sejam a empresa – em espaços de *coworking*, cafeterias, etc. Já o home office é um termo específico ao trabalho realizado em casa, abrangendo também trabalhadores autônomos e *freelancers*.(2020, p. 8)

O Home office, é o trabalho executado no domicílio do empregado, mudando apenas o local da prestação de serviço, nada é alterado no contrato individual de trabalho. Os direitos trabalhistas são mantidos, inclusive a jornada de trabalho. Nesta modalidade deve ser respeitado o horário de descanso, tendo o trabalhador direito a horas extras se assim o fizer, devendo respeitar a carga horária de 8 horas diárias e 44 horas semanais.

Entretanto, no teletrabalho o local da prestação de serviços não é limitado somente ao domicílio do trabalhador, o mesmo pode ser prestado em diversos locais, desde que sejam executados por meios telemáticos, conforme já pontuado. Nesta modalidade o trabalhador não está subordinado a uma jornada de trabalho de 8 horas diárias e 44 horas semanais, pois, ele mesmo quem regula seu horário de trabalho. Porém, o mesmo não faz jus a horas extras, intervalos intrajornada e adicional noturno.

Fazendo um paralelo com o princípio da primazia da realidade, caso fique comprovado que o empregador realizava o controle da jornada de trabalho do empregador, por qualquer meio, não haverá justificativa para excluir o trabalhador da jornada de trabalho. Sendo assim, o mesmo faz jus aos benefícios a ele inerente por está em regime de Home Office.

Destarte, o teletrabalho manifestou-se com objetivo de continuar a manutenção dos contratos trabalhistas onde o distanciamento social era imprescindível para evitar a contaminação do SARS-Cov-2 (covid-19), beneficiando o trabalhador e o empregador.

De acordo com Alves (2021), o home office é qualificado como trabalho de forma eventual, sendo um solução para casos de emergência.

É possível avistar a diferença entre ambas as modalidades de trabalho, sendo que o home office é utilizado em caráter de emergência. Por ser uma forma legítima de continuar a prestação de serviços, respeitando as normas sanitárias no então período da pandemia do SARS-Cov-2 (covid-19).

Costa (2004, p. 18) pontua que “Home-office - é o trabalho realizado no domicílio do teletrabalhador, o espaço de trabalho na empresa é mudado para um escritório na residência do trabalhador”

Nessa orientação Siciliani *et al.*, corrobora com o descrito:

Convém lembrar que home *office* é uma modalidade de teletrabalho, desde que o profissional realize qualquer tipo de atividade intelectual e utilize os sistemas de informação e comunicação. Neste sentido, se distingue de um trabalho à domicílio que é o realizado por costureiras, por exemplo.(2021, p. 10).

Por fim, conclui-se que o *home office* é apenas uma modalidade do teletrabalho, onde o segundo refere-se a um trabalho a distância por um longo período e é regulada pela reforma trabalhista, em seu capítulo II-A, nos artigos Artigos 75-A ao 75-E.

Vantagens do Teletrabalho

No que tange às vantagens do Teletrabalho, podemos pontuar diversas vantagens. Dentre elas estão: O tempo, a flexibilidade, o conforto, a produtividade entre outras.

O Tribunal Superior do Trabalho, ilustra algumas destas vantagens acima supracitadas:

Adaptação: usualmente realizado de casa, o teletrabalho também se adapta a outros lugares, como cafés e ambientes de coworking. Bastam um equipamento tecnológico – geralmente um computador – e acesso à internet;

Tempo: como na maioria das vezes não é necessário se deslocar para o local de trabalho, é possível economizar tempo com deslocamento e diminuir gastos de locomoção;

Flexibilidade: quando o teletrabalho é monitorado por metas ou por produção, há uma maior flexibilidade nos horários, cabendo ao trabalhador definir sua rotina;

Conforto: poder escolher o ambiente em que vai trabalhar também significa optar por uma acomodação personalizada, mais confortável e até por usar roupas mais leves;

Mais oportunidades: por eliminar barreiras físicas, o teletrabalho permite às empresas contratar profissionais qualificados que residam fora da localidade da empresa, ou seja, para prestar o serviço morando em outro estado ou até em outro país;

Produtividade: o aumento na produtividade dos teletrabalhadores é muitas vezes associado à maior concentração propiciada pela eliminação de distrações e do estresse do trânsito, e pela simples flexibilização do horário de trabalho. (2020, p. 11)

As vantagens do teletrabalho não restringe-se apenas a relação entre empregado e empregador, beneficia o meio ambiente e a sociedade, pois, com a redução de locomoção até o ambiente laboral, ocasiona na diminuição de trânsito e a emissão de gases nocivos ao meio ambiente. Interferindo na condição econômica do empregador com gastos como, energia, internet, locação, caso não possui prédio próprio. Para o trabalhador a flexibilidade de horários, a redução do estresse ao pegar um ônibus ou transito em horário de pico.

No mesmo contexto, DE OLIVEIRA TIAGO, Ellainy Cristyna (2021, p. 18) relata que, “Algumas dessas vantagens beneficiam tanto o empregador como também o empregado, sendo elas: evitar os deslocamentos, aumento da produtividade, redução de custos e formação de novas áreas de trabalho.” Além das vantagens que podemos vislumbrar é importante ressaltar que tais mudanças são importantes para o desenvolvimento do país e somente foram possíveis com os avanços tecnológicos e, tais avanços proporcionam mais empregos nos ramos da tecnologia da informação.

Desvantagens do Teletrabalho

Assim como vantagens, o teletrabalho possui desvantagens e a maior parte delas ligadas à saúde do trabalhador, haja vista que o mesmo está ligado aos meios tecnológicos e podem causar lesões de efeito repetitivo.

Conforme explana o TST:

Ergonomia: ambientes profissionais devem propiciar postos de trabalho com móveis e equipamentos que preservem a saúde. A mesa e a cadeira devem estar em alturas adequadas, e o computador a uma distância confortável da vista, por exemplo. Em casa, o uso improvisado de móveis e dispositivos tecnológicos pode causar danos ao teletrabalhador;

Gastos: ficar mais tempo em casa também significa gastar mais energia elétrica, mais água, e utilizar (e desgastar) equipamentos pessoais quando for o caso;

Interrupções: com o trabalho sendo prestado em ambiente familiar, pode haver interrupções feitas pelos outros moradores da casa, o que muitas vezes dificulta a concentração;

Socialização: no teletrabalho, o convívio diário com colegas de trabalho deixa de existir. Se o contato presencial for muito esporádico, o trabalho a distância pode trazer a sensação de isolamento e de não pertencimento;

Sobrecarga: se as regras do teletrabalho não forem bem definidas e o trabalhador for acionado a todo momento, os intervalos para descanso são afetados e pode haver sobrecarga de atividades. (2020, p. 12)

É sabido que o teletrabalho ocasiona jornadas excessivas de trabalho, uma vez que confunde-se com o ambiente familiar. Limitando o lazer do trabalhador e gerando confusão familiar. Com o advento da pandemia, os trabalhadores foram obrigados a trabalhar em seu domicílio, contudo, nem todo trabalhador possui em sua residência uma cadeira adequada, ou até mesmo uma mesa para evitar doenças advindas do trabalho executado de maneira incorreta.

É precípuo ressaltar que embora o teletrabalho traga maior flexibilidade, traz consigo situações onde o empregado não consegue separar a vida familiar e profissional, acarretando um acúmulo de atividades, isolamento profissional e até mesmo dificuldades em moldar sua residência para exercer seu trabalho, conforme já mencionado no presente artigo, nem todo funcionário possui meios necessários para exercer seu labor.

Em resumo, muito embora o teletrabalho possua inúmeras vantagens, fica explícito que tais vantagens não superam as desvantagens, pois, muitas causam esgotamento mental, ocorrendo a chamada Síndrome de Burnout.

A responsabilidade pela aquisição e manutenção de equipamentos e infra estrutura do trabalho, pode ser vista como uma desvantagem, pois, a atual legislação não obriga o empregador a fornecer tais equipamentos ou obrigação de reembolsar o empregado pelos gastos decorrentes da atividade laboral, apenas frisa que deve ser acordado entre ambas as partes, por escrito em termo contratual aditivo, contendo o que o empregador irá fornecer. Fica evidente a necessidade de atualização legislativa.

A PANDEMIA DO COVID-19 E O TELETRABALHO

Com o surgimento do SARS-Cov-2 (covid-19) e a crise humanitária no final do ano de 2019, onde o mesmo teve origem na cidade de Wuhan, na China, ocasionaram o distanciamento social, que de forma preventiva, tinha por objetivo principal conter o avanço da doença. Pois, sua rápida disseminação levou muitos a óbito.

CRODA E GARCIA (2020), relatam que em fevereiro de 2020, foi confirmado o primeiro caso no Brasil. No mês posterior já haviam cerca de 488 casos suspeitos, sendo que os primeiros casos existentes eram de pessoas do sexo masculino, que haviam retornado de viagem à Itália.

Antes da pandemia o Brasil já passava por uma crise econômica, onde o havia um alto índice de desemprego. No início de 2020, houve um expoente crescimento de desemprego chegando a crescer cerca de 30%, em decorrência do covid-19. Com isso, as empresas tiveram que adaptar-se ao “novo mundo”. O mercado de trabalho foi um dos setores mais afetados pelo SARS-Cov-2 (covid-19), pois somente os serviços considerados essenciais ficaram de “portas abertas”, porém, esses tiveram que seguir rigorosamente as regras do Ministério da Saúde.

Com as medidas adotadas para distanciamento social vários setores sofreram, dando ênfase ao comércio no geral, setores de eventos e lazer entre outros.

O atual governo adotou medidas necessárias para evitar a disseminação do vírus, aconselhando o uso de máscaras e álcool. O mundo passava por uma transformação nunca vista antes.

Lima, alude que:

Analisando pelo âmbito trabalhista, tivemos também mudanças bastante consideráveis, que fizeram com que todas as empresas que possuíssem meios alternativos de forma de trabalho, optassem pelo tão conhecido teletrabalho/home office. Com isso, o número de pessoas que migraram do trabalho presencial para o trabalho remoto foi enorme.(2020, p. 17)

A mudança brusca e sem precedentes fez com que a manutenção dos contratos de trabalho buscassem evoluir para um novo patamar, objetivando o uso de tecnologias e, fazendo com que a modalidade de teletrabalho ficasse em evidência.

Neste contexto, os ensinamentos do Tribunal Superior do Trabalho (2020), esclarecem que o Governo Federal ao editar a Medida Provisória 927, trouxe disposições emergenciais para o período, com possibilidade de flexibilização da atual legislação a fim de evitar desemprego e numerosas demissões, decorrentes do SARS-Cov-2 (covid-19).

A medida acima supracitada foi objeto de averiguação neste trabalho, tendo em vista sua relevância perante o teletrabalho. Onde a mesma, de forma temporária, afasta a necessidade de registro em contrato individual de trabalho para o regime de teletrabalho, em consonância com a Lei 13.647/2017.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a relevância do teletrabalho, nesse contexto, fica comprovado que o mesmo não era tão disseminado até o início de 2020, quando do surgimento da pandemia do SARS-Cov-2 (covid-19). A partir de suas primeiras experiências, fica evidente que o teletrabalho veio para romper as barreiras do ambiente de trabalho vs família.

O presente artigo buscou explicar o teletrabalho com ênfase na pandemia, bem como, ponderar suas vantagens e desvantagens. E como o surgimento da pandemia contribuiu para a implementação do teletrabalho. Fica evidente que a modalidade de teletrabalho encontra-se em constante processo de evolução e adaptação.

Analisando o desenvolvimento do teletrabalho é imperioso salientar que atualmente o mesmo passou por diversas transformações, em 2011 a Lei 12.551/2011 alterou o artigo 6º da CLT, incluindo o trabalho a distância. Que posteriormente seria alterada e regulamentada pela Lei

13.647/2017, onde ganhou um capítulo destinado a regulamentar o teletrabalho - capítulo II - O teletrabalho, artigos 75-A ao 75-E. E atualmente foi publicada a medida provisória nº 1.108/2022 que tem por escopo trazer mais segurança jurídica a esta modalidade.

Concluindo que o teletrabalho tornou-se essencial em meados de 2020, onde tinha por objetivo a manutenção das relações trabalhistas, visando a permanência dos empregados e respeitando o distanciamento social, a fim de evitar as demissões em massa.

REFERÊNCIAS

ALVES, Gabriela. A Potencialização Do Teletrabalho Na Pandemia Da Covid 19 E A Responsabilidade Do Empregador Quanto Às Normas De Ergonomia. Orientadora: Manuela Fernanda Gonçalves Ferreira. 2021. 22 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Sociedade Educacional de Santa Catarina, Santa Catarina, 2021. E-book. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/20094/1/Gabriela%20Alves%20-%20DIR5BN-AGA.pdf>. Acesso em: 10 de Maio de 2022.

ARANTES, Cristiano Manuel Marques. Teletrabalho: Modernização ou Retrocesso. 2022. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Cristiano-Arantes/publication/358079294_Teletrabalho_Modernizacao_ou_Retrocesso/links/61ef3b70dafcdb25fd4d09f6/Teletrabalho-Modernizacao-ou-Retrocesso.pdf. Acesso em: 10 de Maio de 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1993.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 12.551, de 15 de dezembro de 2011- Consolidação das Leis do Trabalho. Ebook. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12551.htm. Acesso em: 10 de Maio de 2022.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017- Consolidação das Leis do Trabalho. Ebook. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 10 de Maio de 2022.

BRASIL. Lei nº 14.020/2020, de 6 de julho de 2020 - Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda. Ebook. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.020-de-6-de-julho-de-2020-265386938>. Acesso em: 10 de Maio de 2022.

BRASIL. Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. - As alternativas Trabalhistas para Enfrentamento do Estado de Calamidade Pública e da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional Decorrente do Coronavírus (Covid-19). Ebook. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-927-de-22-de-marco-de-2020-249098775#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20medidas%20trabalhistas,%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20-provid%C3%AAsncias>. Acesso em: 10 de Maio de 2022.

CLARO, Tatiana Dias. Teletrabalho e as Inovações Introduzidas pela Lei 13.467/2017. Revista Âmbito jurídico. 11 de Setembro de 2019. Ebook. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/teletrabalho-e-as-inovacoes-introduzidas-pela-lei-13-467-2017/>. Acesso em: 10 de Maio de 2022.

CRODA, Julio Henrique Rosa; GARCIA, Leila Posenato. Resposta imediata da Vigilância em Saúde à epidemia da COVID-19. Epidemiologia e serviços de saúde, v. 29, p. e2020002, 2020. E-book.

Disponível em: <https://www.scielosp.org/pdf/ress/2020.v29n1/e2020002/pt>. Acesso em: 10 de Maio de 2022.

COSTA, Isabel de Sá Affonso da. Poder/saber e subjetividade na construção do sentido do teletrabalho. 2003. 124 p., 2003. Tese de Doutorado - Fundação Getúlio Vargas. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3273/Capaetc%202.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 de Maio de 2022.

DE OLIVEIRA TIAGO, Ellainy Cristyna. O TELETRABALHO E A REFORMA TRABALHISTA. Orientadora: Evellyn Thiciane Macedo Coelho Clemente. 2021. 46 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, UniEvangélica, Anápolis (GO), 2021. E-book. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/18453/1/Ellainy%20Cristyna.pdf>. Acesso em: 10 de Maio de 2022.

FIGUEIREDO, Elisabeth *et al.* Teletrabalho: contributos e desafios para as organizações. Revista Psicologia: Organizações e Trabalho, v. 21, n. 2, p. 1427-1438, 2021. E-book. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10400.14/35942>. Acesso em: 10 de Maio de 2022.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Editora Saraiva. 2021.

LIMA, Hugo Ferreira de. O teletrabalho e a pandemia do COVID-19. Orientador: Dr. Germano Campos Silva. 25 f. 2020. TCC (Graduação) - Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiás, 2020. E-book. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/1346/2/O%20TELETRABALHO%20E%20A%20PANDEMIA%20DO%20COVID-19.pdf>. Acesso em: 10 de Maio de 2022.

ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. Teletrabalho durante e após a pandemia do COVID-19, guia prático. 16 de fevereiro de 2021. E-book. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_772593.pdf. Acesso em: 10 de Maio de 2022.

SICILIANI, Bruna Casimiro; DIER, Bruna; BARZOTTO, Luciane Cardoso. Pandemia e teletrabalho no Brasil: aspectos gerais. Galileu-revista de direito e economia, v. 21, p. 52-76, 2021. Disponível em: https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/4699/3/RG_XXI1_Pandemia.pdf. Acesso em: 10 de Maio de 2022.

SILVA, Andréia Ana Paula da. Teletrabalho: Origem, conceito, fundamentação legal e seus desafios. Revista Jus Navigandi. 2020. E-book. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/81185/teletrabalho-origem-conceito-fundamentacao-legale-seus-desafios>. Acesso em: 10 de Maio de 2022.

SUPERIOR Tribunal do Trabalho. Teletrabalho O trabalho de onde você estiver. Material Educativo. 1º ed. Dezembro de 2020. E-book. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/Manual+Teletrabalho.pdf/e5486dfc-d39e-a7ea-5995-213e79e15947?t=1608041183815>. Acesso em: 10 de Maio de 2022.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus que até aqui me sustentou, ao meu orientador André Luiz de Oliveira Brum, pelas orientações e sugestões enriquecedoras e ao meu amado pai Antônio Evangelista Sansão, por todo apoio nesta jornada.

Influenciadores digitais: análise acerca da responsabilidade civil

Digital influencers: analysis of civil liability

Amanda Maciel da Silva

Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário São Lucas, em Porto Velho-RO

Josemberg Ribeiro Cardena

Graduando do curso de Direito do Centro Universitário São Lucas, em Porto Velho-RO

Sebastião Edilson Rodrigues Gomes

Mestre em Direito do Estado, professor universitário em Porto Velho

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.17

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a forma em que as profissões de influenciador digital, criador de conteúdo para a internet, divulgador de produtos e blogueira são responsáveis juridicamente pelos produtos a qual realizam atividade ou campanha publicitária. Considerando que estes profissionais possuem poder de persuasão sobre aqueles que os acompanham nas mídias digitais, verifica-se que estes gozam de prestígio social, de modo que os produtos e serviços exibidos em suas atividades de publicidade passam a ser associado ao divulgador, a qual recebem um grau de confiabilidade, em razão de haver uma aprovação prévia por parte do profissional diante do produto objeto da divulgação. Desta forma, se verifica que se forma uma relação jurídica entre o consumidor do produto ou serviço e o influenciador digital que o promove, razão pela qual se aperfeiçoa a relação de consumo, sendo o profissional qualificado como um fornecedor por equiparação. Verificou-se que a regulação desta modalidade de publicidade ainda não é suficiente para coibir a prática abusiva de publicidade enganosa. Concluiu-se com o presente estudo que o profissional é fornecedor por equiparação, haja vista possuir as informações técnicas e condições econômicas para o desenvolvimento das atividades. Para a realização do trabalho foi utilizada uma pesquisa básica, estratégica, descritiva e exploratória, com abordagem qualitativa e método hipotético-dedutivo. Utilizou-se o procedimento de pesquisa bibliográfica, documental e análise de situação.

Palavras-chave: influenciadores. digitais. responsabilidade. civil. consumidor.

ABSTRACT:

This paper aims to demonstrate how the professions of digital influencers, internet content creators, product advertisers and bloggers are legally responsible for the products in which they perform their activities or advertising campaigns. Considering that these professionals have power of persuasion over those who follow them in digital media, it can be seen that they enjoy social prestige, so that the products and services displayed in their advertising activities become associated with the disseminator, who receives a degree of reliability, due to the professional's prior approval of the product being disseminated. Thus, a legal relationship is formed between the consumer of the product or service and the digital influencer that promotes it, which is why the consumer relationship is perfected, and the professional is qualified as a supplier by equivalence. It was found that the regulation of this type of advertising is not yet sufficient to curb the abusive practice of misleading advertising. This study concludes that the professional is a supplier by equivalence, since he has the technical information and economic conditions to develop his activities. To carry out this work, a basic, strategic, descriptive and exploratory research was used, with a qualitative approach and a hypothetical-deductive method. The bibliographic, documental and situation analysis research procedures were used.

Keywords: influencers. digital. liability. civil. consumer.

INTRODUÇÃO

Com o avanço da tecnologia de informação, nas últimas décadas, houve uma modificação na forma como a sociedade se relaciona com os instrumentos da tecnologia, de modo que, se nos anos 1990, poucas empresas possuíam maquinário para acesso à internet para o

desenvolvimento das suas atividades mercantis, hoje em dia é inconcebível se realizar uma atividade empresarial sem estar inserido no mercado digital. Além disso, verificou-se uma mudança na forma como a humanidade passou a se comunicar entre si, conforme aponta Marina Alves Mendonça¹.

De acordo com o relatório Digital 2021², no Brasil existem aproximadamente 150 milhões de usuários em redes sociais. Assim, demonstrou-se que 70,3% da população nacional utiliza ao menos uma rede social diariamente. As redes sociais mais utilizadas pelos usuários brasileiros são YouTube, Whatsapp, Facebook e Instagram, nesta ordem.

Em razão deste arsenal de ferramentas de interação sociais, não demorou para que as plataformas inicialmente projetadas para conversas, contatos, exposição de fotos e outras funcionalidades fossem majoritariamente utilizadas para a viabilização de comércio digital, através da exposição de produtos em vitrine virtual, ou através da contratação de personalidades para a publicidade de produtos.

Neste cenário, verificou-se que além dos meios tradicionais de propaganda de produtos e serviços, notadamente, televisão, rádio, *outdoors*, entre outros, a internet era uma ferramenta de grande alcance e impacto, uma vez que por possibilitar a contratação de publicidade por meio personalíssimo³, o anunciante tem contato mais próximo com o potencial cliente, ao contrário dos meios tradicionais, que transmitem mensagens genéricas.

Os contratados para prestar este tipo de serviço publicitário foram denominados influenciadores digitais. Isto porque, ao contrário do que se via com os outrora denominados *garotos propaganda*, a exposição em tempo integral do estilo de vida destas pessoas acabaria por determinar alguns padrões de consumo e comportamento social de parte dos seus seguidores. Logo, mais do que divulgar um produto ou serviço, influenciam determinada parcela da sociedade.

O influenciador digital é um criador de conteúdo, o qual compartilha a rotina com os seus seguidores, suas experiências pessoais, opiniões e pensamentos, de maneira que ocorre uma aproximação, ainda que virtual entre o produtor e o consumidor da mídia digital. Não raro, percebe-se que o criador de conteúdo acaba exercer persuasão sobre os seus usuários que passam a enxergar o influenciador como um filtro de qualidade, ou até mesmo como autoridade ao se utilizar um determinado produto ou serviço.

Contudo, importa destacar que nem sempre os produtos anunciados nas redes sociais através de influenciadores digitais possuem a clareza necessária quanto à eficácia e qualidade, razão pela qual, nem sempre o que é anunciado condiz com a verdade dos fatos, gerando, não raro, danos ao consumidor final do produto. Urge-se, então, a questão da responsabilidade civil dos influenciadores digitais e a extensão da mesma perante o dano causado.

Diante desta perspectiva, se discute na academia e nos Tribunais a respeito da imputação da responsabilidade civil das celebridades quando ocorre publicidade ilícita. Considerando que as redes sociais possuem um alcance maior e mais rápido, além de serem facilmente acessadas, verifica-se que se trata de temática atual e relevante, diante da inclusão digital se mostrar pungente e sem perspectiva de retroagir. O mundo mudou, e com isto, mudou a forma de fazer

¹ DE Mendonça, Marina Alves. FEITOSA, Luiz Tadeu. *Interação e mudanças na comunicação: o papel da Internet na sociedade*. João Pessoa. Biblionline. 2007.

² Disponível em: <<https://wearesocial.com/uk/blog/2021/01/digital-2021-uk/>> Acesso em: 22 de abril de 2022.

³ Disponível em: <<https://www.siteoncriacoes.com.br/as-diferencas-entre-a-publicidade-tradicional-e-digital-no-online-e-offline-qual-e-melhor-quais-os-beneficios-e-vantagens-e-qual-o-melhor-pra-sua-empresa/>> Acesso em: 22 de abril de 2022.

publicidade.

Para a realização do presente trabalho, foi realizada pesquisa bibliográfica, com a revisão de literatura, pesquisa documentais, análise legislativa e consulta à jurisprudência. Aplicou-se neste trabalho o método hipotético-dedutivo.

O recorte deste estudo passa pela análise de alguns conceitos relativos ao Direito do Consumidor a partir de uma perspectiva histórica, acompanhando a proteção jurídica aos consumidores ao longo da história do ordenamento jurídico brasileiro. Após, serão analisadas as questões relativas às relações de consumo, conceituando consumidor, fornecedor, publicidade, propaganda, publicidade enganosa e outros.

Após, demonstra-se a questão da responsabilidade civil dos influenciadores digitais, criadores de conteúdo e divulgadores de produtos e serviços na internet, e de que maneira poderá incidir em relação ao fornecedor de fato e o equiparado.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

A proteção moderna aos direitos do consumidor em território brasileiro se dá por meio da Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Anterior a isto, a proteção somente se operava pela legislação comum, notadamente pelo Código Civil, que não possuía a mesma perspectiva ideológica que o Código de Defesa do Consumidor, tampouco possuía atributos jurídicos específicos para a proteção daquele que é polo mais fraco da relação consumerista.

Diz-se na obra de Bruno Miragem⁴, que o Direito na contemporaneidade vem cedendo espaço da perspectiva individualista para uma noção de desenvolvimento social de forma coletiva, razão pela qual o Direito do Consumidor pugna pelo equilíbrio das relações naturalmente desiguais. Veja-se:

As recentes transformações do direito contemporâneo têm apontado para a adoção de providências legislativas visando à equalização de relações jurídicas marcadas pelo traço da desigualdade. Desigualdade esta que pode se apresentar de diversos modos, seja originária de desproporção da capacidade econômica das partes, ou mesmo da ausência de acesso e compreensão das informações sobre os aspectos da relação jurídica em que participa, assinalando o fenômeno da vulnerabilidade de um dos seus sujeitos. O paradigma individualista, sobretudo no direito privado, cede espaço a novos interesses igualmente reconhecidos pelo Estado, cuja intervenção em favor do sujeito reconhecido como vulnerável tem por objetivo a recomposição da igualdade jurídica, corrigindo os elementos fáticos de desigualdade.

Historicamente, afirma-se na doutrina que a Revolução Industrial foi o momento pela qual as relações de consumo começaram a ter os contornos mais parecidos com a forma que vemos hoje, uma vez que a produção de bens de consumo e a sua distribuição na sociedade civil se mostrou cada vez maior e, com isso, problemas de toda ordem comercial foram surgindo, como, por exemplo a vulnerabilidade do consumidor pela forma de produção e distribuição pelo fornecedor do produto, conforme pontua Fabrício Bolzan⁵.

Ante esse novo modelo de sociedade que se formava, os fabricantes e produtores, além dos prestadores de serviços, começaram a se preocupar com o atendimento da demanda que houvera aumentado em seu aspecto quantitativo, mas deixaram para um segundo plano o caráter qualitativo. Com efeito, a novel sociedade de consumo substituiu a caracte-

⁴ MIRAGEM, B. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. P.45
⁵ DE ALMEIDA, F. (2021). *Direito do Consumidor Esquematizado*. São Paulo: Saraiva. P. 28.

rística da bilateralidade de produção —em que as partes contratantes discutiam cláusulas contratuais e eventual matéria-prima que seria utilizada na confecção de determinado produto — pela unilateralidade da produção — na qual uma das partes, o fornecedor, seria o responsável exclusivo por ditar as regras da relação de consumo, sem a participação efetiva, e em regra, do consumidor.

Demonstra-se que ao consumidor caberia apenas a função de aderir ao contrato estipulado nos termos exclusivos do fornecedor, de maneira muito parecida com aquilo que se tem no contrato de adesão, dadas as devidas proporções e legalidades, além de adquirir o produto com total desconhecimento acerca de suas especificações e qualidade. Este cenário foi paulatinamente mudando, onde a ruptura se deu efetivamente após a Segunda Guerra Mundial.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, houve aquilo que se denominou como Revolução Tecnológica, de modo que se facilitou o aumento da produção, uma vez que as máquinas se tornaram mais sofisticadas. Contudo, o cenário de desequilíbrio ainda estava presente, uma vez que ainda não havia tutela específica para esta relação de consumo.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe as relações de consumo para a tutela estatal, na forma do Art. 5º, XXXII da Constituição Federal⁶. Contudo, verifica-se que tratava de norma de eficácia contida, conforme aponta José Afonso da Silva⁷, que se qualificam por não produzirem todos os seus efeitos em razão de não haver produção legislativa específica para o aperfeiçoamento do mandamento constitucional.

Conforme lição de Pedro Lenza⁸, a respeito das normas constitucionais de eficácia contida, se pode dizer que:

As normas constitucionais de eficácia contida ou prospectiva têm aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral. Embora tenham condições de, quando da promulgação da nova Constituição, ou da entrada em vigor (ou diante da introdução de novos preceitos por emendas à Constituição, ou na hipótese do art. 5.º, § 3.º), produzir todos os seus efeitos, poderá haver a redução de sua abrangência.

Nesta esteira, verifica-se que se trata de norma constitucional que garantiu a defesa do consumidor ao status de garantia constitucional. Importa trazer a lição de Gilmar Mendes⁹ a respeito do tema:

As garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam. Vários direitos previstos nos incisos do art. 5º da Constituição se ajustam a esse conceito. Vejam -se, por exemplo, as normas ali consignadas de direito processual penal.

Entre outras disposições constitucionais, verifica-se que a Carta inseriu no Art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias¹⁰, a incumbência do Estado de produzir a legislação específica ao consumidor, razão pela qual foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990, que figura como um microsistema jurídico, que garante a proteção do consumidor na forma da lei e regula as relações de consumo.

6 “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: (...) XXXII — o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”

7 DA SILVA, J. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores. 2012

8 LENZA, P. (2019). *Direito Constitucional Esquemático*. São Paulo: Saraiva

9 MENDES, G., & BRANCO, P. (2021). *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2021.

10 “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

ASPECTOS LEGAIS E CONCEITUAIS DAS RELAÇÕES DE CONSUMO:

A respeito das relações de consumo, importa trazer a lição de Daniel Neves e Flávio Tartuce¹¹:

A englobar tanto o fornecedor de produtos quanto o prestador de serviços, estabelece o art. 3º, caput, da Lei 8.078/1990 que “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. A palavra “fornecedor” está em sentido amplo, a englobar o fornecedor de produtos – em sentido estrito – e o prestador de serviços.

O Código de Defesa do Consumidor dispõe a respeito dos elementos das relações de consumo. Como relação de consumo, podemos utilizar a definição de Leonardo Garcia¹² a qual estabelece que se trata do vínculo jurídico entre o fornecedor e o consumidor que adquire o bem ou serviço mediante pagamento. Ainda nesta esteira, verifica-se que o autor destaca o elemento objetivo da relação consumerista, que é o bem ou serviço.

Importa trazer a disposição do Código de Defesa do Consumidor¹³

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL. 1990)

Importa destacar que a doutrina brasileira trouxe a concepção do Fornecedor Equiparado. Destacamos a lição de Cristiano Pinto e Misael Filho¹⁴, que expõe o entendimento de que se trata de um intermediário na relação de consumo, uma vez que não é o fornecedor do contrato principal, mas sua posição na relação jurídica é fundamental para que o negócio seja aperfeiçoado. Ou seja, possui ligação com o produto, exhibe-o, mas não é o detentor de fato do bem ou serviço. O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, utiliza a expressão *fornecedor equiparado*, conforme julgados¹⁵.

O Art. 2º do Código de Defesa do Consumidor define quem é o consumidor¹⁶. Contudo, respeito da figura do consumidor, existe divergência acerca de quem seria o destinatário final do produto ou serviço, razão pela qual se firmaram duas correntes para expressar o sentido.

A primeira corrente trata da teoria finalista. Para esta corrente, o consumidor é Pessoa Física ou Jurídica que adquire bem ou serviço para o uso próprio, sem o objetivo de exercer atividade profissional com o objeto da relação. Importa para esta teoria que se trate de uma questão de fato e de economia.

A segunda corrente, teoria maximalista, trata a relação de consumo não apenas individualizando os inseridos no negócio a ser celebrado, mas abarca a coletividade, o mercado de

11 TARTUCE, F., & NEVES, D. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Forense. 2018

12 GARCIA, L. *LEIS ESPECIAIS PARA CONCURSOS - V.1 - DIREITO DO CONSUMIDOR*. Salvador: Juspodivm. 2022.

13 BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Brasília: Senado Federal. 1990

14 FILHO, M., & PINTO, C. *Manual Prático de Direito do Consumidor*. Salvador: Juspodivm. 2022.

15 STJ, RECURSO ESPECIAL, REsp 1.580.432/SP. Relator: Ministro Marco Buzzi, DJe 04 de fevereiro de 2019 Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/671909396/recurso-especial-resp-1580432-sp-2012-0177028-0/relatorio-e-voto-671909443>>. Acesso em: 18 de abril de 2022.

16 Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

consumo como um todo. Conforme expõe Leonardo Garcia¹⁷, a questão desta teoria implica no sentido de que consumidor é aquele que retira de circulação produto ou serviço e o consome. Não se limitando a questões fáticas e econômicas.

O Superior Tribunal de Justiça adotou a teoria finalista mitigada¹⁸, ou finalismo aprofundado, a qual define como consumidor aquele que terá o serviço como último destinatário, além de qualquer pessoa que esteja em vulnerabilidade em face do fornecedor do serviço.

Neste cenário, verifica-se que com o advento das redes sociais, o comércio digital foi avançado com o advento da pandemia global do COVID-19, e, em razão da praticidade e comodidade, as redes sociais Instagram e Facebook se tornaram um verdadeiro mercado para compra e venda de produtos e serviços de todos os tipos, considerando que não mais se exige que o consumidor se desloque até o espaço físico da loja, se houver, considerando que na atualidade existem atividades comerciais que funcionam somente via internet e os produtos são retirados no local ou entregues no endereço determinado pelo cliente.

Assim, conforme o exposto, o Código de Defesa do Consumidor é um microssistema no ordenamento jurídico brasileiro a qual busca equalizar as forças na relação de compra e venda de bens e serviços, uma vez que o consumidor não possui todo o conhecimento técnico por trás do bem adquirido, de modo que, não raro, os consumidores são lesados por acreditarem que não utilizaram o produto corretamente, quando, na verdade, o produto apresenta defeito ou vício.

Neste diapasão, demonstra-se que a vulnerabilidade é o fio condutor deste microssistema jurídico, conforme se verifica no Art. 4º, I, da lei do consumidor¹⁹, (BRASIL, 1990). E a razão de se estabelecer a vulnerabilidade do consumidor como o elemento operacional da legislação vai no sentido de ordem técnica e econômica.

A questão da ordem técnica decorre dos fatos relativos ao meio de produção, pois, o fornecedor do produto contém todas as informações relativas ao objeto da venda, ao passo que o consumidor não possui, sendo submetido ao que é relatado pelo prestador de serviço ou vendedor do bem de consumo; no tocante à ordem econômica, considera-se em razão do fornecedor possuir maior capital em face do consumidor, conforme assevera Nathalia Gomes²⁰.

A doutrina ainda, aponta a vulnerabilidade jurídica a qual corresponde ao desconhecimento do consumidor com relação aos seus direitos, o que impacta diretamente as relações de consumo, uma vez que, não raro, seus direitos e garantias são violadas e este dano não é sequer submetido a tentativa de reparo ou compensação, seja pela judicial ou extrajudicial, quedando o consumidor inerte e prejudicado, conforme lição de Bruno Miragem²¹

17 GARCIA, L. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. Salvador: Juspodivm. 2021

18 Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Acórdão nº1188548. Relatora: Maria de Lourdes Abreu, 02 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/cdc-na-visao-do-tjdft-1/definicao-de-consumidor-e-fornecedor/mitigacao-da-teoria-finalista-para-o-finalismo-aprofundado>>. Acesso em: 18 de abril de 2022.

19 Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

20 GOMES, N. *Direito do Consumidor*. Salvador: Juspodivm. 2021.

21 *Ibidem*.

ASPECTOS RELATIVOS À PUBLICIDADE E PROPAGANDA

As atividades comerciais utilizam de diversos mecanismos e operações para que as vendas de determinados produtos ou serviço possam alcançar um maior número de consumidores. Notadamente, podemos destacar a publicidade e a propaganda. Na atualidade, considerando que existe uma concorrência que só aumenta a cada dia, é praticamente impossível que determinado bem ou serviço tenha os resultados pretendidos pelo detentor dos meios de produção para o seu negócio.

Conforme lição de Paulo Khouri²², a publicidade tem uma finalidade comercial, para que o potencial consumidor seja cativado pelo que é veiculado e se motiva a adquirir determinado serviço ou produto. A propaganda, por seu turno, está conectada a ideias e conceitos, de modo que se criem opiniões, convicções, entre outros²³.

Relevante a lição de Joseane Suzart²⁴:

A propaganda preocupa-se em vender estilos de vida e identidades socialmente desejáveis”, não se destina especificamente à venda de um bem de consumo. Contudo, ainda que não possua um fim econômico, é possível que esse efeito advenha reflexamente da relação estabelecida, a difusão de determinadas ideias religiosas ou políticas pode afetar indiretamente o consumo de determinados produtos e isso não retira sua caracterização de propaganda.

Com os avanços das tecnologias e dos meios de comunicação, denota-se que a publicidade de adapta muito bem à contemporaneidade de modo que cada vez mais é possível transmitir a mensagem mercadológica ao público de maneira quase que personalizada, considerando que os meios de comunicação com conexão à internet utilizam-se de dados pessoais concedidos pelo próprio usuário no momento em que aceita os termos e condições de uso, conforme aponta Rodrigo Campos²⁵

Assim, demonstra-se que a publicidade é atividade empresarial que está intrinsecamente conectada ao marketing, de modo que o que se busca com a realização desta atividade é informar ao consumidor onde, quando e como determinado bem, produto ou serviço pode ser adquirido, alugado, ou qualquer outra modalidade de acesso ao publicitado.

Importa trazer a dicção de Priscila Wândega Jezler²⁶:

Por fim, a publicidade é o instrumento que dá origem a uma futura relação estabelecida entre o fornecedor e os usuários dos produtos anunciados, é por meios das informações prestadas que se finaliza a escolha e considerando a importância de suas funções, torna-se imprescindível a regulação por meio do Direito para coibir possíveis abusos.

Oportuno mencionar que a propaganda não é objeto constante no Código de Defesa do consumidor, uma vez que a mesma não possui um objetivo mercadológico, razão pela qual se verifica uma relação de consumo, como se encontra na publicidade. A regulamentação da 22 KHOURI, P. *Direito do Consumidor - Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo*. São Paulo: 2021. 23 JEZLER, Priscila Wândega. *Os influenciadores digitais na sociedade de consumo: uma análise acerca da responsabilidade civil perante a publicidade ilícita*. Monografia. Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito, Bahia, 2017. Disponível em: < <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/25019/1/JEZLER%2C%20Priscila%20W%C3%A2ndega%20-%20Influenciadores%20digitais.pdf>> Acesso em: 21 de abril de 2022.

24 SILVA, J. *Oferta e publicidade dos bens de consumo: uma análise crítica da realidade jurídica brasileira*. Salvador: Paginae. 2015.

25CAMPOS, Rodrigo Fustinoni. *Eu li e concordo com os termos de uso” - Qual a importância desses contratos para seu negócio?* Disponível em: <<https://rodrigofustinonicampos.jusbrasil.com.br/artigos/1157354573/eu-li-e-concordo-com-os-termos-de-uso-qual-a-importancia-desses-contratos-para-seu-negocio>>. Acesso em: 21 de abril de 2022.

26JEZLER, P. *Os influenciadores digitais na sociedade de consumo: uma análise acerca da responsabilidade civil perante a publicidade ilícita*. Salvador: Faculdade de Direito da Bahia. 2017.

propaganda, por seu turno, é dada pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR).

Considerando que a publicidade influencia a forma como as pessoas possam se comportar, notadamente na questão financeira, o que impacta diretamente nas outras esferas da vida, qualquer pessoa exposta a uma campanha publicitária poderá ser persuadida, e adquirir determinado bem ou serviço. Nota-se, contudo, que existe pouca regulação nas mídias digitais no que se refere à publicidade de produtos e serviços, em que pese, não raro, haver ilegalidade e danos ao patrimônio dos consumidores.

Nesta esteira, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, editou normativas²⁷ para que a publicidade promovida por profissionais nas redes sociais, os influenciadores digitais, possa ter alguma diretriz do que deve ou não ser exposto. Contudo, se trata de órgão não governamental, e, portanto, esta regulação não possui força de lei, apenas o condão de sanções nos âmbitos ético e administrativo.

Publicidade enganosa

O Código de Defesa do Consumidor, no Art. 37, traz a vedação expressa à publicidade enganosa, de maneira que se reprime qualquer campanha publicitária falsa, total ou parcialmente, através de afirmação ou omissão, apta a conduzir ao erro o potencial consumidor no que se refere à natureza, características, qualidade ou quantidade, bem como o origem, preço ou qualquer outro dado do produto ou do serviço a ser prestado²⁸.

Conforme a lição de Humberto Theodoro Junior²⁹, a respeito da publicidade enganosa, é necessário destacar que:

O que quer o CDC é impedir que o consumidor seja levado a adquirir produtos e serviços fundado em erro gerado por propaganda falsa ou enganosa. Esse vício da propaganda redundando em sanções administrativas (contrapropaganda) (CDC, art. 60 e seu parágrafo), e, na medida em que tenha gerado prejuízo ao consumidor, pode conduzir à rescisão contratual com perdas e danos, segundo a regra geral dos vícios de consentimento, ou segundo a regra geral do descumprimento do contrato, já que a falta das qualidades constantes da publicidade representa uma violação do próprio contrato de consumo.

Ainda, conceitua a publicidade enganosa como “aquela que induz o consumidor ao erro, em relação à natureza, às características, à qualidade, à quantidade, às propriedades, à origem, ao preço e quaisquer outros dados do produto e serviço³⁰”.

Aliado a isto, verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor expõe dois tipos de publicidade enganosa, a comissiva, prevista no §1º do Art. 37 e a omissiva, presente no §3º do mesmo artigo. Importa destacar que não é relevante o elemento volitivo daquele que anuncia o produto para causar dano ou não ao consumidor, uma vez que somente se considera o resultado

27 CONAR. *Guia de publicidade por influenciadores digitais*. Disponível em: <http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf> Acesso em: 13 de jul. 2021.

28 Art. 37. *É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.*

§ 1º *É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.*

§ 2º *É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.*

§ 3º *Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.*

29 JUNIOR, H. *Direitos do Consumidor*. São Paulo: Forense. 2022.

30 *Ibidem*

da publicidade; assim, se houve a formação de uma falsa percepção do objeto posto ao público, haverá sanção. Esta noção é compatível com o próprio funcionamento da lei, uma vez que se diz como direito básico do consumidor a proteção contra publicidade enganosa e abusiva, conforme leitura do Art. 6, IV do Código de Defesa do Consumidor³¹.

Bianca Andrade, a Boca Rosa

A influenciadora digital Bianca Andrade, conhecida pela alcunha Boca Rosa, em 2017 se envolveu em caso de grande repercussão na internet em decorrência de publicidade enganosa. À época, a blogueira com aproximadamente 14 milhões de seguidores na rede social Instagram, principal meio pela qual operava a sua prática publicitária.

Em uma campanha de publicidade que durou meses, a influenciadora digital divulgava produtos naturais para emagrecimento e estética, e, ao mostrar o consumo de determinados produtos, alegava que os resultados em seu corpo eram frutos da utilização destes produtos em questão, além da prática regular de exercícios físicos e o uso de cinta modeladora.

Segundo depoimentos pessoais da famosa, foi dito que se perdeu 12 quilos de gordura desde o início do estilo de vida. Contudo, em participação no programa transmitido pela internet The Bate Boca, apresentado por Léo Dias e Bruno Chateaubriand³², a influenciadora, sem saber que estava no ar, afirmou que teria realizado o procedimento de lipoaspiração e outros procedimentos estéticos, contrariando o que divulgou nas campanhas publicitárias.

Caso Bettina.

Em campanha publicitária, a empresa Empiricus Research promoveu vídeos em redes sociais a qual uma jovem de 22 anos chamada Bettina, afirmou ter conquistado um patrimônio de mais de um milhão de reais, com investimentos de R\$ 1.500,00 na bolsa de valores. Logo após a campanha publicitária ficar nacionalmente conhecida, começou-se a levantar hipóteses a respeito da forma que a jovem teria conquistado o patrimônio, razão pela qual a empresa lançou nova campanha a qual se rebatia as críticas levantadas nos comentários.

Nesta campanha, foi dito *“Oi. Meu nome é Bettina, eu tenho 22 anos, e começando com R\$ 1.520 eu acumulei um patrimônio de mais de um milhão. Dependendo exclusivamente de mim mesma”*³³. Afirmou-se nestas campanhas que seria possível alcançar os resultados de maneira simples, rápida e segura.

Em razão da campanha publicitária flagrantemente enganosa, o PROCON-SP multou a empresa Empiricus Consultoria e Negócios em R\$ 58,2 mil reais. Como fundamento, o órgão protetivo ao consumidor informou que a publicidade teria se disfarçado de depoimento espontâneo, uma vez que não apresentou em nenhum momento do vídeo que se tratava de um informe publicitário, levando uma série de consumidores a serem enganados por uma história de sucesso de quem aplicou na bolsa de valores, além de não informar como houve este enriquecimento.

³¹Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

³² Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?time_continue=259&v=YQEziHhEslc>. Acesso em 22 de abril de 2022.

³³ Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=D-Qg9AHCoxs>>. Acesso em: 21 de abril de 2022.

INFLUENCIADORES DIGITAIS E O COMÉRCIO ELETRÔNICO

O avanço dos meios de comunicação permitiu o meio publicitário a promover as campanhas de seus produtos em outros meios que não a televisão e o rádio. Assim, as empresas levam ao público publicidades praticamente personalizadas em razão do logaritmo³⁴ presente nas redes sociais, notadamente Instagram, Facebook, e TikTok.

Desta forma, a exposição à publicidade está, literalmente, ao alcance da mão. Podendo, desta forma, se dizer que houve uma evolução nas relações jurídicas de consumo, uma vez que a propaganda nas redes sociais é uma das principais formas de veicular campanhas publicitárias, e não existe qualquer limitação de idade ou classe social para a exposição do produto ao potencial consumidor.

Os influenciadores digitais são contratados para a participação em campanhas publicitárias, uma vez que o público, em razão da credibilidade e histórico do influenciador, acredita haver uma espécie de selo de qualidade quando determinado produto ou serviço é divulgado por determinado influenciador digital.

Não se trata de apenas divulgar um produto, como ocorre na maioria das campanhas publicitárias em rádio e televisão, os influenciadores são contratados levando em consideração o engajamento³⁵ de seus seguidores nas redes sociais, de modo que o contrato poderá utilizar de toda a sua criatividade para a divulgação de determinada marca ou produto. Quando o influenciador produz conteúdo relativo ao produto ou serviço e desperta interesse no público que o acompanha, verifica-se que houve um interesse em se obter o produto e consumir o que é veiculado.

A profissão influenciador digital é produto na contemporaneidade e originou-se a partir da popularização das redes sociais. Não existe no ordenamento pátrio a regulamentação para o exercício desta profissão, de modo que os profissionais que atuam nesta área são vistos como profissionais autônomos, uma vez que são contratados para o serviço e pode ser realizado utilizando de toda a técnica e instrumental disponível. Considerando que não existe legislação específica para esta forma de publicidade, incide sobre a publicidade nas mídias digitais o Código de Defesa do Consumidor.

Não existe uma definição precisa a respeito de quem é influenciador digital, contudo, para fins deste trabalho, se considera todo aquele que goza de prestígio do público que o acompanha em redes sociais e promove a adoção ou abandono de determinados comportamentos, estilo de vida, bem como aquele que realiza campanhas publicitárias mediante as ferramentas disponíveis na internet³⁶.

Comércio digital e a pandemia do COVID-19

Com o advento da tragédia global ocasionada pela pandemia do Coronavírus a partir

34 Trata-se da evidência de um acesso ao sistema computacional. Desta forma, usuário ao acessar um aplicativo, loja on-line ou qualquer sistema para acessar cadastros, é gerado um logaritmo do usuário para que possa se identificar o histórico de uso e prever as preferências do usuário, permitindo uma previsibilidade de acesso e de preferência de conteúdo

35 Diz do engajamento é a relação entre uma marca e seus consumidores, de modo que há um envolvimento com o objeto ou serviço posto ao público, interação entre o potencial consumidor, ou consumidor de fato, e o fornecedor do bem ou serviço, a intimidade, de maneira que o consumidor possui uma relação de harmonia com a marca, e influência, uma vez que o consumidor poderá recomendar a outros potenciais consumidores o bem ou produto adquirido

36 Disponível em: < <https://www.unibh.br/blog/o-que-e-preciso-para-se-tornar-um-influenciador-digital/#> > Acesso em: 22 de abril de 2022.

de 2019, verificou-se uma modificação brusca na forma de se fazer comércio e de se exercer determinadas profissões. Se até o final de 2019 a loja física frequentada por consumidores ou potenciais consumidores era um indicativo de que a empresa estaria em boa saúde financeira, hoje em dia este termômetro mercantil não é o melhor indicativo.

Isto decorre do fato de que a pandemia do novo coronavírus permitiu que inúmeras empresas de todas as áreas de comércio e prestação de serviço migrassem para o mercado digital, e manter, ou até mesmo aumentar a sua lucratividade³⁷. Empresas de alimentos foram uma das que mais sofreram modificações e já existem restaurantes que trabalham exclusivamente com entregas, sem a recepção de clientes em espaço físico, o que indica que se antes o serviço de entrega era apenas um elemento a mais na prestação de serviço, hoje se verifica que é indispensável, e o acolhimento de clientes em um ambiente para consumo é opcional em muitos casos.

Com a pandemia, a transição para o mundo digital foi obrigatória. A pena para quem não pode ou não quis migrar para esta nova forma de mercado foi o encerramento das atividades ou a redução acentuada do lucro³⁸. Isto porque as redes sociais funcionam, entre outras coisas, como um verdadeiro catálogo de bens e serviços a serem oferecidos.

Assim, mais do que nunca, com o advento da pandemia, muitas empresas apostaram em uma publicidade através das redes sociais, por meio da contratação de influenciadores digitais para que se pudesse aproximar o público do serviço, considerando que é mais efetivo confiar e ter interesse em um determinado produto ou serviço quando este é indicado por aqueles que temos alguma simpatia ou admiração.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Com as redes sociais e as mudanças provocadas no mercado de consumo e as novas formas de se fazer publicidade, verifica-se uma nova configuração nas relações de consumo, além de que o fator confiança e aprovação do produto pelo divulgador demonstram uma nova relação jurídica entre os influenciadores e os seguidores destes nas redes sociais.

Considerando que se trata de uma profissão cada vez mais popular na sociedade, verifica-se que a exposição nas redes sociais também traz ônus consideráveis ao prestador de serviços publicitários, isto porque, por ser figura pública e receber investimentos para a realização das atividades de divulgação de produtos, conhecido pelo nome popular *publi paga*, é importante destacar que a realização desta atividade pode ensejar na responsabilização civil destes profissionais, em havendo abuso ou violação de direitos.

Ademais, imperativo destacar que, conforme dito ao norte, o influenciador contratado é responsável por toda a divulgação do produto, não recebendo, muitas das vezes, roteiros para a publicidade, razão pela qual qualquer informação trazida ao público deverá ser minuciosamente avaliada, sob pena de incorrer em publicidade enganosa. Além disso, por serem figuras que gozam de prestígio social, diz-se que estas pessoas são formadoras de opinião. Verifica-se desta forma, que se trata de uma responsabilização solidária, haja vista que estão vinculados ao forne-

37 Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/02/26/com-pandemia-comercio-eletronico-tem-salto-em-2020-e-dobra-participacao-no-varejo-brasileiro.ghtml>> Acesso em: 22 de abril de 2022.

38 Disponível em: <<https://www.apage.com.br/pandemia-e-mercado-online-o-que-mudou-no-comercio-digital/>> Acesso em: 22 de abril de 2022.

cedor do bem ou serviço ao prestarem as informações contidas na publicidade.

A doutrina majoritária, encabeçada por Rizzato Nunes³⁹, traz o entendimento de que o fornecedor do bem ou serviço, bem com aquele que presta o serviço publicitário são solidariamente responsáveis pelos prejuízos gerados na relação de consumo, independentemente do contrato que tenha vincule o fornecedor ao anunciante, conforme disposição do Código de Defesa do Consumidor, Art. 7º, parágrafo único⁴⁰.

Conforme já mencionado, os criadores de conteúdo que prestam serviços publicitários realizam trabalho direto e imediato para a divulgação de bens e serviços, e a conduta por estes praticada tem repercussão no patrimônio jurídico dos consumidores e potenciais consumidores, de modo que são considerados, fornecedores por equiparação.

Caso Virgínia Fonseca

Importa trazer à discussão o caso ocorrido com a influenciadora digital Virgínia Fonseca a qual realizou a campanha publicitária de uma empresa que vende telefones. Na ocasião, uma seguidora da blogueira adquiriu um produto via internet, contudo, mesmo após o pagamento do produto, não recebeu o bem.

A consumidora ajuizou ação em face da influenciadora no Juizado Especial Cível de Barra Mansa. A criadora de conteúdo foi condenada ao pagamento no valor do produto para a consumidora. A empresa Facebook também ajuizada na mesma demanda, contudo, o juízo ino-centou a empresa.

Considerando que a *digital influencer* exerceu atividade publicitária a qual lucrou com o anúncio, demonstrou-se que havia um liame entre a empresa anunciada e a anunciante, que deu voz ao produto, prestando informações a respeito do bem, além de ter atestado a idoneidade da empresa anunciada. Neste sentido, por ter gerado prejuízo à consumidora, foi dada como responsável solidária pelos fatos decorrentes da prática de publicidade enganosa. Observa-se que a responsabilização solidária para a reparação de danos, não é excluído o direito de regresso aos demais envolvidos na relação consumerista, conforme lição de Rodolfo Mancuso⁴¹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta da presente obra foi analisar a responsabilidade civil dos profissionais digitais que atuam como influenciadores digitais, criadores de conteúdo, blogueiros e divulgadores de bens e serviços nas redes sociais, de que maneira a prestação de serviços publicitários possui reflexos jurídicos no cotidiano das relações consumeristas. A problemática está presente no ponto em que as redes sociais são cada vez mais presentes no dia a dia do cidadão comum.

Demonstrou-se que no nosso ordenamento jurídico não existe legislação específica para a publicidade desempenhada nas redes sociais, ficando a cargo da legislação comum exercer

39 NUNES, R. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva. 2021.

40 Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.
Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

41 MANCUSO, R. *Manual do Consumidor em Juízo*. São Paulo: Saraiva. 2020.

algum controle sobre esta questão. Imperioso destacar que o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), não possui poder de polícia para coibir as práticas incompatíveis com a atividade publicitária, notadamente porque não se de órgão estatal e não possui esta atribuição, restando apenas a atuação indicativa de boas práticas, de modo que as punições incidem somente sobre sanções administrativas, como o recolhimento da campanha publicitárias, o que não é o suficiente para impedir a reiteração destas condutas.

Necessário destacar que embora este Conselho possua suas limitações, a sua atuação na publicidade nas redes sociais merece ser mencionada, uma vez que atua e fiscaliza (na medida do possível) para que se evite atividade publicitária desleal e abusiva, além de determinar diretrizes para que se evitem ilegalidades. No entanto, embora relevante, não parece suficiente.

O objetivo desta pesquisa foi informar que o exercício da moderna profissão de influenciador digital não é passível de impunidade. Isto porque, conforme demonstrado, o prestador de serviços publicitários nas redes sociais, embora não possua, muitas vezes, contato com o produto exposto ao público, é responsável por veicular informações relativas ao bem de consumo ou serviço oferecido, razão pela qual se qualifica como um fornecedor por equiparação, podendo ser responsabilizado por eventuais danos causados ao consumidor.

Ademais, a presente obra objetivou mostrar aos consumidores de bens e serviços expostos em redes sociais que, embora pessoas públicas gozem de prestígio e reconhecimento social, são capazes de participar de atividades lesivas ao consumidor, devendo ser responsabilizados à medida de sua culpabilidade.

Conclui-se com o presente estudo que os profissionais deste ramo por exercerem o poder de persuasão sobre aqueles que os acompanham nas redes sociais, podem induzir a comportamentos e incentivar escolhas, convertendo seguidores em potenciais consumidores dos bens e serviços que são divulgados, não podendo ter a responsabilidade afastada na ocorrência de abusos ou ilegalidades. Razão pela qual deve ser melhor regulada a relação jurídica entre o prestador de serviços ou vendedor do bem com o profissional de publicidade nas redes, até como forma de se evitar injustiças contra o profissional que agiu de boa-fé, mas, sem desamparar a parte mais fraca desta relação jurídica, o consumidor.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. (1990). Código de Defesa do Consumidor. Brasília: Senado Federal.

CAMPOS, R. (21 de Abril de 2022). [www.jusbrasil.com.br](https://rodrigofustinonicampos.jusbrasil.com.br/artigos/1157354573/eu-li-e-concordo-com-os-termos-de-uso-qual-a-importancia-desses-contratos-para-seu-negocio). Fonte: Jusbrasil: <https://rodrigofustinonicampos.jusbrasil.com.br/artigos/1157354573/eu-li-e-concordo-com-os-termos-de-uso-qual-a-importancia-desses-contratos-para-seu-negocio>

Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. (2021). Guia de Publicidade por influenciadores digitais. São Paulo: CONAR.

DA SILVA, J. (2012). Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros Editores.

DE ALMEIDA, F. (2021). Direito do Consumidor Esquematizado. São Paulo: Saraiva.

- FILHO, M., & PINTO, C. (2022). Manual Prático de Direito do Consumidor. Salvador: Juspodivm.
- GARCIA, L. (2021). Código de Defesa do Consumidor Comentado. Salvador: Juposdivm.
- GARCIA, L. (2022). LEIS ESPECIAIS PARA CONCURSOS - V.1 - DIREITO DO CONSUMIDOR. Salvador: Juspodivm.
- GOMES, N. (2021). Direito do Consumidor. Salvador: Juspodvim.
- JEZLER, P. (2017). Os influenciadores digitais na sociedade de consumo: uma análise acerca da responsabilidade civil perante a publicidade ilícita. Salvador: Faculdade de Direito da Bahia.
- JUNIOR, H. (2022). Direitos do Consumidor. São Paulo: Forense.
- KHOURI, P. (2021). Direito do Consumidor - Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo. São Paulo: 2021.
- LENZA, P. (2019). Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva.
- MANCUSO, R. (2020). Manual do Consumidor em Juízo. São Paulo: Saraiva.
- MENDES, G., & BRANCO, P. (2021). Curso de Direito Constitucional . São Paulo: Saraiva.
- MIRAGEM, B. (2019). Curso de Direito do Consumidor. São Paulo : Revista dos Tribunais.
- MIRAGEM, B., MARQUES, C., & MAGALHÃES, L. (2021). Direito do consumidor - 30 anos do CDC. São Paulo: Forense.
- NUNES, R. (2021). Curso de Direito do Consumidor. São Paulo: Saraiva.
- SILVA, J. (2015). Oferta e publicidade dos bens de consumo: uma análise crítica da realidade jurídica brasileira. Salvador: Paginae.
- TARTUCE, F., & NEVES, D. (2018). Maneul de Direito do Consumidor. São Paulo: Forense.

Análise da proteção jurídica no ambiente virtual na legislação brasileira

Patrícia Macedo de Carvalho

Graduanda de Direito do Centro Universitário São Lucas.

Stefalyne Nascimento

Graduanda de Direito do Centro Universitário São Lucas

Marcelo Lima de Oliveira

Professor Mestre orientador Professor do Centro Universitário São Lucas

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.18

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar a questão dos crimes cibernéticos na realidade jurídica brasileira bem como a sua correlação com a proteção de direitos e garantias constitucionalmente tutelados, notadamente, o direito à privacidade e intimidade. Assim, buscou-se fazer um resgate histórico da evolução da internet para que se pudesse compreender a sua complexidade e a justificativa para a sua relevância na sociedade contemporânea. Demonstrou-se com o presente estudo que a proteção de dados foi o principal vetor para a criação da internet, contudo, demonstra-se que, dada as proporções que o sistema de informação assumiu na realidade, tem sido cada vez mais difícil manter o ambiente virtual seguro, haja vista o fluxo incessante de informações inseridas nos servidores operacionais da internet. Desta maneira, o Estado brasileiro não tem mostrado resultados positivos para a proteção de bens jurídicos tão caros e sensíveis para a sociedade. Para a realização do trabalho foi utilizada uma pesquisa básica, estratégica, descritiva e exploratória, com abordagem qualitativa e método hipotético-dedutivo. Utilizou-se o procedimento de pesquisa bibliográfica, documental e análise de situação.

Palavras-chave: crimes. cibernéticos. direitos. privacidade. intimidade.

INTRODUÇÃO

Na atualidade, verifica-se que cada vez os usuários de serviços de internet estão imersos em sites, aplicativos e programas os quais são utilizados dados pessoais para a personalização destes serviços. Contudo, em decorrência da popularização da internet ser fenômeno recente na sociedade brasileira, denota-se que, não raro, ocorrem problemas de toda ordem na utilização destes serviços e, para fins desta obra, especificamente questões relacionadas à privacidade no mundo digital.

A internet não é mais um ambiente sem lei. Em que pese ser um ambiente livre, percebe-se que cada vez mais se busca a regulamentação do uso e acesso, uma vez que se pretende tornar o ambiente em um local seguro, evitando invasões a arquivos pessoais armazenados em bancos de dados digitais e até mesmo acesso a dispositivos, como celulares e computadores.

Contudo, demonstra-se rotineiramente que o ambiente virtual possui uma série de armadilhas que podem comprometer o bem-estar dos usuários, como a captura de dados pessoais e a consequente utilização indevida destas informações, notadamente a divulgação de imagens íntimas e acesso a dados bancários (LÓSSIO, 2022).

Para a realização deste trabalho será utilizada uma pesquisa básica, estratégica, para que possa promover a modificação social baseada em estudos técnicos, descritiva, com foco em aprofundar as questões levantadas no estudo, exploratória, para que se possa conhecer melhor o tema na sociedade, com abordagem qualitativa. Utilizou-se o procedimento de pesquisa bibliográfica e documental.

Assim, a hipótese da presente obra é de que as leis nacionais a respeito dos crimes cibernéticos estão evoluindo paulatinamente, contudo, ainda se mostram insuficientes para o enfrentamento efetivo deste problema que é um problema cada vez mais comum na realidade brasileira e mundial.

O objetivo geral desta pesquisa é identificar se a legislação brasileira protege efetivamente os direitos e garantias fundamentais em casos de crimes cometidos por meios cibernéticos. Os objetivos específicos consistem em compreender a história e evolução dos sistemas de informática no Brasil, para que se trace um paralelo com a evolução legislativa das questões relativas ao tema, bem como analisar de que forma os crimes cibernéticos se operam, como são investigados e qual a consequência jurídica para aquele que comete o ato ilícito penal em matéria cibernética.

DESENVOLVIMENTO.

Breve histórico da internet: de aparato militar à ferramenta civil

A internet foi criada em 1969, nos Estados Unidos da América, com o objetivo de permitir o armazenamento de informações e permitir a comunicação entre laboratórios de pesquisa do Departamento de Defesa Americano, ainda que houve algum ataque bélico às unidades americanas durante a Guerra Fria, iniciada em 1957. Nesta época, a ferramenta era denominada como ARPANET, conforme dicção de Briggs e Burke (BRIGGS & BURKE, 2004)

A ARPANET (Advanced Research Projects Agency Network; em português: Rede da Agência para Projetos de Pesquisa Avançada) funcionava por meio daquilo que se chamava de chaveamento de pacotes, que se trata da transmissão de informações entre dispositivos por meios de dados fracionados em pequenas partes, contendo a informação fragmentada até o momento da recepção pelo destinatária que reconstruiria o que foi transmitido pelo remetente, conforme estudo de (HAFNER & LYON, 2019).

Em 29 de outubro de 1969 houve o envio do primeiro e-mail, e na década de 1970 passou-se a ter pesquisas em diversas universidades, o que tornou o sistema da ARPANET difícil de ser gerenciado, razão pela qual o projeto ARPANET se dividiu em dois: ARPANET, para operações civis, e MILNET, para operações militares conforme diz Dermot Turing (TURING, 2019).

Os anos seguintes foram marcados pela soma de esforços de alunos e professores em armazenar informações no sistema e permitir o trânsito de informações, o que culminou em um sistema técnico denominado Protocolo Internet (Internet Protocol - IP), o qual as redes conectadas pelo endereço IP, que se trata de um sistema numérico presente em cada dispositivo de informações em uma rede para a comunicação, de modo que se identifica o hospedeiro da informação, além de informar a localização da rede, conforme Tim Wu (WU, 2012).

Em 1992 foi criado a World Wide Web (www), a qual se trata de uma rede mundial de documentos em formato inteligível à máquina e que são executados pelo sistema da Internet, e logo em seguida se criou o protocolo HTTPS (Hypertext Transfer Protocol Secure) que foi o primeiro sistema criado para a internet com o objetivo de se permitir transações financeiras e comerciais, de modo que se gerou a aproximação da sociedade civil para a internet na década de 1990. Em 2003, meio bilhão de pessoas estavam conectadas na internet, conforme aponta Johnny Ryan (RYAN, 2013).

No Brasil, por seu turno, os primeiros projetos relativos à internet surgiram a partir de 1988, a qual havia a conexão entre instituições estadunidenses e brasileiras. Somente em 1992

houve a abertura ao público, contudo, a infraestrutura primitiva e a ausência de investimentos somente permitiram a inserção do comércio na internet brasileira em 1995, conforme aponta Eduardo Vieira (VIEIRA, 2018).

Dados de 2021, obtidos por meio de pesquisa promovida pelo Comitê Gestor da Internet do Brasil (Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2021), apontam que em 2020 o Brasil passou a ter 152 milhões de usuários de internet, e demonstrou que 81% da população com mais de 10 anos de idade têm acesso a internet nos domicílios, ainda que 90% dos lares das classes mais vulneráveis da sociedade se conectam à internet por meio do celular, uma vez que não dispõem de computador.

Foi apresentada no Senado Federal Proposta de Emenda à Constituição (PEC 41/2021) que insere a inclusão digital como direitos fundamentais na Constituição, pela Senadora Simone Tebet. A proposta até a data de publicação desta obra ainda não possui relator, e se encontra sob análise na referida casa legislativa.

Do direito à intimidade e privacidade

Os Direitos à intimidade e privacidade são protegidos constitucionalmente, conforme previsão constante no Art. 5º, X, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), razão pela qual se trata de um direito fundamental. Importa trazer a obra de Gilmar Mendes e Paulo Branco (MENDES & BRANCO, 2022) a qual diz o seguinte:

O catálogo dos direitos fundamentais vem -se avolumando, conforme as exigências específicas de cada momento histórico. A classe dos direitos que são considerados fundamentais não tende à homogeneidade, o que dificulta uma conceituação material ampla e vantajosa que alcance todos eles. Tampouco a própria estrutura normativa dos diversos direitos fundamentais não é coincidente em todos os casos.

(...)

Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana.

(MENDES & BRANCO, 2022, p. 280 e 282)

Nesta esteira, convém expressar o que consiste em Direito à Privacidade e Intimidade. Para Nathalia Masson (MASSON, 2016, p. 218) traz importe posicionamento a respeito da privacidade:

A privacidade representa a plena autonomia do indivíduo em reger sua vida do modo que entender mais correto, mantendo em seu exclusivo controle as informações atinentes à sua vida doméstica (familiar e afetiva), aos seus hábitos, escolhas, segredos, etc., sem se submeter ao crivo (e à curiosidade) da opinião alheia. (MASSON, 2016, p. 218)

A intimidade, por sua vez, considera naquilo que é referente ao modo de ser da pessoa, de modo que os demais da sociedade são excluídos ao acesso do objeto íntimo, conforme aponta Guilherme Peña de Moraes (DE MORAES, 2018).

Importa destacar contudo, que não se trata de direito absoluto. Razão pela qual trazemos à discussão a valiosa lição de Robert Alexy (ALEXY, 2015), a qual traz a teoria das esferas para o debate. De acordo com o mencionado autor, existem três esferas de proteção aos direitos fundamentais.

A esfera mais interna tutela a liberdade humana, e se trata de um núcleo protegido em sua totalidade, uma vez que dispõe de matérias que não devem chegar ao conhecimento alheio, em razão de sua delicadeza. O outro círculo é a esfera privada ampla, que admite a interação com outros indivíduos, ainda que se trate de assunto reservado; por fim, existe a esfera social, que alcança tudo aquilo que não for protegido pelas esferas anteriores.

Importante destacar esta afirmação uma vez que não há direito absoluto, contudo, é necessário destacar que o não absolutismo não configura ausência de tutela, mas, apenas que o exercício deste direito sofre limitações a depender do caso em que se esteja discutindo. Assim, importa mencionar que pessoas famosas e públicas possuem direito à intimidade e privacidade como todos os seus pares sociais, contudo, há limitação em razão do ofício em que exercem e pelo interesse público. Trazemos a dicção de Gilmar Mendes a respeito:

A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade. Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanentes de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de autossuperação. Sem a tranquilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito menos como o indivíduo se autoavaliar, medir perspectivas e traçar metas. (MENDES & BRANCO, 2022, p. 548)

No que se refere à privacidade e à intimidade, percebe-se que existe intensa (e justa) proteção constitucional e infraconstitucional. Conforme se observa no Capítulo I-A do Código Penal, o qual prever tipo penal de Registro não autorizado da intimidade sexual, no Art. 216-B, (BRASIL, 1940), por exemplo.

No tocante à privacidade na internet, denota-se que houve movimentação para a proteção aos dados pessoais na Europa com o Diretiva 95/46/CE, que dispõe sobre a proteção de dados pessoais e a circulação desses dados, a qual foi recentemente substituída pela General Data Protection Regulation (GDPR), que tem como objetivo estabelecer novos padrões e diretrizes para o uso e armazenamento de dados pessoais, uma vez que, não raro, ocorrem violações a direitos por uso indevido destas informações em várias áreas da sociedade, notadamente direitos do consumidor.

A proteção de dados na legislação brasileira

Como dito ao norte, há proteção constitucional à intimidade, privacidade e vida privada no ordenamento pátrio. Imperativo destacar que no ano de 2019 houve a aprovação de Proposta de Emenda Constitucional (PEC 17/2019), a qual incluía a proteção de dados pessoais no rol de garantias individuais.

Em 2018 foi publicada a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei 13.709/2018 (BRASIL, 2018), a qual dispõe a respeito da forma de uso e armazenamento de dados pessoais, notadamente os inseridos em mídias digitais, a qual se protege pessoa natural ou pessoa jurídica, de Direito Público e Privado, para que se promovesse a proteção de direitos fundamentais de liberdade e privacidade, de modo que se atribuiu uma série de responsabilidades, e suas respectivas sanções, aos gestores e usuários de dados pessoais, conforme aponta (JORGE, 2021).

Assim, demonstra-se que tem a proteção de dados na legislação nacional tem se mostrado uma preocupação para o Estado, uma vez que, com a mudança de realidade, as pessoas

tem passado cada vez mais tempo no mundo virtual, o que indica que novas condutas possam ser eventualmente lesivas e prejudiciais a determinados bens jurídicos, exigindo que seja dada a devida proteção.

A exemplo de violações a direitos no mundo virtual podemos citar o bullying, porn revenge, racismo, pedofilia, furtos, entre outros. Com isto, nota-se que os meios tradicionais de repressão à criminalidade não têm se mostrado efetivos, razão pela qual se pugna pela atualização da legislação e das formas de torná-la efetiva.

Detecta-se que, em razão do grande volume de usuários, e a expansão massiva de informações veiculadas nas redes, o controle exercido pelas autoridades públicas é insuficiente, para não dizer irrisório. Ocorrem no ambiente virtual algumas práticas altamente danosas aos direitos individuais e coletivos, como por exemplo a invasão a sistema de dados, conhecido como *hacking*, *superzapping*, entre outras formas de prejuízo a nível pessoal ou institucional.

Ademais, é oportuno destacar que na rede mundial de computadores, existe uma rede paralela de circulação de dados, as quais comumente são realizados crimes cibernéticos, a saber: Deep Web e Dark Web.

Diante deste cenário, é pertinente trazermos à discussão o conceito de cibercrime. De início, cumpre mencionar que por se tratar de instituto jurídico recente, não existe definição precisa e pacífica a respeito do que vem a ser um crime cibernético. Para Garcia Martins (MARTINS, 2006), trata-se de ato em que o computador serve de meio para atingir um resultado crime, ou, ainda, onde o computador é alvo simbólico, ou ato em que o computador é objeto do crime.

Para Diana Simas (DE SIMAS, 2014), diz-se dos crimes cibernéticos:

Podemos afirmar que associado a este fenômeno da criminalidade informática estão, sem dúvida, condutas violadoras de direitos fundamentais, seja através da utilização da informática para a prática de um crime, ou como um elemento do tipo legal de crime. Face a esta perspectiva, a criminalidade informática em sentido amplo, engloba toda a atividade criminosa que pode ser cometida através de meios informáticos. Em sentido estrito, são englobados os crimes que o meio informático surge como parte integradora do tipo legal, ainda que o bem jurídico protegido não seja digital. (DE SIMAS, 2014, p. 14)

Ademais, necessário trazer o conceito de Fabrício Rosa (ROSA, 2002):

A conduta atente contra o estado natural dos dados e recursos oferecidos por um sistema de processamento de dados, seja pela compilação, armazenamento ou transmissão de dados, na sua forma, compreendida pelos elementos que compõem um sistema de tratamento, transmissão ou armazenagem de dados, ou seja, ainda, na forma mais rudimentar; 2. O 'Crime de Informática' é todo aquele procedimento que atenta contra os dados, que faz na forma em que estejam armazenados, compilados, transmissíveis ou em transmissão; 3. Assim, o 'Crime de Informática' pressupõe dois elementos indissolúveis: contra os dados que estejam preparados às operações do computador e, também, através do computador, utilizando-se software e hardware, para perpetrá-los; 4. A expressão crimes de informática, entendida como tal, é toda a ação típica, antijurídica e culpável, contra ou pela utilização de processamento automático e/ou eletrônico de dados ou sua transmissão; 5. Nos crimes de informática, a ação típica se realiza contra ou pela utilização de processamento automático de dados ou a sua transmissão. Ou seja, a utilização de um sistema de informática para atentar contra um bem ou interesse juridicamente protegido, pertença ele à ordem econômica, à integridade corporal, à liberdade individual, à privacidade, à honra, ao patrimônio público ou privado, à Administração Pública, [entre outros].

Lei 12.737 de 2012 – A Lei Carolina Dieckman

Em maio de 2011, a atriz Carolina Dieckmann sofreu atentado cibernético o qual resultou na captura de arquivos de mídia em formato de fotos e mensagens de texto, o qual se encontravam em situação de nudez e exposição de intimidades e o invasor exigiu o pagamento na quantia de R\$ 10.000 reais para que não houvesse a publicação das mídias. Como não houve o pagamento, fez-se a divulgação clandestina de 36 fotos da atriz que rapidamente foram espalhadas por toda a internet, sendo hospedadas nos mais diversos bancos de dados de sites de conteúdo adulto e erótico.

No caso em questão, verificou-se intensa pressão de vários setores da sociedade civil para que houvesse resposta legislativa para o caso concreto. Cumpre destacar que mesmo antes da lei, a invasão de ambiente virtual e subtrair dados já era conduta tipificada na lei penal, contudo, não havia norma que tratava especificamente sobre a matéria, razão pela qual se operou a promulgação da referida lei (BRASIL, 2012).

Imperativo destacar que a previsão da lei não se limita somente ao sequestro de mídias e divulgação clandestina, conforme a exposição midiática à época fez parecer. A lei em comento tipifica três condutas. Tais sejam: 1) Art. 154-A - Invasão de dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa; 2) Art. 266 - Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública - Pena - detenção, de um a três anos, e multa; e 3) Art. 298 - Falsificação de documento particular/cartão - Pena - reclusão, de um a cinco anos e multa.

Importa destacar que a apreciação da violação ao bem jurídico quando resulta deste tipo penal somente se opera mediante representação do ofendido, ressalvados os casos em que o ofendido é a Administração Pública direta ou indireta, qualquer dos Poderes da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, conforme aponta (SYDOW, 2022).

Lei nº13.718/2018

Conhecida como a lei da importunação sexual criminaliza atos libidinosos sem o consentimento da vítima além da divulgação de cena de estupro, de sexo ou de pornografia sem o consentimento de quem está participando da gravação, bem como daquele que se destina o envio.

A lei em comento surge diante de um cenário em que houve uma série de ocorrências sociais em que havia a gravação de cenas de sexo, com ou sem o consentimento dos envolvidos, e o envio desta mídia para terceiros de maneira não autorizada pelos filmados. A conduta em questão atenta contra a dignidade, uma vez que expõe de maneira desmedida a vida sexual dos envolvidos na prática do ato libidinoso.

Verificou-se, ao longo da década de 2010, a prática daquilo que se convencionou denominar de *revenge porn* em que o sujeito ativo do crime divulga material erótico do companheiro atual ou pretérito como forma de retaliação após o término de um relacionamento ou ocorrência de algum dissabor na relação. A prática se enquadra neste tipo penal.

Da apuração de crimes cibernéticos

A apuração de crimes mais frequentes na sociedade, como roubo, tráfico de entorpecentes, homicídios, já são suficientemente difíceis de se operar, ainda que se trate de violação corriqueira e há muito tempo assola a realidade de nosso país. Contudo, em decorrência da cada vez mais frequente informatização da sociedade, constata-se que um crescente aumento na ocorrência de crimes no ambiente virtual. Diante de um cenário pouco explorado, demonstra-se uma verdadeira dificuldade do Poder Público em investigar a ocorrência desta modalidade de crime.

De início, percebe-se que há uma verdadeira ausência de metodologia para a investigação destes delitos, uma porque há cada vez mais sistemas operacionais que permitem uma atuação furtiva do infrator, duas porque não há um compartilhamento de informações e dados entre os órgãos e organizações governamentais e não governamentais, além do elevado grau técnico que a ocorrência deste tipo de crime se opera, vê-se que nem sempre existe pessoal capacitado para lidar com eventos desta magnitude. Não o suficiente, demonstra-se o caso da extraterritorialidade do crime, conforme aponta França, Araújo e Taveira (FRANÇA, ARAÚJO, & TAVEIRA, 2018). Muitas das vezes um crime cujo resultado se deu em determinado país, foi realizado por sujeito ativo em um segundo país, utilizando de um servidor de um terceiro país.

Assim, percebe-se que há um verdadeiro óbice no que tange à identificação do infrator haja vista comumente se utilizar de sistemas cuja a localização do usuário seja camuflada e, até mesmo, alterada. Além de tudo, diariamente são depositadas incontáveis informações no sistema da internet, o que torna, até o momento, impossível a filtragem da legalidade de determinado conteúdo.

Dimas (DE SIMAS, 2014) aponta algumas soluções interessantes para amenizar a ocorrência de crimes cibernéticos. A autora destaca a importância do aumento de investimentos em combate ao cibercrime, isto porque, segundo a mesma o Reino Unido e os Estados Unidos, países com uma forte resposta ao crime informático, aplicam poucos recursos nos seus orçamentos que nas forças policiais atingem 12,3 milhões no Reino Unido e 79 milhões de dólares nos Estados Unidos.

Outra resposta da autora é a incrementação à informação, conscientização e preparo na defesa digital. De maneira que as empresas (a nosso ver, notadamente as que lidam com operações comerciais e gerenciamento de dados) possam se preparar e prever as ações criminosas a partir da consciência do problema e a implementação de medidas de segurança, além do investimento do setor público em investigação, com a especialização de pessoal qualificado para a apuração das práticas delitivas deste tipo.

No Brasil, a investigação destes crimes se opera de maneira rudimentar e manual, por mais das vezes, ainda que se tenha investido em infraestrutura nos últimos anos, a realidade é que o maquinário e os recursos humanos são escassos e pouco qualificados.

Assim, o primeiro procedimento a ser realizado quando diante de um fato possivelmente qualificado como crime cibernético é a identificação do meio empregado. Existem muitas formas de ocorrer um crime informático, podendo ocorrer por e-mail, salas de bate papo, aplicativos de mensageiro, serviços de relacionamento, páginas da web.

Após, é necessário que haja a preservação das provas obtidas como meio de se com-

provar a materialidade do fato criminoso. Assim, o primeiro passo que salvar e garantir os dados obtidos e, posteriormente, notificar o provedor para que sejam mantidos os registros no ambiente em que se deu o ocorrido, requerendo, na medida do possível a colaboração de todos os provedores envolvidos.

Com a identificação do crime e do meio empregado e tomadas as providências para o armazenamento das provas, é necessário atuar para a identificação dos responsáveis pelo serviço, seja nacional ou estrangeiro. Em havendo sido cometido através da extraterritorialidade, poderá ocorrer cooperação internacional, que há previsão em tratados e acordos internacionais a qual o Brasil é signatário.

Em seguida, é necessário que haja a violação de sigilo de dados telemáticos, nos termos da Lei 9.296 de 1996, (BRASIL, 1996). Com esta medida, o que se busca é a identificação do dispositivo o qual foi utilizado para a prática do crime, a partir do protocolo internet (IP) fornecido pelo provedor do serviço. Esta ocorrência se dá, quando em caso de crimes cometidos no Brasil, por meio de requisição de informações à concessionária de serviços telefônicos, pelo juízo.

Com todas estas informações, é necessário que a investigação incida para a comprovação da autoria e da materialidade do fato típico. Assim, poderão ser adotadas medidas para o melhor aproveitamento da investigação, como a busca e a apreensão do dispositivo eletrônico, com a necessária autorização judicial para que se proceda o acesso aos dados inseridos no dispositivo. A oitiva daquele que é contratante do serviço de internet utilizado para a operação criminosa, além de fotografias do local em que se deu a prática do crime. Com o dispositivo em posse dos investigadores, será realizada perícia nos dispositivos e materiais apreendidos.

A Lei de interceptação de dados telemáticos, Lei 9.296/1996, dispõe a respeito da possibilidade de se criar a uma espécie de conta paralela à original de modo que seja possível acessar os e-mails recebidos e enviados pelo investigado, além da gravação de todos os e-mails, bem como o acesso ao conteúdo da caixa postal e interceptação de todos os dados.

Importante mencionar que as principais dificuldades enfrentadas na apuração destas condutas são relacionadas à legislação insuficiente sobre o assunto. No Brasil, a atividade legislante ainda não conhece as particularidades que este tipo de conduta criminosa possui, de maneira que se legisla somente aquilo que é lugar comum, como divulgação de mídias sexuais, por exemplo.

Além disso, demonstra-se que não há um canal específico para a o recebimento de denúncias destes crimes, havendo comumente dupla investigação sobre o mesmo fato, o que gera prejuízo ao erário e a não proteção a outras pessoas também prejudicadas por este tipo de delito. Também, os sites hospedados em países estrangeiros são mais difíceis de se empreender medidas investigativas, ainda que haja ordem judicial para o cumprimento de diligências, o que demonstra que a cooperação internacional é deficitária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme todo o exposto na presente obra, constata-se que a realidade mundial caminha no sentido de que o mundo digital esteja cada vez mais inserido no dia a dia das pessoas, corporações e governos, de modo que é necessária uma regulamentação eficiente e atualizada

do uso e armazenamento de informações e dados nos sistemas informáticos. No Brasil, a tecnologia chegou com pelo menos 20 anos de atraso, considerando que a internet foi criada na década de 1960 e somente no final dos anos 1980 houve alguma movimentação para que houvesse a inserção desta nova realidade no cotidiano acadêmico e militar e, muito posteriormente, na rotina da sociedade civil.

A internet é vista por muitos como a grande responsável pelas transformações sociais nas últimas décadas, muito porque, em virtude de sua popularização nos últimos anos, viabilizou a mudança de paradigmas em todas as classes sociais, no sentido de que o mercado financeiro atualmente opera na velocidade dos fatos, não havendo um atraso relevante na transação das informações. A internet aproximou pessoas com as redes sociais, facilitou a comunicação por meio de mensageiros instantâneos e facilitou procedimentos mercantis, como mais recente a implementação do sistema de pagamentos e transação financeira pix.

No entanto, como já dito, é importante destacar que a legislação brasileira não é atenta às diversas possibilidades de cometimento de crimes por meios cibernéticos, isto porque parece existir somente uma visão tradicional de cometimento de crimes, não levando em consideração que existem diversos dispositivos conectados à internet que, se utilizados de maneira equivocada ou mal intencionada, poderão gerar prejuízos à vítima.

Existem sistemas de segurança que são majoritariamente operacionalizados por meio remoto, via internet, o que significa que poderia haver o cometimento de um crime de incêndio (Art. 250 do Código Penal) Atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo (Art. 261 do Código Penal), violação de domicílio (Art. 150 do Código Penal), Furto (Art. 155 do Código Penal), Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública (Art. 266 do Código Penal), entre tantos outros.

Assim, este universo digital exige uma regulamentação adequada para que a convivência neste ambiente se opere de maneira lícita e saudável a todos os envolvidos. É necessário que haja produção legislativa clara, objetiva e precisa sobre o tema, de maneira que não é útil, tampouco desejável que se legisle sobre tudo e que esta lei não atenda aos fins que se pretende. É necessário que os órgãos de investigação sejam devidamente equipados com material moderno e equipe técnica devidamente qualificada e atualizada, além de que deve haver investimento no sentido de se prevenir a ocorrência de delitos, não apenas se reprimir o mal causado.

No Brasil as principais leis sobre o assunto são insuficientes para a prevenção destes delitos e a repressão muitas vezes não ocorre, justamente pelos fatos e motivos acima expostos. Se na década de 1990 verificou-se a tipificação de crimes contra a propriedade industrial, na contemporaneidade, os crimes evoluíram à sofisticação de espionagem industrial, de modo que se afeta o funcionamento ordinário e correto de economia regionais e globais, uma vez que incidem sobre a atividade financeira de grandes corporações e governos.

É inegável os avanços trazidos pela internet e todo o aparato técnico que permite a sua utilização. Contudo, os problemas enfrentados não parecem encontrar soluções na forma em que se tem empreendido esforços. Rotineiramente direitos são violados com a divulgação de imagens pessoais em sites públicos, o vazamento de informações pessoais, como dados cadastrais e senhas de bancos, contas em aplicativos e outras informações relevantes e o ordenamento jurídico não parece trazer solução ao problema, o que demonstra que além de ineficaz

na proteção, o Poder Público não sabe como resolver a questão, ainda que temporariamente, embora o desejável seja uma resposta definitiva.

A Lei 12.737 de 2012 trouxe luz a uma problemática na realidade brasileira. Contudo, importa asseverar que dado o grau de sofisticação que a conduta exige para ser realizada, além do prejuízo, muitas vezes irreparável, à vítima, repara-se que as penas são, no mínimo, insuficientes, haja vista a pena máxima para os crimes previstos nesta lei é de 2 anos e multa, Art. 2º da mencionada lei que acresceu o Art. 154-A ao Código Penal, o que implica em dizer que se trata de crime de menor potencial ofensivo. A mera imposição de penas mais rígidas não tem o condão de diminuir a ocorrência destes crimes, mas ocorre que além da captura destes criminosos ser cada vez mais difícil, o resultado do esforço culmina apenas em uma pena que não é sequer inibidora da reiteração da conduta, o que é um indicativo de que a situação é preocupante.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. (2015). Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores.

BRASIL. (1940). DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Rio de Janeiro: Senado Federal.

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

BRASIL. (1996). Lei 9.296 de 24 de julho de 1996. Brasília: Senado Federal.

BRASIL. (2012). Lei 12.737 de 2012. Brasília: Senado Federal.

BRASIL. (2018). Lei Nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Brasília: Senado Federal.

BRIGGS, A., & BURKE, P. (2004). Uma história social da mídia: De Gutenberg à internet. São Paulo: Zahar.

Comitê Gestor da Internet no Brasil. (2021). Pesquisa Sobre o Uso das Tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil.

DE MORAES, G. (2018). Curso de Direito Constitucional . São Paulo: Atlas.

DE SIMAS, D. (2014). O cibercrime. Lisboa: Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias.

HAFNER, K., & LYON, M. (2019). Onde os Magos Nunca Dormem: a Incrível História da Origem da Internet e dos Gênios por Trás de sua Criação. São Paulo: Red Tapioca.

JORGE, H. (2021). Manual de educação digital, cibercidadania e prevenção de crimes cibernéticos - um guia para jovens, adultos, empresas, instituições e autoridade. Salvador: Juspodvim.

LÓSSIO, C. (2022). O direito e o ciberespaço. Salvador : Juspodvim.

MARTINS, G. (2006). Direito da Informática. Coimbra: Almedina.

MASSON, N. (2016). Manual de Direito Constitucional. Salvador: Juspodvim.

- MENDES, G., & BRANCO, P. (2022). Curso de Direito Constitucional . São Paulo: Saraiva.
- ROSA, F. (2002). Crimes de Informática. Campinas: Bookseller.
- RYAN, J. (2013). A history of the Internet and the Digital Future. Londres: Reaktion Books.
- SYDOW, S. (2022). Curso de Direito Penal Informático - Partes Geral de Especial. Salvador: Juspodivm.
- TURING, D. (2019). A história da computação: do Ábaco à Inteligência Artificial. São Paulo: M Books.
- VIEIRA, E. (2018). Os bastidores da internet: a história de quem criou os primeiros negócios digitais do Brasil. São Paulo: Manole.
- WU, T. (2012). Impérios da comunicação: do telefone à internet, da AT&T ao Google. São Paulo: Zahar.

Direito ao convívio familiar diante ao abandono afetivo: uma análise constitucional

**The right to family conviction
before affective abandonment: a
constitutional analysis**

*George Lucas Coelho Diniz
Irineu Vagner Junior Valoeis*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.19

RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo analisar o conceito de abandono afetivo e sua relação o direito a família e a sua responsabilidade civil. Para alcançar este objetivo foi utilizada como metodologia um estudo de cunho bibliográfico, com características exploratórias e descritivas, com 20 artigos livres publicados a partir do ano de 2017 encontrados nas bases digitais Literatura da América Latina e Caribe (LILACS), Scientific Electronic Library Online (SCIELO), Google Acadêmico, publicações de artigos em revistas eletrônicas da área e anais de eventos com o tema proposto. A pesquisa mostrou que o abandono afetivo consiste no descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, é o ato ilícito da omissão de cuidado dos pais ou de um deles em relação aos filhos, tanto adotivos quanto biológicos, seja na infância e/ou na adolescência. A condenação por abandono afetivo é possível, uma vez constatado a existência dos requisitos essenciais de acordo com os artigos 186 e 927 do Código Civil, ou seja, a omissão do agente, o nexa causalidade entre a conduta do agente e dano psicológico, comprovado por meio de estudo psicossocial por profissionais especializado e de confiança do juiz, a fim de constatar o abalo emocional ocasionado no filho em decorrência do abandono afetivo. Por fim, o objetivo das penalidades aplicadas é resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do abandono sofrido pelos filhos.

Palavras-chave: direito. família. abandono. afetividade. responsabilidade.

ABSTRACT

This research aims to analyze the concept of affective abandonment and its relationship to the right to the family and its civil responsibility. To achieve this objective, a bibliographic study was used as a methodology, with exploratory and descriptive characteristics, with 20 free articles published from the year 2017 onwards, found in the digital bases Literature of Latin America and the Caribbean (LILACS), Scientific Electronic Library Online (SCIELO), Google Scholar, publications of articles in electronic journals in the area and annals of events with the proposed theme. Research has shown that affective abandonment consists of non-compliance with the duties inherent to family power, it is the illicit act of omission of care by parents or one of them in relation to their children, both adoptive and biological, whether in childhood and/or adolescence. Conviction for emotional abandonment is possible, once the essential requirements exist in accordance with articles 186 and 927 of the Civil Code, that is, the agent's omission, the causal link between the agent's conduct and psychological damage, proven by means of psychosocial study by specialized professionals trusted by the judge, in order to verify the emotional shock caused in the child as a result of affective abandonment. Finally, the purpose of the penalties applied is to protect the integrity of the minor, offering him, by other means, the upbringing and education denied by the parents, and never compensating for the damages arising from the abandonment suffered by the children.

Keywords: right. family. abandonment. affectivity. responsibility.

INTRODUÇÃO

A família é a unidade social mais antiga do ser humano, considerada pela doutrina brasileira como um grupo de pessoas ligadas não somente através do sangue, mas também através da afetividade. O ambiente familiar e seus integrantes são responsáveis pela construção e molde do desenvolvimento psicofísico da criança (PEREIRA, 2018; MORAES; VIEIRA, 2020).

A convivência familiar, anteriormente era considerada apenas um direito do genitor, no entanto com o passar dos anos, ela se tornou principalmente um direito do gerado, invertendo-se os papéis. Principalmente pelo fato que tais relações afetivas e relacionais são de extrema importância para o menor, uma vez que a criança e o adolescente precisam receber afeto tanto físico quanto emocional de seus responsáveis. Neste ponto de vista, a família deve existir fundamentada nas relações de afeto entre seus membros, e esse direito está baseado mais na afetividade do que na estrita legalidade (MORAES; VIEIRA, 2020).

A tutela jurídica familiar assegura aos filhos o direito de convivência com seus genitores e de terem a possibilidade de se desenvolverem com os seus familiares (SEVERO, 2019). A convivência familiar e comunitária possui verdadeira natureza de direito fundamental (art. 5º, §2º, c.c. art. 227, CF) (SILVA; SCHWEIKERT, 2020).

O direito de Família é o sub-ramo do Direito Civil, que dispõe sobre as entidades formadas por vínculos de parentesco ou por pessoas naturais que se propõem a cultivar entre si uma comunhão de interesses afetivos e assistenciais (PEREIRA, 2018). Após a Constituição Federal de 1988 a família assumiu outras funções além da patrimonial, sendo um ambiente que serve para a realização pessoal dos seus membros, de assistência moral e psicológica, como apoio aos seus integrantes nos embates normais da vida cotidiana, no que se refere à formação pessoal dos filhos, intransferível a outros setores sociais (MORAES; VIEIRA, 2020).

Diante da valorização do afeto no ordenamento jurídico, sua ausência é o que desencadeia o abandono afetivo e suas diversas consequências na seara familiar. O abandono afetivo é configurado quando há um comportamento omissivo, contraditório ou de ausência de quem deveria exercer a função afetiva na vida do familiar, principalmente criança ou do adolescente. Essa carência pode, inclusive, ocasionar sérios danos no pleno desenvolvimento como pessoas/cidadãos. Ressalte-se ainda, que muitas vezes o abandono afetivo é erroneamente confundido com falta de amor (BONINI; DOS SANTOS ROLIN, 2017).

Para Nascimento (2018) o abandono é a omissão do dever que decorre do poder de família, ou seja, de auxiliar, orientar, de assistir e dar afeto, não sendo a ausência de amor entre os membros da família, mas o descumprimento do dever de cuidado durante o desenvolvimento físico, psíquico e moral. É a supressão do direito de conviver em um ambiente familiar saudável, protetivo e atencioso.

Sousa (2019) acrescenta que o abandono afetivo não diz respeito ao afeto e sim, ao dever moral de guarda, orientação e educação, cuidados e sustento que os filhos esperam e têm direito de receber de seus genitores. Porém, por conveniência e ampla divulgação do tema sob a terminologia abandono afetivo é preferível que assim seja conhecido e difundido pela doutrina e atual jurisprudência, sem que, contudo, seja o afeto enquanto sentimento o vértice do tema.

Em se tratando de direito fundamental, eventuais intervenções em seu âmbito de prote-

ção devem estar sujeitas a rigoroso controle de legalidade e constitucionalidade, sob pena de, a pretexto promoverem direitos fundamentais colidentes, transformarem-se em verdadeiras violações (SILVA; SCHWEIKERT, 2020).

A lei regula deveres do pai para com o filho, mas não deixa transparente se a parcela do sentimento do amor está dentre os deveres concernentes ao pai ou a mãe que, talvez, se ausenta fisicamente da convivência cotidiana com a respectiva prole. As relações afetivas ganharam um espaço maior na nova perspectiva de relacionamentos familiares, é entendido que deve haver afeto entre os parentes, indicativo fator de proteção (RODRIGUES, 2016).

Diante disso, este estudo se justifica, pois, a questão do abandono afetivo tem tomado notoriedade, uma vez que é grande quantidade de processos que chegam aos tribunais tratando de casos de abandono parental afetivo, principalmente da atitude omissiva do pai no cumprimento dos encargos decorrentes do poder familiar, e em menor ocorrência o abandono maternal.

Assim, a necessidade da padronização dos conceitos de abandono afetivo, e ainda dos seus critérios de caracterização; tudo isso, em consonância ao princípio da segurança jurídica e direitos constitucionais.

Perante isso, este estudo se torna relevante pois procura enfatizar a importância da presença dos pais na vida dos filhos no desempenho do poder familiar e na proteção dos filhos. A partir disso, é possível entender e pensar as formas de se tutelar e garantir esse direito em face da criança e do adolescente, não permitindo violações a este ser em desenvolvimento por parte das pessoas que mais deveriam protegê-lo.

Este estudo tem como problemática e questão norteadora de pesquisa, o seguinte questionamento: como a literatura retrata o direito a família e o abandono familiar? Para responder tal pergunta, se tem como objetivo geral de estudo: analisar o conceito de abandono afetivo e sua relação o direito a família e a sua responsabilidade civil.

Com o intuito de alcançar o que propõe, os seguintes objetivos específicos foram traçados: Averiguar quais são os direitos e deveres dos genitores e responsáveis; salientar a responsabilidade civil por abandono afetivo; analisar as implicações que poderão causar no menor caso esse se desenvolva sem o amparo de um dos genitores; e avaliar entendimentos jurisprudenciais favoráveis e desfavoráveis relativo ao tema.

A metodologia utilizada nesta pesquisa consiste em um estudo de cunho bibliográfico, com características exploratórias e descritivas. Para Tonetto; Brust-Renck; Stein (2014) as pesquisas exploratórias são utilizadas quando se deseja obter dados sobre a natureza de um problema. Utiliza-se esse tipo de pesquisa quando não há informações estruturadas o suficiente para que seja possível conduzir uma pesquisa descritiva, já as pesquisas descritivas são usualmente utilizadas quando se deseja mapear dada realidade, o objetivo desse tipo de estudo é oferecer um retrato da realidade.

Os artigos utilizados neste estudo foram publicados a partir do ano de 2017, em plataformas de acesso livre, em língua portuguesa e que tratassem do tema proposto. As bases digitais utilizadas para a busca dos artigos foram: Literatura da América Latina e Caribe (LILACS), Scientific Electronic Library Online (SCIELO), Google Acadêmico, publicações de artigos em revistas eletrônicas da área e anais de eventos com o tema proposto, incluindo bases nacionais e

internacionais, através dos descritores: Direito; Família; Abandono; Afetivo e Responsabilidade. A somatória de artigos utilizadas para o desenvolver foi de 20 artigos com o tema em questão.

Para melhor compreensão do tema, este estudo está organizado em uma breve introdução com a descrição e contextualização do tema, hora esta apresentada, sendo ela composta com sua justificativa, relevância social, problemática, objetivos e método de estudo. Para facilitar a compreensão a explanação sobre o tema está organizada em três tópicos, onde o primeiro retrata sobre princípios do direito da família, em seguida caracterização do abandono familiar e afetivo, responsabilidade civil por abandono afetivo e por fim a conclusão da pesquisa.

PRINCÍPIOS DO DIREITO DA FAMÍLIA

O estudo do Direito das Famílias mostra-se imprescindível na seara jurídica, visto que o ser humano é incapaz de sobreviver de maneira autônoma e solitária, originando, por óbvio, o instituto da família (DE FREITAS PIAZZA; DE LIMA TOMAZ, 2021)

Com o desenvolvimento da sociedade se deu também o desenvolvimento da família, a família contemporânea, como dito, não é mais aquela de outrora: institucional, engessada, imutável. Esta constante movimentação da família exige adaptação do sistema jurídico em um nível de mobilidade que, muitas vezes, o processo legislativo não acompanha (MARZAGÃO, 2021, ROSA; DE OLIVEIRA, 2017).

A família se desdobra em interações que, além de construírem a subjetividade dos que a compõem, são nicho de desigualdades substanciais, as relações familiares podem ser vistas sob duas perspectivas: a de conjugalidade e a de parentalidade, na conjugalidades uma relação desigual derivada do gênero, seu enfoque tem como objeto a diferenciação de relações entre adultos e na parentalidade entre adultos e criança ou adolescente, em que é evidente a verticalidade de posições pela diferença etária (PEREIRA; RUZYK; DE OLIVEIRA, 2018).

A sociedade tem como uma de suas bases solidificadoras a própria família com isso a tutela dessa entidade milenar deve ser estatalmente garantida (MARZAGÃO, 2021). As relações familiares são baseadas no afeto e a família é a sua concretização, a família necessita ser assegurada e protegida (ROSA; DE OLIVEIRA, 2017).

O direito das famílias garante uma maior amplitude de sua aplicação, uma possibilidade de abrangimento maior das questões que eventualmente novas necessitem de tutela jurisdicional. Significa permitir que a maleabilidade das relações familiares possa ser tutelada de maneira ampla e significativa (MARZAGÃO, 2021).

O Direito de Família Brasileiro passou por profundas alterações estruturais e funcionais nos últimos anos. Essas transformações podem ser sentidas pelo estudo de seus princípios, muitos deles com previsão na CF/1988. A importância dos princípios no direito das famílias ganha força quando pensamos que são eles cambiantes e sua plasticidade permite uma aderência maior ou menor em consonância com circunstâncias temporais, fáticas e jurídicas imanentes aos casos concretos (DE FREITAS PIAZZA; DE LIMA TOMAZ, 2021, MARZAGÃO, 2021).

Assim, os princípios constitucionais cumprem papel fundamental para que exista uma igualdade, e seus efeitos asseguram o exercício dos direitos sociais e individuais possibilitando o

reconhecimento da aplicabilidade do princípio da pluralidade das famílias. Desse modo, tornando-se exigível a aceitação da família plural que vai além daquelas constituídas pelo casamento, união estável e família monoparental (FERREIRA; SOARES, 2019).

Desta feita, os princípios são organizados em: Princípio da dignidade da pessoa humana; da liberdade; da igualdade da filiação e respeito à diferença; do pluralismo das entidades familiares; do melhor interesse da criança e do adolescente; da proibição do retrocesso social; da busca pela felicidade; da afetividade.

É através da família que tratamos da dignidade da pessoa humana e é através da dignidade que se partirá para a tutela plena dos demais pontos fulcrais do direito das famílias. Cumpre salientar que os artigos 227 e 230 da Constituição Federal trazem especial atenção à dignidade aos vulneráveis, cujos interesses são tutelados e salvaguardados de maneira especial. O Tribunal constitucional invocou a dignidade da pessoa humana como meio de equacionar a inexistência de pacificação e norma específica sobre eventual superioridade do vínculo biológico sobre o socioafetivo. Compreendendo que a família é centro de desenvolvimento pleno do ser como ele é e deve ser, será também a família a base mais plena para que se tutele a dignidade como elemento de desenvolvimento primordial do ente dentro da realidade social (MARZAGÃO, 2021).

Para Cardin e Moraes (2018) o princípio da liberdade está baseado na liberdade de escolha e o planejamento familiar fazem parte das múltiplas formas democráticas de se formar, uma família e são regidas por institutos legais que determinam suas condições mínimas. Dessa maneira a lei pode estabelecer a medida necessária para regulamentar essas relações, sem que haja qualquer interferência arbitrária do Estado, ou de qualquer outro meio que queira interferir na liberdade das pessoas em se relacionarem entre si.

O princípio da liberdade corresponde ao livre poder de escolha e da autonomia da pessoa, de constituir, realizar ou extinguir a entidade familiar, sem que haja imposições arbitrárias de instituições religiosas, de parentes, da sociedade ou do legislador (CARDIN; MORAES, 2018). Com relação ao princípio da igualdade da filiação e respeito à diferença, os laços de filiação na família se perpetuavam por meio do culto doméstico, independentemente de afeto (ARAÚJO; OLIVEIRA SOBRINHO, 2017).

O princípio do pluralismo das entidades familiares é previsto nos artigos 226 a 230 da Constituição Federal, este princípio estabelece liberdade de forma para constituição e preservação familiar, se pode verificar a aplicação do princípio da pluralidade familiar como elemento permitidor para o reconhecimento e tutela das famílias homoafetivas. Com o intuito de alçar a família uma condição de entidade familiar plena, com direitos e deveres devidamente garantidos (MARZAGÃO, 2021).

Do melhor interesse da criança e do adolescente rege os princípios especiais afetos ao direito de família (afetividade, solidariedade familiar, função social da família, proteção à criança e ao adolescente, convivência familiar e proteção ao idoso), assegurados a proteção dos direitos indisponíveis de crianças e adolescentes (ARAÚJO; OLIVEIRA SOBRINHO, 2017).

A proibição de retrocesso social é um princípio implícito na Constituição Federal. Tal regra tem por objetivo proibir/vedar qualquer diminuição ou mesmo supressão dos direitos fundamentais no âmbito social (direitos sociais) (KLIPPEL, 2018). Enquanto que o princípio da busca de felicidade, vem sendo destacado. Desta maneira, a família passou a ser alicerçada nos laços

de afetividade, garantindo, portanto, o primado básico da Constituição Federal, que é a dignidade da pessoa humana, onde a sociedade busca a felicidade entre as pessoas (KLIPPEL, 2018).

O princípio jurídico da afetividade cumpre papel fundamental nessa função de reestruturação da família, pois é o propulsor que insere a pessoa humana à frente nas relações familiares trazendo o afeto como o pilar que sustenta a entidade. Sendo um elemento que é componente agregador da família e que confere comunhão de vidas nos relacionamentos. (CARDIN; MORAES, 2018).

Sob o manto dos princípios supracitados, mesmo aquelas famílias não consideradas legítimas por não estarem positivadas devem receber proteção. Desde que, estejam ligadas por um sentimento de afeto, solidariedade e respeito, seja ela família homoafetiva, mosaico, socioafetiva ou qualquer outra (FERREIRA; SOARES, 2019).

CARACTERIZAÇÃO DO ABANDONO FAMILIAR E AFETIVO

Devido a sua evidente importância, o afeto tomou grandes proporções na seara do direito de família. Em virtude disso, passou a ser considerado como preceito indispensável para a constituição da unidade familiar. Por essa razão, o ordenamento jurídico valorizou o afeto e passou a considerá-lo como um princípio constitucional implícito em consonância com o da dignidade humana, vez que não foi insculpido expressamente na legislação pátria (BONINI; DOS SANTOS ROLIN, 2017).

Nesse sentido, o abandono pode ocorrer em relações pautadas no amor, mas deficientes no cuidado e, no âmbito da afetividade, ocorrer mesmo diante de boas condições socioeconômicas, pois satisfazer as necessidades materiais do indivíduo, ainda que seja um dever legal (LOUZADA; DE SOUSA TEIXEIRA, 2020).

Logo, abandono afetivo consiste no descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, é o ato ilícito da omissão de cuidado dos pais ou de um deles em relação aos filhos, tanto adotivos quanto biológicos, seja na infância e/ou na adolescência. Isso é, o abandono afetivo se caracteriza quando o genitor (geralmente) não assume seu dever de cuidado com sua prole, causando-lhe dano em virtude desta omissão. E esse descumprimento tem natureza objetiva e não subjetiva, justamente por não se referir a questões sentimentais (CARDOSO DO PRADO, 2021).

Vale frisar que a conduta ensejadora do dano não é um simples abandono, mas sim o abandono de uma vida inteira, é o desprezo, a rejeição, é a vontade deliberada de não reconhecer aquela criança como filho (CARDOSO DO PRADO, 2021).

Para ser caracterizada a responsabilidade civil por abandono afetivo, é necessário que estejam presentes alguns requisitos: ação omissiva ou comissiva (conduta ilícita); dano ou prejuízo (material ou psíquico) que atinja os direitos da personalidade como honra e dignidade; nexos causal entre a conduta e o resultado danoso, conforme os artigos 5º, incisos V e X da Constituição Federal e arts. 186, 187 e 927 do Código Civil e, especificamente, aos casos de abandono afetivo os artigos 1.634, incisos I e II (alterados pela Lei 13.058 de 2014), 1.566, inciso IV todos do Código Civil, que, resumidamente, especificam ser de responsabilidade de ambos os pais os deveres de guarda, companhia, educação e sustento dos filhos menores, reafirmados pelos artigos 3º, 4º, 22 e 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente (SOUSA, 2019).

Em decorrência do exposto, constata-se que a conduta caracterizadora do abandono afetivo é voluntária e diz respeito à omissão de cuidado, a qual perfaz ato ilícito na medida em que esse dever se tornou imprescindível ao sadio desenvolvimento do infante: o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas um fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania (CARDOSO DO PRADO, 2021).

Abandonar afetivamente a prole é violar diretamente o princípio da dignidade humana. É transgredir os preceitos fundamentais assegurados pela nossa Constituição, tais como a convivência familiar e a paternidade responsável previsto no art. 227 (BONINI; DOS SANTOS ROLIN, 2017).

O desprezo, a falta de cuidado, de atenção e o descaso na criação e no convívio com o filho são indícios do abandono afetivo, que quando praticados podem provocar a responsabilização civil (BONINI; DOS SANTOS ROLIN, 2017).

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

A responsabilidade civil é o instituto que visa assegurar o ressarcimento e a reparação dos danos causados a terceiros, decorrentes da violação de um dever jurídico (BONINI; DOS SANTOS ROLIN, 2017). Responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para restaurar um dano causado pela violação do dever jurídico originário, em outras palavras, é a obrigação pecuniária de reparar um dano causado a outrem, seja ele por ação ou omissão, através da indenização (SOUZA; DE MORAES, 2019).

Ao longo da vida da criança ou do adolescente os danos dessa ausência estarão explícitos, podendo ter influências nos estudos, o receio de relacionarem com outras pessoas, ou até mesmo se tornarem pessoas inibidas, oprimidas e resoltadas. É claro que existem casos que os genitores não possuem a intenção de deixar de atuar no desenvolvimento dos filhos, no entanto, deixam de cumprir com suas responsabilidades e necessidades emocionais destes de forma omissiva e negligente (PEREIRA, 2018).

A ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) estabelece em seu artigo 19 in verbis: É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família, e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral (PEREIRA, 2018).

Disciplinando os deveres e responsabilidades dos pais em relação aos seus filhos, dispõe no art. 1.634 do Código Civil:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I- Dirigir-lhes a criação e educação;

II- Tê-los em sua companhia e guarda;

III- Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV- Nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobrevive, ou sobreveio não puder exercer o poder familiar;

V- Representa-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI- Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII-Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Ocorrendo descumprimento deste direito ocorrerão danos que no decorrer da vida do menor, será de forma irreparável, causando neles revoltos, e assim desencadeando problemas psicológicos (PEREIRA, 2018). A própria Constituição Federal garante aos filhos a assistência material e moral, incluindo nesta o afeto, o direito dos filhos, mesmo após a separação dos pais, de ter uma convivência familiar que lhes permitam ter um desenvolvimento sadio e harmonioso e que o descumprimento desse dever pode gerar uma indenização para os filhos (CARVALHO, 2017).

A dor sofrida pelo filho abandonado é exorbitante, desse modo, os pais que o abandonaram devem sofrer certa penalização, a partir do instituto da responsabilidade civil que visa a reparar o espaço vazio causado na criança abandonada, deixando um ensinamento para todos os pais que de certa forma não sabem da importância e não sabem o dever que têm de criar e educar seus filhos (LEITE *et al.*, 2018).

O nosso ordenamento jurídico tipifica a responsabilidade civil em objetiva e subjetiva, oriundas de atos ilícitos, alternando apenas na existência de culpa, devendo o sujeito a reparação pelos danos morais, e na impossibilidade deste, a conversão em pecúnia. Vale lembrar que a responsabilidade civil depende da existência da conduta dolosa ou culposa, a pura violação do afeto não gera direito a indenização, é necessário estar presente os requisitos do art. 186 do Código Civil. A negligência deriva da incapacidade de dar a criança os cuidados básicos como atenção, alimentação, afeto. O dano se configura na violação destes direitos (SOUZA; DE MORAES, 2019).

Para Souza e De Moraes (2019) a responsabilidade civil subjetiva é causada por um ato doloso ou culposos, essa conduta se caracteriza pela violação do disposto no artigo 186, do 20 Código Civil vigente, que aquele que por ação ou omissão, negligência, imprudência e imperícia, causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo, nessa modalidade há que se analisar a conduta do agente. Por outro lado, a responsabilidade objetiva independe de um ato ilícito ou mesmo da averiguação da culpa, é necessário somente o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, para que surja o dever de indenizar.

Juridicamente, a condenação por abandono afetivo é possível, uma vez constatado a existência dos requisitos essenciais de acordo com os artigos 186 e 927 do Código Civil, ou seja, a omissão do agente, o nexo causalidade entre a conduta do agente e dano psicológico, comprovado por meio de estudo psicossocial por profissionais especializado e de confiança do juiz, a fim de constatar o abalo emocional ocasionado no filho em decorrência do abandono afetivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ter acesso a um lar saudável e harmônico é direito dos filhos e dever dos responsáveis. A própria constituição garante isso. Dada à importância de proteção e a preservação do direito de convivência dos pais com seus filhos, quando aparentemente, sem qualquer motivo justificado, abandonam seus filhos afetivamente, seja por falta de amor ou por negligência, essas condutas geram um problema no desenvolvimento da personalidade da prole, portanto. Assim, esta conduta deve ser repreendida pelo Direito.

Este estudo teve como objetivo analisar o conceito de abandono afetivo e sua relação o direito a família e a sua responsabilidade civil, desta feita, foi observado vários aspectos e conceitos do abandono familiar e foi visto que ele ocorre não como uma falta de afeto por parte do genitor, mas sim, a ausência da responsabilidade quanto aos deveres com o gerado.

A violação dos deveres do genitor lesiona a integridade física, moral, intelectual e psicológica da criança, prejudicando o desenvolvimento sadio de sua personalidade, o seu amadurecimento enquanto ser humano, bem como atentando contra a sua dignidade. Desta forma, a conduta omissiva dos pais gera o dever de indenizar enquanto espécie de descumprimento de dever jurídico.

A conclusão à análise jurisprudencial é de que os critérios utilizados para se aferir a existência de dano moral indenizável decorrente do abandono afetivo são variáveis. Diante do caso concreto, o aplicador do Direito deve se pautar pela sistematicidade do ordenamento, valendo-se da multidisciplinariedade quando necessária à averiguação da extensão do dano.

Por fim, o objetivo das penalidades aplicadas é resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do abandono sofrido pelos filhos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Mercedes Ferreira de; OLIVEIRA SOBRINHO, Afonso Soares de. Direito de família e sucessões no código de processo civil/2015: a primazia da mediação para uma cultura do diálogo. *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*, v. 3, n. 1, p. 51-72, 2017. Disponível em: < <https://core.ac.uk/download/pdf/210566277.pdf> >. Acesso em: 24 de Mar de 2022.

BONINI, Ana Carolina Zordan; DOS SANTOS ROLIN, Ana Paula. Abandono afetivo: aplicabilidade da responsabilidade civil na relação paterno filial. *Revista Juris UniToledo*, v. 2, n. 02, 2017. Disponível em: < <http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/101/123> >. Acesso em: 24 de Mar de 2022.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Lei nº 8.069, 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. ano 1990. Disponível em: < <https://cutt.ly/yECVBmB> >. Acesso em 22 Abr 2022.

BRASIL. Código Civil. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014, que Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 24 de Mar de 2022.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; MORAES, Carlos Alexandre. Do reconhecimento jurídico das uniões poliafetivas como entidade familiar. Revista Jurídica Cesumar-Mestrado, v. 18, n. 3, p. 975-992, 2018. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6870>>. Acesso em: 24 de Mar de 2022.

CARDOSO DO PRADO, ANA CAROLINA. ABANDONO AFETIVO AMAR É FACULDADE, CUIDAR É DEVER. 2021. Disponível em: <<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/2379/1/ANA%20CAROLINA%20CARDOSO%20DO%20PRADO%20-%20TCC.pdf>>. Acesso em: 24 de Mar de 2022.

CARVALHO, Adriana Pereira Dantas. Responsabilidade civil por abandono afetivo: decisão do STJ. <http://www.ambitojuridico.com.br/site>, 2017. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/03/2013_03_01821_01841.pdf>. Acesso em: 24 de Mar de 2022.

DE FREITAS PIAZZA, Marina Silveira; DE LIMA TOMAZ, Loyana Christian. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE RESPALDAM A SOCIOAFETIVIDADE. In: Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania. 2021. p. 703-719. 2021. Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2496/1803>>. Acesso em: 24 de Mar de 2022.

FERREIRA, Laila Gabriela Fernandes; SOARES, Fernanda Heloisa Macedo. ANÁLISE DO DIREITO DE FAMÍLIA SOB À ÓPTICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. In: Congresso Interdisciplinar-ISSN: 2595-7732. 2019. Disponível em: <<http://anais.unievangelica.edu.br/index.php/cifaeg/article/view/5039>>. Acesso em: 24 de Mar de 2022.

KLIPPEL, Ana Paula Zanette. Paternidade socioafetiva: a família e sua evolução histórico cultural. Direito-Unisul Virtual, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/11169/1/Ana%20Paula%20Klippel.pdf>>. Acesso em: 24 de Mar de 2022.

LEITE, Tatiana Helen de Avila *et al.* Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. 2018. Disponível em: <<http://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/22345/3/RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20ABANDONO.pdf>>. Acesso em: 24 de Mar de 2022.

LOUZADA, Flávio Gonçalves; DE SOUSA TEIXEIRA, Maria Luiza. Da inclusão do abandono afetivo inverso entre as hipóteses de exclusão da sucessão. PROJEÇÃO, DIREITO E SOCIEDADE, v. 11, n. 2, p. 91-105, 2020. Disponível em: <<http://revista.faculdadeprojecao.edu.br/index.php/Projecao2/article/view/1666/1298>>. Acesso em: 24 de Mar de 2022.

MARZAGÃO, Sílvia Felipe. Princípios de Direito das Famílias: Análise de aplicação nos Tribunais Pátrios. Brazilian Journal of Development, v. 7, n. 1, p. 8264-8283, 2021. Disponível em: <<file:///C:/Users/FAM%C2%B3/Downloads/23582-60801-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24 de Mar de 2022.

MORAES, Carlos Alexandre; VIEIRA, Diego Fernandes. O direito de convivência familiar é um direito da personalidade da criança e do adolescente. Revista Jurídica Luso-Brasileira [RJLB], ano, v. 6, p. 733-758, 2020. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/1/2020_01_0733_0758.pdf>. Acesso em: 24 de Mar de 2022.

NASCIMENTO, Maria Eduarda Batista do. Responsabilidade civil pelo abandono afetivo. 2018. Disponível em:< <http://www.fucamp.edu.br/editora/index.php/direito-realidade/article/view/1685/1110>>. Acesso em: 24 de Mar de 2022.

PEREIRA, Jacqueline Lopes; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; DE OLIVEIRA, Ligia Ziggotti. A multiparentalidade e seus efeitos segundo três princípios fundamentais do Direito de Família. *Revista Quaestio Iuris*, v. 11, n. 2, p. 1268-1286, 2018. Disponível em:< <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/28886/24049>>. Acesso em: 24 de Mar de 2022.

PEREIRA, Poliana Alves. Responsabilidade civil por abandono afetivo. 2018. Disponível em:<<https://servicos.unitoledo.br/repositorio/bitstream/7574/40/3/Responsabilidade%20civil%20por%20abandono%20afetivo%20-%20Poliana%20Alves%20Pereira.pdf>>. Acesso em: 24 de Mar de 2022.

RODRIGUES, Luiza Claire Lopes. Dano moral afetivo nas relações familiares: uma análise relativa às situações de abandono afetivo dos pais sobre os filhos e de alienação parental. 2016. Disponível em:<<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/15268/1/Luiza%20Rodrigues%2021501674.pdf>>. Acesso em: 24 de Mar de 2022.

ROSA, Angelica Ferreira; DE OLIVEIRA, José Sebastião. AS RELAÇÕES POLIAFETIVAS SÃO PERMITIDAS NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO?. *Revista Argumenta*, n. 26, p. 197, 2017. Disponível em:< <https://www.proquest.com/openview/131b2dafa5c323ec23e68eee278bed10/1?pq-origsite=gscholar&cbl=2031966>>. Acesso em: 24 de Mar de 2022.

SEVERO, Elvio Renato. Alienação parental: conceito da psicologia e do direito. 2019. Disponível em:<<https://tede.utp.br/jspui/bitstream/tede/1756/2/ALIENACAO%20PARENTAL.pdf>>. Acesso em: 24 de Mar de 2022.

SILVA, Bruno César da; SCHWEIKERT, Peter Gabriel Molinari. O procedimento especial para controle das restrições ao direito à convivência familiar e comunitária: uma omissão inconstitucional. *Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, v. 5, n. 26, p. 35-49, 2020. Disponível em:<https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/66130289/Artigo_procedimento_de_aplicacao_e_execucao_da_medida_de_acolhimento-with-cover-page-v2.?Expires=1647962507&Signature=UGvPMeAP4vTILF1La20P2BDrgcHNCXLLF5RPo3UljJVVVjSfbXC79H2uI7cwU~xORsj3czakk4ww2x~c7qnu-50fx2QwwfA033W~OMo7gRXaI5he7YI3Xu-uOO4nvKvl-ctpwhgxQlc3CGv1ygWTksdcC7rC6kzoAmSstVmy2GIMSCGHQeGYfx8jnvMVN7dcEVf14h2lv-X5WEIn5oK2Sd2VeaO1bbTmqc2y0xAPwY8N1vWmwidiQkCUHjJrTST1Lu63X7pYiTikFdOTmv-fmwZdYuF89o1cLz5xMRDLDE5OHZuxbirjJ1ogoTcMZenoyCDdZLnC3fJhpVJyt2THmwig__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA>. Acesso em: 24 de Mar de 2022.

SOUSA, Ana Karlene Siqueira. Abandono afetivo. *Virtù: Direito e Humanismo*, v. 1, n. 19, 2019. Disponível em:< <http://revistas.icesp.br/index.php/Virtu/article/view/68/310>>. Acesso em: 24 de Mar de 2022.

SOUZA, Alessandro de Almeida Santana; DE MORAES, Eduarda Evilyn Correa. Responsabilidade civil pelo abandono afetivo. *Direito & Realidade*, v. 7, n. 9, 2019. Acesso em:< <http://www.fucamp.edu.br/editora/index.php/direito-realidade/article/view/1685/1110>>. Acesso em: 24 de Mar de 2022.

TONETTO, Leandro Miletto; BRUST-RENCK, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Perspectivas metodológicas na pesquisa sobre o comportamento do consumido. *Psicologia: Ciência e Profissão*, v. 34, p. 180-195, 2014. Disponível em:< <https://www.scielo.br/j/pcp/a/b4YYN9wycwMHNhdMn9dVXsv/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 24 de Mar de 2022.

A efetiva normatização do teletrabalho: a nova regulação disposta na medida-provisória 1.108/22

Ricardo Ovídio de Oliveira Lima

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1645-7537>

Thalita Kelle Pires Beserra

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2693-8702>

Pedro Victor Miranda de Oliveira

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0478-8766>

Jose Rosman Varjão Alves de Albuquerque

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4097-4478>

Isabele Thalyta Oliveira Andrade de Melo

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6771-3652>

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.20

RESUMO

O presente texto visa esclarecer as especificidades da modalidade do teletrabalho, que teve alterações recentes advindas da reforma trabalhista por meio da Lei n. 13.467/17, da Medida Provisória n. 927/2020 e da recente também Medida Provisória n. 1.108/22. Com a emergência sanitária da COVID-19, as relações de emprego tiveram mudanças substanciais e significativas, haja vista o fechamento de sedes empresariais e a proibição de circulação de pessoas, que por consequência impediu os trabalhadores de se deslocarem para as atividades laborais de forma presencial. Para tornar a construção do presente texto possível, utilizou-se a metodologia da pesquisa bibliográfica, através do levantamento de literatura onde foi possível analisar de forma qualitativa os dados, ideias e percepções trazidas pelos teóricos estudados e triangulação de dados dos órgãos oficiais de pesquisa. No presente artigo observou-se que as vantagens do teletrabalho são diversas, otimizando o tempo da consecução das atividades, inclusive. De outra maneira, a legislação pátria vem trazendo proteção a essas novas formas de trabalho e relação de emprego, a qual já se mostrou um caminho contínuo de avanço, frente a inserção de novas tecnologias e perspectivas no atingimento dos objetivos organizacionais.

Palavras-chave: teletrabalho. medida-provisória N° 1.108/22. legislação. normas.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O contrato individual de trabalho é majoritariamente realizado de forma presencial, na sede/estabelecimento comercial do contratante, que deve ser realizado de forma contínua, devendo ser prestado com continuidade pelo tempo, com subordinação, onde o empregado realiza suas atividades com obrigações de cumprimento, de forma onerosa já que o empregado deve receber remuneração pelos serviços prestados e com pessoalidade, haja vista o contrato ser “*intuitu personae*” e assim o empregado não pode se fazer substituir por outra pessoa.

O conceito de teletrabalho ainda gera divergências na doutrina e alguns conflitos da própria jurisprudência, por existirem diversos questionamentos acerca da comprovação do cumprimento da pessoalidade na execução do serviço e na comprovação da produtividade e da jornada de trabalho.

Por teletrabalho entende-se que ela é a forma de prestação de serviço mais flexível, tendo em conta que transforma o local de prestação do serviço bem como a jornada, em determinados casos, em suma, com essa modalidade inexistente necessidade de coabitação entre o empregador e o empregado, pois se pressupõe que a mesma deve ser exercida “a distância”.

Como já mencionado, o cumprimento das obrigações da relação de emprego se realiza majoritariamente de forma presencial e em raríssimos casos, a exemplo de funções de tecnologia da informação, se dá de forma remota.

A pandemia da COVID-19, decretada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) em março de 2020 (CONTRERAS; BAYKAL; ABID, 2020) e pelo decreto legislativo 06/20, onde foi estabelecida a ocorrência de estado de calamidade pública, da Lei 13.979/20 que instituiu medida de emergência para o enfrentamento do vírus, determinou entre outras, possibilidade de isolamento e quarentena e medida provisória 927/20 fizeram com que os institutos do teletrabalho, trabalho remoto e home-office viessem à baila como possibilidade para a continuidade da

atividade comercial e preservação de empregos.

Assim, a análise do teletrabalho e as recentes mudanças legislativas se faz necessária para a compreensão do tema e uma maior e melhor aplicação da norma.

METODOLOGIA

Em relação a metodologia utilizada na pesquisa, essa teve o intuito contribuir para alcançar os objetivos propostos, bem como resolver a solução da pergunta norteadora, sendo assim, a metodologia usada do estudo fora uma pesquisa bibliográfica com abordagem qualitativa.

De acordo com Lakatos e Marconi (2010), os métodos de pesquisa utilizado para o presente estudo sugere que o pesquisador se associe, diretamente, com o que foi escrito, dito ou filmado sobre determinado assunto, inclusive as conferências seguidas de debates que tenham sido transcritos por algumas formas, querem publicadas, quer gravadas.

Com as pesquisas bibliográficas, foi possível explicitar os fins que o presente trabalho visava, isto é, tornou possível a observação das mudanças no teletrabalho nos últimos anos.

Ainda sobre a pesquisa bibliográfica, é notória sua relevância para enriquecer a pesquisa do autor como mencionado acima, e sobre tal pensamento, Fonseca (2002) aduz que:

A pesquisa bibliográfica é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de web sites. Qualquer trabalho científico inicia-se com uma pesquisa bibliográfica, que permite ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto. Existem, porém pesquisas científicas que se baseiam unicamente na pesquisa bibliográfica, procurando referências teóricas publicadas com o objetivo de recolher informações ou conhecimentos prévios sobre o problema a respeito do qual se procura a resposta.

Assim, percebe-se que utilizando o método de pesquisa bibliográfica é possível tornar o trabalho mais rico de informações, pois as argumentações do autor da pesquisa serão consubstanciadas nas ideias, pesquisas e projetos já realizados por outros autores, fomentando assim o resultado que o autor inicialmente pretendia chegar.

Para o estudo bibliográfico foram utilizados artigos científicos, e legislação jurídica brasileira, também foi usada a mais recente doutrina, assim a pesquisa foi restrita, pois os materiais selecionados para pesquisados foram somente aqueles que tratassem do tema proposto e daqueles que tivesse objetivos semelhantes.

CONCEITO DE TELETRABALHO

Para Cassar (2015) teletrabalho significa trabalho à distância, trabalho realizado fora do estabelecimento do empregador.

Já Martinez (2020) menciona que:

O teletrabalho é mais do que uma modalidade de trabalho em domicílio. É um conceito de organização laboral por meio da qual o prestador dos serviços encontra-se fisicamente ausente da sede do empregador, mas virtualmente presente, por meios telemáticos, na construção dos objetivos contratuais do empreendimento.

Analisando etimologicamente a palavra teletrabalho encontra-se que “tele” significa longe, distancia ou distante.

Fincato e Stumer (2020) conceituam que:

O teletrabalho é modalidade especial de trabalho a distância, tipo específico, contido neste. Não à toa, o legislador reformista o colocou com requisitos específicos e formalidades intrínsecas à contratação, que o fazem um contrato de tipo especial. No teletrabalho, conjugam-se elementos que permitem identificar algo além do mero trabalho fora do estabelecimento (sede física) do empregador. Tem-se a presença obrigatória da tecnologia da comunicação e informação, quer como ferramenta de trabalho, quer como mediadora da distância relacional, ou até como próprio espaço (virtual) de trabalho

Para Leite (2021):

O teletrabalho é uma espécie de trabalho a distância, e não de trabalho em domicílio. A razão é simples: o teletrabalho não se limita ao domicílio, podendo ser prestado em qualquer lugar. Na verdade, o teletrabalho ocorre em ambiente virtual e, como tal, é situado no espaço, não se alterando, portanto, a definição de localidade que, no Direito do Trabalho, é estabelecida segundo a eficácia da lei trabalhista no espaço.

A subordinação jurídica no teletrabalho é mais tênue e é efetivada por meio de câmeras, sistema de logon e logoff, computadores, relatórios, bem como ligações por celulares, rádios etc.

A Organização Internacional do Trabalho – OIT, desde 1996, por meio da convenção nº 177, classificava o teletrabalho como *“forma de trabalho efetuada em lugar distante do escritório central e/ou do centro de produção, que permita a separação física e implique o uso de uma nova tecnologia facilitadora da comunicação”*.

Assim, podemos conceituar o teletrabalho como uma modalidade de relação de emprego onde o empregado realiza as suas atividades habituais em local diverso da sede empresarial, mediante a utilização de meios digitais de labor, que possibilita ao trabalhador flexibilidade para a prestação do serviço.

DIFERENÇAS ENTRE TELETRABALHO TRABALHO REMOTO E HOME-OFFICE

Para um melhor entendimento desse tipo jurídico é necessária que se faça uma diferenciação desses tipos, pois o teletrabalho é comumente conhecido como home office e ambos não são sinônimos.

Moraes Filho (1994) já bem conceituava home-office como sendo o que realiza o operário, habitual ou profissionalmente, em sua própria habitação ou em local por ele escolhido, longe da vigilância direta do empregador, ou em oficina de família, com auxílio dos parentes aí residentes ou algum trabalhador externo, sempre que o faça por conta e sob a direção de um patrão.

Insta salientar que home-office não possui expressa previsão legal e assim não necessária nenhuma alteração no contrato de trabalho ou formalização daquela ocorrência. Assim, se observa que trabalho em domicílio pode ser executado tanto pelo trabalhador que realiza serviços manuais ou até artesanais, como pelo trabalhador que exerce atividade intelectual, e que repassa o fruto do seu trabalho ao contratante através de equipamentos de informática ou outros meios digitais. Lima et al (2021) menciona que essa espécie é como se a empresa contratante

tivesse uma “extensão” na casa do empregado, sem ocorrer nenhuma alteração nas condições do trabalho.

Assim o funcionário que estiver em home-office precisa seguir a jornada determinada no contrato, incluindo o descanso intrajornada e demais obrigações, podendo a qualquer momento retornar ao labor no local determinado pela empresa.

Trabalho remoto pode ser conceituado como o trabalho realizado à distância e por meio do uso de tecnologias de comunicação, sendo exercido distante do contratante.

Assim, observa-se que os termos gerais trabalho remoto e teletrabalho possuem semelhanças e uma uniformidade de procedimentos para a sua configuração. Corroborando com esse entendimento a Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividade – SOBRATT (2011), entende que trabalho remoto é o mesmo que teletrabalho, e que todo teletrabalho é realizado de forma remota, contudo, nem todo trabalho remoto poderia ser classificado como teletrabalho porque o mesmo pode ser realizado dentro das dependências da empresa.

EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO TELETRABALHO NO BRASIL

A elaboração das leis modernas, deriva da atuação do estado, e, em especial, do poder legislativo. Entretanto o seu processo legislativo, em muitos casos, não possui a rapidez e o interesse necessário, por parte dos responsáveis competentes, do para acompanhar as modificações sociais e a tipificação do teletrabalho incorreu nesse fato.

O trabalho a distância foi inserido pela primeira vez na legislação trabalhista em 2011, pela Lei 12.551, que alterou a redação do artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) para incluir essa modalidade, tendo como redação:

“Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

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.” (NR)

Com a evolução da sociedade e das relações de emprego, com a progressiva popularização dos trabalhos de tecnologia e por consequente a adoção do teletrabalho, ampliou-se a necessidade de regulamentar essa espécie de contrato. Em 2017, com o advento da reforma trabalhista, lei 13.467/2017, instalou um novo capítulo à CLT, dedicado ao tema no Título II, “das normas gerais de tutela do trabalho”, no capítulo II-A, que foi criado especificamente para abarcar a legislação dessa matéria.

Os novos dispositivos legais constituíram conceito legal ao teletrabalho, estabeleceram limites à sua aplicação, regulamentaram sua forma de adesão e indicaram os meios tecnológicos envolvidos neste processo.

Em 2020, foi editada Medida Provisória 927, que instituiu normas para enfrentamento do estado de calamidade pública decorrente do COVID-19 e permitiu a alteração do regime de trabalho presencial para o teletrabalho independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos e dispensou o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho. A citada

medida provisória também estendeu essa modalidade para os estagiários e os aprendizes.

Em 28 de março de 2022, foi publicada a medida provisória 1.108/22, que trouxe novos ditames legais para essa modalidade de contrato de emprego, como será melhor analisado posteriormente analisado

MEDIDA-PROVISÓRIA Nº 1.108/22

A medida provisória nº 1.108/22, publicada no diário oficial da união em 28 de março de 2022, regulamentou, de forma efetiva, o trabalho híbrido, objetivando uma maior segurança jurídica às relações trabalhistas existentes.

Essa nova legislação modernizou e trouxe uma maior clareza conceitual e por consequente uma segurança jurídica para as relações trabalhistas regidas pela modalidade, em complemento às inovações já trazidas pela Lei nº 13.467, de 2017.

A MP 1.108/22 possui os seguintes termos:

Art. 6º A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art.62.....

III - os empregados em regime de teletrabalho que prestam serviço por produção ou tarefa.
.....” (NR)

“Art. 75-B. Considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não se configure como trabalho externo.

§ 1º O comparecimento, ainda que de modo habitual, às dependências do empregador para a realização de atividades específicas, que exijam a presença do empregado no estabelecimento, não descaracteriza o regime de teletrabalho ou trabalho remoto.

§ 2º O empregado submetido ao regime de teletrabalho ou trabalho remoto poderá prestar serviços por jornada ou por produção ou tarefa.

§ 3º Na hipótese da prestação de serviços em regime de teletrabalho ou trabalho remoto por produção ou tarefa, não se aplicará o disposto no Capítulo II do Título II desta Consolidação.

§ 4º O regime de teletrabalho ou trabalho remoto não se confunde e nem se equipara à ocupação de operador de telemarketing ou de teletendimento.

§ 5º O tempo de uso de equipamentos tecnológicos e de infraestrutura necessária, e de softwares, de ferramentas digitais ou de aplicações de internet utilizados para o teletrabalho, fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

§ 6º Fica permitida a adoção do regime de teletrabalho ou trabalho remoto para estagiários e aprendizes.

§ 7º Aos empregados em regime de teletrabalho aplicam-se as disposições previstas na legislação local e nas convenções e acordos coletivos de trabalho relativas à base territorial do estabelecimento de lotação do empregado.

§ 8º Ao contrato de trabalho do empregado admitido no Brasil que optar pela realização de teletrabalho fora do território nacional, aplica-se a legislação brasileira, excetuadas as disposições constantes na Lei nº 7.064, de 6 de dezembro 1982, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes.

§ 9º Acordo individual poderá dispor sobre os horários e os meios de comunicação entre empregado e empregador, desde que assegurados os repouso legais.” (NR)

“Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho ou trabalho remoto deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho.

.....

§ 3º O empregador não será responsável pelas despesas resultantes do retorno ao trabalho presencial, na hipótese do empregado optar pela realização do teletrabalho ou trabalho remoto fora da localidade prevista no contrato, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes.” (NR)

“Art. 75-F. Os empregadores deverão conferir prioridade aos empregados com deficiência e aos empregados e empregadas com filhos ou criança sob guarda judicial até quatro anos de idade na alocação em vagas para atividades que possam ser efetuadas por meio do teletrabalho ou trabalho remoto.” (NR)

Assim, diante da citada legislação podemos enxergar as seguintes mudanças legislativas:

- A medida provisória passa a tratar como sinônimo teletrabalho e trabalho remoto;
- O controle de jornada passa a ser obrigatório para os empregados em regime de teletrabalho, sendo excluído os empregados em teletrabalho que prestam serviço por produção ou tarefa;
- Caso o trabalhador tenha que comparecer às dependências da empresa, mesmo que de forma habitual, não ocorrerá desvirtuamento do contrato de trabalho assinado;
- Ficou expresso de forma clara que de teletrabalho ou trabalho remoto não se confunde e nem se equipara ao operador de telemarketing ou de teleatendimento;
- A utilização dos equipamentos tecnológicos usados para o trabalho, em momento diverso da jornada de trabalho normal, não configura tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso;
- A CLT e a lei do estágio não versam sobre a possibilidade do teletrabalho para aprendizes e estagiários, entretanto a MP veio trouxe essa possibilidade;
- A legislação que será aplicada ao empregado em teletrabalho é aquela relativa à da sede do estabelecimento ao qual o empregado está vinculado contratualmente, ou seja, as convenções e acordos coletivos são os da sede da empresa;
- Caso exista contrato de trabalho do empregado admitido no Brasil que realiza a modalidade de teletrabalho fora do território nacional, será aplicada a legislação nacional, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes e ratificadas no contrato;
- Empregador e empregado poderão, mediante acordo individual, sem auxílio sindical, determinar regras sobre os horários e meios de comunicação no teletrabalho, entretanto os repouso legais deverão ser mantidos;

- Em casos onde o empregador determine o retorno do empregado ao regime presencial, o empregador não será obrigado a arcar com os eventuais custos de transporte ou mudança se o empregado optou por trabalhar remoto fora da localidade prevista no contrato de trabalho;
- A nova legislação estabeleceu uma prioridade aos empregados com deficiência e aos empregados com filhos ou que tenham crianças sob guarda judicial, com limite de idade até 04 (quatro) anos, na alocação em vagas para atividades que possam ser efetuadas por meio do teletrabalho ou trabalho remoto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O teletrabalho recebeu regulamentação inicial com o advento da Lei nº 13.467/2017, estando disposto no capítulo II-A, mais especificadamente pelos arts. 75-A ao 75-E da CLT, derivando de uma mudança social e de relações de emprego, em decorrência das evoluções tecnológicas.

A COVID-19 mudou o mundo e a toda a forma de como as pessoas normalmente trabalham, acarretando com que os empregadores tivessem que acelerar futuro das atividades comerciais.

O teletrabalho contribui com a otimização do tempo do trabalhador, haja vista inexistir necessidade de deslocamento até a sede da empresa, e também oferece ao empregador uma diminuição de custos de manutenção da empresa e da infraestrutura.

É certo que ainda existem lacunas nas relações de emprego na modalidade de teletrabalho, que certamente irá gerar diversas interpretações acerca do tema, a exemplo da ergonomia e das condições de trabalho fatores que servem como prevenção a acidentes de trabalho e doenças ocupacionais.

Apesar de tudo, o estado não pode deixar de abarcar e legislar sobre o teletrabalho, pois ele é um caminho sem volta diante da modificação das necessidades do mercado de trabalho em decorrência dos novos tempos, mas é válido salientar que não pode ser usado como artifício de restringir direitos e condenar o teletrabalhador a retrocesso social.

A posterior análise da efetiva aplicação da nova lei, baseará a continuação desse estudo, de forma a ver quais as novas aplicações foram efetivadas e as que não tiveram proveito efetivo.

REFERÊNCIAS

BORGES, Lucas Joaquim. Teletrabalho e home office não são a mesma coisa!. Migalhas, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/346401/teletrabalho-e-home-office-nao-sao-a-mesma-coisa>

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

_____. Lei n. 12.551/11, de 15 de dezembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12551.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2012.551%2C%20DE%20

15,por%20meios%20pessoais%20e%20diretos.

_____. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm

_____. Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>

_____. Medida Provisória n. 1.108 de 25 de março de 2022. Disponível em: <https://in.gov.br/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.108-de-25-de-marco-de-2022-388651514> n

BRITO, Annie Mara Arruda de Sá; MELO, Sandro Nahmias de. A pandemia do teletrabalho e os riscos à saúde do trabalhador. Nova Hileia | Revista Eletrônica de Direito Ambiental da Amazônia. ISSN: 2525 – 4537, [S.l.], v. 10, n. 1, jan. 2022. ISSN 2525-4537. Disponível em: <<http://periodicos.uea.edu.br/index.php/novahileia/article/view/2430>>

CASSAR, Vólia Bomfim; *et al.* MP 936 – Medidas Trabalhistas para o enfrentamento da crise. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=TJ-YytPp6Mw>.

Cartilha de teletrabalho e teleatividades. Sobratt - Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades. Disponível em: <https://www.sobratt.org.br/cartilha-de-teletrabalho/>

CONTRERAS, F.; BAYKAL, E.; ABID, G. E-Leadership and teleworking in times of COVID-19 and beyond: what we know and where do we go. *Frontiers in Psychology*, v. 11, p.2484, 2020 doi: 10.3389/fpsyg.2020.59027

CUNHA, Silvia. Entenda as diferenças entre trabalho remoto e teletrabalho. Sinditest-PR, 2021. Disponível em: <https://www.sinditest.org.br/entenda-as-diferencas-entre-trabalho-remoto-e-teletrabalho/>

FINCATO, D. P.; CRACCO, H. B; SORIA, J. S. de chappe a nilles: a evolução da tecnologia no trabalho e a invenção do teletrabalho – uma revisão necessária. In: Teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha: Tomo I / organizadores Carlos Luiz Strapazzon. Rodrigo Goldschmidt, Robinson Tramontina. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2013, p. 109-122.

FINCATO, Denise.; STURMER, Gilberto. A Reforma Trabalhista Simplificada: Comentários à Lei nº13.467/2017. Porto Alegre: Edipucrs, 2019

FONSECA, J. J. S. Metodologia da pesquisa científica. Fortaleza: UEC, 2002. Apostila.

FINCATO, Denise.; STURMER, Gilberto. Teletrabalho em tempos de calamidade por covid19: impacto das medidas trabalhistas de urgência. O Direito do Trabalho na crise da COVID-19 / coordenadores Alexandre Agra Belmonte, Luciano Martinez, Ney Maranhão – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

LIMA, R. O. de O.; BESERRA, T. K. P. .; FORMIGA, N. S. . Contratos públicos e o seu gerenciamento por parte do chefe do executivo municipal. *Research, Society and Development*, [S. l.], v. 10, n. 10, p. e115101018382, 2021. DOI: 10.33448/rsd-v10i10.18382. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/18382>. Acesso em: 26 abr. 2022.

LIMA, R. O. de O.; BESERRA, T. K. P. .; OLIVEIRA, P. V. M. de .; SILVA, J. M. .; ALBUQUERQUE, J. R. V. A. de .; ANDRADE , I. T. O. .; FORMIGA, N. S. . Reflections on employment relations at a time of the

COVID-19 pandemic. Research, Society and Development, [S. I.], v. 10, n. 15, p. e463101521783, 2021. DOI: 10.33448/rsd-v10i15.21783. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/21783>.

LIMA, R. O. de O. .; BESERRA, T. K. P. .; OLIVEIRA, P. V. M. de .; SILVA, J. M. .; ALBUQUERQUE, J. R. V. A. de .; MELO, I. T. O. A. de . The unconstitutionality of state and municipal curfews. Research, Society and Development, [S. I.], v. 11, n. 2, p. e9811221863, 2022. DOI: 10.33448/rsd-v11i2.21863. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/21863>.

LIMA, R. O. de O. .; BESERRA, T. K. P. .; OLIVEIRA, P. V. M. de .; SILVA, J. M. .; ALBUQUERQUE, J. R. V. A. de .; MELO, I. T. O. A. de .; FORMIGA, N. S. A ingerência contratual e os danos a Administração Pública Municipal. Research, Society and Development, [S. I.], v. 10, n. 14, p. e63101421575, 2021. DOI: 10.33448/rsd-v10i14.21575. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/21575>. Acesso em: 26 abr. 2022.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. Metodologia científica: ciência e conhecimento científico, métodos científicos, teoria, hipóteses e variáveis. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MAZZEI NOGUEIRA, Arnaldo; CAMPOS PATINI, Aline. Trabalho remoto e desafios dos gestores. RAI - Revista de Administração e Inovação, vol. 9, núm. 4, outubro-diciembre, 2012, pp. 121-152 Universidade de São Paulo São Paulo, Brasil.

MORAES FILHO, Evaristo de. Trabalho a domicílio e contrato de trabalho. São Paulo: LTr, 1994.

NETO, Rodolfo Carlos Weigand; DE SOUZA, Gleice Domingues. Reforma Trabalhista: impacto no cotidiano das empresas. São Paulo: Trevisan Editora, 2018.

PANTOJA, M. J.; ANDRADE, L. L. S.; OLIVEIRA, M. A. M. Qualidade de vida no teletrabalho compulsório: percepções de trabalhadores de uma organização pública brasileira. Revista da UI_IPSantarém, v. 8, n. 4, p. 80-94, 2020.

PANTOJA, M. J.; FIGUEIRA, T. G.; OLIVEIRA, M. A. M.; ANDRADE, L. L. S.; BONASSI, B. C. P.; REGO, V. B.; CARVALHO, M. G. Relatório de pesquisa qualidade de vida no teletrabalho e indicadores de saúde mental no contexto da COVID-19. Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

PANTOJA, M. J.; FIGUEIRA, T. G.; OLIVEIRA, M. A. M.; ANDRADE, L. L. S. Revista da UI_IPSantarém. v. 8, n. 4, p. 80-94, 2020.

Pesquisa home office 2020. Sap Consultoria, 2020. Disponível em:<<https://sapconsultoria.com.br/wpcontent/uploads/2020/12/pesquisahomeoffice2020.pdf>

Pesquisa SAP reduzida. Sobratt, 2020. Disponível em:<http://www.sobratt.org.br/site2015/wpcontent/uploads/2018/12/PESQUISA-SAP-REDUZIDA.pdf>

Saiba as diferenças entre teletrabalho, home office, trabalho externo e trabalho híbrido. Firjan, 2021. Disponível em: <https://www.firjan.com.br/noticias/saiba-as-diferencas-entre-teletrabalho-home-office-trabalho-externo-e-trabalho-hibrido-1.htm>

Pesquisa homeoffice 2018. Sobratt - Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades,2018. Disponível em: <http://www.sobratt.org.br/site2015/wpcontent/uploads/2018/12/PESQUISA-SAP-REDUZIDA.pdf>

_____.Pesquisa Home Office Brasil 2020. 2020. Disponível em:<<https://sapconsultoria.com.br/>

wpcontent/uploads/2020/12/pesquisahomeoffice2020.pdf>

_____.Pesquisa homeoffice teletrabalho compulsório: percepções de trabalhadores de uma organização pública brasileira, 2020. Disponível em: <https://www.sobratt.org.br/17122020-resultados-pesquisa-home-office-2020/>

A defensoria pública como importante instrumento de acesso à justiça

Cleberson da Cunha Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.21

RESUMO

O Estado tem o poder-dever de prestar acesso amplo à justiça, sendo um de seus importantes instrumentos a disponibilização dos serviços da defensoria pública, considerando a história das constituições brasileiras e as ondas de acesso, cada vez mais vem crescendo a defensoria brasileira.

Palavras-chave: estado. poder-dever. acesso à justiça. defensoria pública.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a importância da Defensoria Pública como importante instrumento de acesso à justiça aos cidadãos, fazendo cumprir a missão do poder público implantando efetivamente um Estado Democrático de Direito onde todos independente de sua classe social ou poder aquisitivo podem fazer valer seus direitos acessando o poder judiciário.

O Estado tem como uma de suas missões institucionais instrumentalizar a possibilidade de seu povo usufruir dos direitos e garantias estabelecidos em sua legislação. Não bastando se autolimitar para impedir abusos e excessos, devendo antes dar aos administrados instrumentos capazes de concretizar o acesso à justiça. Nesse contexto surge a Defensoria Pública, como instrumento máximo de acesso à justiça aos hipossuficientes, que será estudada no decorrer do presente trabalho.

DESENVOLVIMENTO

História da defensoria nas Constituições brasileiras

Faremos aqui uma breve análise histórica das Constituições brasileiras, bem como das Emendas Constitucionais que trouxeram impacto na Defensoria Pública. O tema tem sido constantemente exigido em provas, por isso é importante o estudo nesse momento.

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira Constituição a assegurar expressamente, como direito e garantia individual, a assistência judiciária aos necessitados por meio de "órgãos especiais" que deveriam ser criados para esse fim.

A Constituição de 1937, outorgada pelo presidente Getúlio Vargas, não previu o direito de assistência judiciária, porém o CPC de 1939 e o Código Penal de 1941, disciplinaram, respectivamente, os institutos da justiça gratuita e a figura do advogado dativo.

A Constituição de 1946 tratou do tema "assistência judiciária", concedendo aos necessitados. A Constituição Federal de 1967, como a constituição anterior, concedeu assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei. E a Emenda Constitucional nº 1/1969, manteve o texto.

A Constituição Federal de 1988, tratou do tema "assistência jurídica", adotando o modelo público, concedendo de forma integral e gratuita. Emenda Constitucional nº 45/2004 conferiu

às defensorias estaduais a autonomia funcional e administrativa, bem como a iniciativa de sua proposta orçamentária. Além disso, incluiu a DP na regra do repasse mensal (duodécimo) dos recursos relativos à sua dotação orçamentária.

A Emenda Constitucional nº 69/2012 transferiu a competência de organizar e manter a DPDF da União para o próprio DF. Obs.: alguns entendem que a DPDF conquistou implicitamente a autonomia administrativa e funcional com essa emenda. Emenda Constitucional nº 74/2013: Atribuiu autonomia funcional e administrativa, bem como a iniciativa de proposta orçamentária para DPDF e DPU de forma expressa.

Finalmente, a Emenda Constitucional nº 80/2014 deu a Defensoria Pública seção própria na Constituição Federal e saiu da seção "Da Advocacia", trouxe os princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional. Acrescentou ainda o art. 98 da ADCT, vejamos:

Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população. § 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo. § 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.

A defensoria como instrumento de assistência jurídica integral

A Defensoria Pública surge como instrumento para concretização do dever do Estado em prestar *assistência jurídica integral e gratuita* (art. 5º, inciso LXXIV da CF/88). Essa missão institucional primordial está amplamente relacionada ao acesso à justiça aos necessitados.

Assim, vamos fazer uma breve análise sobre as ondas renovatórias de acesso à justiça.

Doutrina importante é o estudo promovido por Mauro Cappelletti e Bryan Garth, realizado em Florença, que detectaram a existência de 3 ondas renovatórias de acesso à justiça, segundo aponta Pedro Lenza.¹

A primeira onda concentra-se na assistência judiciária para os pobres (hipossuficientes), assentando sua premissa no aspecto econômico. No Brasil a expressão seria a Lei nº 1.060/1950.

A segunda onda está relacionada aos direitos supraindividuais, direitos difusos, coletivos e individual homogêneo. Marco legal é o art. 129 e 134 da CF/88 e a Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública).

A terceira onda tem enfoque no acesso à justiça, buscando instrumentos de simplificação, métodos e alternativas para solução de conflitos. Trata-se de efetividade da justiça, deixando de lado aspectos mais técnicos e dando ênfase a um processo efetivo. Aqui o juiz ganha grande importância na condução do processo, buscando não apenas cumprir uma formalidade, mas tornar o processo mais efetivo. Exemplo é a Lei nº 9.099/95, assim como o novo Código de Processo Civil que buscou simplificar o acesso à justiça e aumentar os meios alternativos de soluções de conflitos por meio da autocomposição, e no âmbito constitucional a maior expressão está no já citado art. 5º, inciso LXXIV da CF/88.

¹Modernamente se fala em quarta onda e quinta onda. A quarta onda relaciona-se ao
1 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 18ª edição. São Paulo, Saraiva: 2014, pp. 985.

valor de justiça, mostrando a justiça como valor e não como mero instrumento. A quinta onda diz respeito à internacionalização dos direitos humanos.

Há de se distinguir a justiça gratuita, da assistência judiciária e ainda da gratuidade de justiça. Os conceitos citados estão umbilicalmente ligados à necessidade de uma *ordem jurídica justa* (Kazuo Watanabe), onde se busca não apenas um acesso do jurisdicionado ao processo, mas uma efetividade do processo.

Embora tenha como fundamento o acesso à justiça, esses 3 conceitos não se confundem, portanto, não são sinônimos.

A justiça gratuita se refere à isenção do pagamento de custas, taxas, emolumentos e despesas processuais.

A assistência judiciária se relaciona com a isenção do pagamento das custas, taxas, emolumentos e despesas processuais, mais o patrocínio de causa por advogado podendo ser prestado por atividade estatal ou não estatal. Esse conceito se limita à defesa no âmbito judicial. Cabe aqui uma observação: Historicamente a Constituição de 1934 foi a primeira a prever em caráter inédito, que a União e os Estados deveriam conceder *assistência judiciária* aos necessitados.

Modelos de assistência judiciária gratuita

Existem alguns modelos de assistência judiciária, vamos estudar eles:

No modelo caritativo ou honorífico ou *pro bono* a prestação de assistência é caridade; que pode ser concedida por advogados. O Estado não se responsabiliza pela prestação do serviço.

O modelo público ou staff model, *Salaried of Staff* - Estado cria uma estrutura com dedicação exclusiva de servidores públicos. São as defensorias públicas. *No Brasil, o constituinte 1988 fez opção pelo salaried staff model*, criando um organismo específico, a Defensoria Pública, para o desempenho da assistência jurídica integral e gratuita, conforme se lê no artigo 134 da CF/88.

Já no modelo *Judicare* esse acesso é prestado por advogados privados remunerados pelo Estado (é o famoso advogado dativo).

Por fim, o modelo híbrido ou misto mistura a existência do *judicare* (explicação acima) e público (*salaried of staff*).

Para o STF não há obrigatoriedade de convênios com instituições privadas ou com a OAB para essa prestação em sistema misto, mas esses convênios não são vedados, pois as Defensorias Públicas ainda gozam de estrutura insuficiente e precisam dessa complementação. (ADI4164).

Somente é possível a prestação pelo poder público de assistência jurídica a população carente por não defensores públicos em caso de situação excepcional e temporária.

Conceito mais amplo é o de assistência jurídica que abrange os dois conceitos anteriores e mais toda assessoria fora do processo judicial (extrajudicial). Esse é o conceito previsto no

art. 5º, inciso LXXIV da CF/88. Assim, a Defensoria Pública atua no âmbito judicial e extrajudicial como previsto expressamente no art. 1º, ora comentado.

O conceito de assistência jurídica integral e gratuita foi cunhado pela primeira vez, na Constituição Federal de 1998, no já citado art. 5º, inciso LXXIV.

A concessão de assistência jurídica gratuita é atribuição do Defensor Público, diferente da gratuidade de justiça que compete ao juiz da causa.

Assim, a Defensoria presta assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

O STF em decisão acertada considerou inconstitucional lei estadual que determinou à Defensoria Pública a atribuição de fazer a defesa judicial dos servidores públicos processados em virtude do exercício do cargo (ADI 3.022-RS, Informativo 355), uma vez que estaria deturpando a finalidade da Defensoria em prestar assistência a quem não possui condições de acesso à justiça.

O conceito de necessitado ou aquele que comprove insuficiência de recursos tratam-se de conceitos jurídicos indeterminados. Não se pode confundir o conceito jurídico indeterminado com cláusula geral. Segundo Fredie Didier o conceito jurídico indeterminado não estabelece o conceito do termo nem a consequência jurídica, ex. o conceito de devido processo legal. Já conceito jurídico indeterminado embora não haja determinação do conceito, há previsão das consequências jurídicas, ex. o caso do conceito de hipossuficiente no caso do art. 5º inciso LXXIV, já que a consequência é a possibilidade de ser atendido pela Defensoria Pública.²

Não apenas a pessoa natural, mas a pessoa jurídica também é destinatária da norma, assim tem reconhecido a jurisprudência do STJ, havendo a seguinte diferença, sendo a entidade sem fins lucrativos, há presunção de sua hipossuficiência, bastando afirmação nos autos. Se, no entanto, se tratar de entidade com fins lucrativos, há necessidade de demonstração da impossibilidade de custear as despesas processuais.

A defensoria na constituição federal de 1988

O melhor conceito de Defensoria Pública é o extraído do próprio texto constitucional, art. 134, caput, da CF/88 (redação dada pela EC nº 80/2014), vejamos: A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Compete à União, Estados e Distrito Federal legislar concorrentemente sobre assistência jurídica e defensoria pública (competência concorrente).

Nos termos do art. 24, inciso XIII, §1º e §2º da CF/88 compete à União legislar sobre normas gerais relativos à assistência jurídica e Defensoria Pública; e os Estados e o Distrito Federal sobre normas específicas.

² DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, 11ª edição. Salvador, Juspodivm: 2009, pp. 67.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

XIII - assistência jurídica e Defensoria pública;

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

Vale aqui destacar que é competência da União organizar e manter a Defensoria Pública dos Territórios Federais, no entanto, a Defensoria Pública do Distrito Federal é de competência do próprio Distrito Federal após a EC nº 69/2012 que alterou o art. 21, XIII, 22, XVII e art. 48, IX, todos da CF/88, ficando em parte revogado o art. 52 da LC nº 80/94 que dizia: “A Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios é organizada e mantida pela União.”

No que diz respeito às normas específicas, os Estados e o DF podem criar leis para regulamentar a concessão de justiça gratuita às empresas e tratar de qualquer assunto específico, desde que respeite as normas gerais estabelecidas pela União.

Pergunta interessante nesse momento seria a seguinte:

Existe Defensoria Pública Municipal? Pode ser criada por lei municipal?

A resposta para ambas perguntas é negativa. A defensoria pública não poderia ser criada no âmbito do Município diante da falta de competência para legislar sobre o assunto, conforme previsto no art. 24, inciso XIII da Constituição Federal.

Cabe à lei complementar federal dispor sobre a organização da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e Territórios, bem como prescrever normas gerais sobre a organização das defensorias públicas nos Estados, conforme dispõe o art. 134, §1º da CF/88, veja:

Art. 134, §1º - Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

A Constituição ainda previu a garantia de inamovibilidade, o que significa que o defensor público não pode ser removido de seu posto de trabalho, órgão de atuação ou comarca (ressalvadas hipóteses excepcionais a serem estudadas mais à frente), além de vedar o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

Pergunta pertinente para concursos públicos é: *O defensor público tem garantia à vitaliciedade?*

A resposta é negativa. O defensor público somente possui direito à estabilidade, após 3 anos de efetivo exercício, nos termos do art. 41 da CF/88, sendo inclusive inconstitucional lei estadual que preveja a vitaliciedade, conforme já decidiu o STF no julgamento da ADI 230/RJ, relatora Ministra Carmen Lúcia.

A CF/88, alterada pela EC nº 45/2004 passou a prever que às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

Mais tarde, através da EC nº 74/2013, essa autonomia funcional, administrativa e iniciativa de proposta orçamentária (também denominada pela doutrina de autonomia orçamentária) passou a ser aplicável também à Defensoria Pública da União e Distrito Federal.

Resumindo, a autonomia funcional funciona independente da vontade de outros poderes. Na autonomia administrativa a Defensoria se auto-organiza administrativamente. E na autonomia orçamentária a iniciativa de sua proposta orçamentária, que deve respeitar os limites de gastos estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal e na LDO.

Diante dessa importante característica o STJ no Informativo 586 (HC 310.901-SC) asseverou que não configura crime de desobediência a conduta do Defensor Público Geral que deixa de atender à requisição judicial para nomeação de defensor público para atuar em determinada ação penal. Isso porque a autonomia administrativa e funcional não permite que o Poder Judiciário interfira nos critérios de escolha e nomeação definidos pelo Defensor Público Geral.

Aqui cabe destacar alguns julgamentos do STF que relatam leis estaduais que violaram a autonomia funcional, administrativa ou orçamentária da Defensoria Pública. Tratam-se de julgamentos atuais comentados por Márcio André Lopes Cavalcante.³

Ação Direta de Inconstitucionalidade 5286-AP – ficou decidido que não pode a lei estadual atribuir competência ao Governador do Estado para nomear cargos essenciais da Defensoria Pública estadual por ferir a autonomia administrativa. Além de que a autonomia financeira permite ao Defensor Público Geral propor lei que fixa aumento de subsídios da carreira.

Ação Direta de Inconstitucionalidade 5287-PB e ADPF 307-DF – decidiu que Governador não tem competência para reduzir unilateralmente a proposta orçamentária da Defensoria Pública estadual, por ofensa a autonomia administrativa e financeira da Defensoria.

Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 339-PI – definiu que o Governador do Estado não pode reter o repasse em forma de duodécimos orçamentários referente à Defensoria Pública, que deve ser enviado até dia 20 de cada mês como determina o art. 168 da CF/88. Tal conduta seria flagrante violação da autonomia orçamentária da Defensoria Pública.

Também decidiu o STJ no Recurso em Mandado de Segurança 59.413-DF que ao impor a nomeação de Defensores para atuar em processos na Justiça Militar do Distrito Federal, em discordância com critérios de alocação de pessoal previamente aprovados pelo Conselho Superior da Defensoria Pública do DF, a autoridade judiciária interfere na autonomia funcional e administrativa do órgão, julgado de 07/05/2019 (Info 648)

Aplica-se à Defensoria Pública os princípios institucionais da unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, conforme §4º do art. 134 da CF/88, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 80 de 2014.

Importante decisão tomou o STF ao afirmar que não é possível a inserção da Defensoria Pública na esfera de outro poder, como aquela que lhe vincula a uma Secretaria, pois isso feriria sua independência funcional. (STF. Plenário. ADI 4056/MA, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 7/3/2012 (Info 657).

Outra importante questão apontada por Nathalia Masson é que a iniciativa legislativa

³ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Vade Mecum de Jurisprudência Dizer o Direito*, 9ª edição, Salvador, Juspodivm: 2020, pp. 132.

para tratar temas afetos à organização da carreira é de proposição do Presidente da República, art. 61, §1º, alínea “d”, da CF/88. A iniciativa presidencial exclusiva reserva-se para a lei que organize a Defensoria Pública da União e lei que estabeleça normas gerais de organização da Defensoria Pública dos Estados, do DF e Territórios.⁴

Decisão do STF que merece destaque foi a que analisou a constitucionalidade da EC nº 74/2013. A discussão pairava sobre a constitucionalidade ou não da referida Emenda, pois a mesma foi proposta por iniciativa de parlamentar, o autor da ação (ADI 5296-DF) afirmava que a iniciativa deveria ser do Chefe do Poder Executivo. O STF decidiu que a EC nº 74 (que confere autonomia a DP e DPDF) é constitucional, firmando entendimento de que é possível Emenda Constitucional sobre as matérias previstas no art. 61, §1º da CF/88. Esse entendimento decorre do fato de que emendas constitucionais não se vinculam às iniciativas previstas no art. 61, §1º, assim, a iniciativa do Poder Executivo se refere apenas à lei ordinária e complementar, já tratando-se de Emenda Constitucional a iniciativa pode ser parlamentar, o que não viola a separação de poderes.

O art. 168 da CF/88 prevê que os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados à Defensoria Pública, serão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos.

Além disso, aos defensores públicos se aplica a regra constitucional de remuneração por subsídio, na forma do art. 135 e art. 39, §4º da CF/88. Veja o que dispõe o art. 39, §4º: “O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI”.

O art. 98 do ADCT estabelece o prazo de 8 anos da promulgação da EC nº 80/2014 para que toda unidade jurisdicional disponha de defensores públicos, sendo que, prioritariamente, até a implementação do mencionado prazo previsto no §1º desse artigo, a distribuição dos defensores públicos observará os critérios de maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.

Todas essas características da Defensoria são necessárias para a consecução de seu desiderato que é levar ao hipossuficiente o acesso à justiça, como mandamento primordial de um Estado Democrático de Direito.

REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

A bibliografia sobre esse importante tema tem crescido nos últimos anos, especialmente após o fortalecimento da Defensoria Pública, o que demorou muito para ocorrer, pois um Estado Democrático de Direito só se efetiva na medida que seus cidadãos tem amplo acesso à justiça e concretização dos seus direitos, essa máxima ocorre diante do poder-dever do Estado em instrumentalizar esse acesso.

⁴ MASSON, Nathália. *Manual de Direito Constitucional*, 8ª edição. Salvador, Juspodivm: 2020, pp. 1.404.

METODOLOGIA

Partimos da máxima de que não há Estado Democrático de Direito sem instrumentos capazes de acesso à justiça, e aqui surgiu o estudo sobre a Defensoria Pública, órgão que tem a missão de levar esse acesso aos hipossuficientes. Fizemos pesquisa bibliográfica sobre os temas propostos e demonstração da instrumentalização do acesso à justiça pelo Estado.

ANÁLISE DOS RESULTADOS

A partir da análise histórica das ondas renovatórias e das Constituições Federais podemos enxergar a importância da Defensoria Pública como instrumento de acesso à justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso à justiça tem sido a tônica da sociedade moderna, especialmente, um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Nesse estudo podemos ver como órgãos do Estado podem ser esses instrumentos de aproximação, fazendo que o direito não seja apenas algo utópico de apenas palavras vazias, mais instrumentalizados por importantes instituições como é o caso da Defensoria Pública.

REFERÊNCIAS

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

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Vade Mecum de Jurisprudência Dizer o Direito, 9ª edição, Salvador, Juspodivm: 2020, pp. 132.

DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil, 11ª edição. Salvador, Juspodivm: 2009, pp. 67.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 18ª edição. São Paulo, Saraiva: 2014, pp. 985.

MASSON, Nathália. Manual de Direito Constitucional, 8ª edição. Salvador, Juspodivm: 2020, pp. 1.40

Organizadora

Fernanda Miler Lima Pinto

Doutoranda em Ciências Sociais na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Possui especialização em Direito Penal (FDDJ), em Direito Penal e Criminologia (ICPC/UNINTER), em Metodologia do Ensino na Educação Superior (UNINTER) e em Diplomacia, Políticas Públicas e Cooperação Internacional (UNINTER). Advogada OAB-MA.

Índice Remissivo

A

abandono afetivo 263, 264, 265, 266, 267, 269, 270, 271, 272, 273, 274
acesso 40, 41, 45, 47, 48, 49, 164, 169, 286, 287, 288, 289, 290, 293, 294
ações 44, 46, 173, 174, 175, 177, 183, 184, 185, 187, 189, 190
administrativa 23, 24, 26, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 45, 122, 123, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132
afetivo 134, 135, 136, 140, 143, 144, 146, 147, 148, 149, 150
agentes públicos 121, 122, 123, 125, 126, 128, 130, 131, 132
agronegócio 163, 164, 165, 169, 170, 171
ambiente 46, 251, 252, 256, 257, 258, 259, 260
análise 23, 26, 27, 30, 36
anticrime 62, 63, 68, 69, 74, 76
aplicabilidade 23
aquisições públicas 121, 122
ausência 39, 43

B

Brasil 47, 49, 50, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 171, 172, 195, 196, 197

C

cédula 164, 165, 167, 170, 171
cidadania 12, 13, 14, 17, 18, 19, 20, 21
cidadão 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22
civil 45, 46, 236, 237, 238, 239, 243, 247, 248, 250
comparativa 23
concorrente 209, 210, 211, 212, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223
confisco 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 21
conhecimento 40, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 48, 49
constitucionais 12, 13, 14, 19
constituição 41, 209, 210, 222
consumidor 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207
convício familiar 263

cooperativo 210, 211, 214, 215, 217, 221, 222, 224
Covid-19 121, 123, 129
criação 88, 89, 90, 95, 97, 100, 103

D

dano moral 145, 146, 147, 148
defensoria 286, 287, 288, 290, 291
dificuldades 106, 107, 108, 109, 113, 114
digitais 236, 237, 238, 239, 243, 244, 246, 247, 248, 249, 250
direito 45, 46, 47, 48, 50, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 116, 117, 118, 119
direitos 40, 44, 45, 46, 47, 48, 62, 64, 65, 66, 74

E

econômica 164, 165, 169, 209, 210, 211, 212, 213, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224
econômicas 106
educação 39, 40, 41, 45, 46, 47, 48, 49, 50
eficácia 23
escolas 39, 41, 46, 47, 48, 49, 50

F

família 46, 47, 48, 135, 136, 138, 139, 140, 141, 142, 144, 146, 147, 148
financiamento 164, 166, 167, 168
fraudes 121, 122, 123, 127, 128, 130
funcionário público 122, 124, 127

G

garantia 41, 45, 46, 164, 169, 170, 171, 193, 194, 196, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 205, 206, 207

H

hidrelétricas 151, 152, 158, 159, 161, 162

hídricos 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 160, 161

hipossuficientes 107, 108, 109, 110, 112, 113, 114, 115, 117

I

idoso 134, 137, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 147, 148, 149, 150

improbidade 122, 125, 126, 127, 129, 130, 131, 132, 133, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191

Improbidade 11, 23, 24, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 34, 37

inescusabilidade 40, 41, 43, 44, 47, 48

influenciadores 237, 238, 239, 243, 244, 246, 247, 248, 249, 250

informação 47, 107, 109

inovação 45, 88, 89, 91, 99

instrumento 41, 165, 166, 167, 168, 170, 286, 287, 288, 289, 290, 294

intelectual 40, 41, 47, 48, 88, 89, 90, 91, 92, 95, 97

intervenção 209, 210, 211, 217, 218, 221

inverso 134, 135, 136, 143, 144, 146, 147, 148, 149, 150

J

judiciais 173, 174, 175, 176, 184, 186, 187, 189, 190, 191

jurídica 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49

justiça 13, 14, 17, 18, 19, 20, 46, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 293, 294

L

legal 39, 40, 193, 194, 195, 197, 199, 200, 201, 202, 203, 205, 207

legislação 40, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 140, 146, 147, 151,

152, 166, 251, 253, 255, 256, 259, 260
lei 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50
licitação 122, 127, 128, 129, 132
limites 12, 13, 14, 15, 16
livre 210, 211, 218, 219, 220, 223, 224

M

marcas 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 99, 100,
101, 102, 103, 104, 105
medida-provisória 275, 276

N

normatização 275

P

pandemia 121, 122, 123, 124, 129, 130, 132, 225, 226,
227, 229, 230, 232, 233, 235
patentes 88, 89, 90, 91, 95, 96, 97, 102, 103, 104
poder 46, 287, 289, 292, 293
Poder Constituinte 51, 52
prescricionais 173, 174, 187, 190
presos 62, 64, 66, 74
princípio 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21
proibição 24, 30, 32, 33, 34, 35, 36
produto 163, 164, 165, 166, 167, 168, 170, 171
propriedade intelectual 89, 90, 91, 92, 95, 97
proteção 12, 15, 19, 20, 164, 251, 252, 254, 255, 256,
259, 261
protegido 193
pública 43, 44, 46, 47, 286, 287, 290, 291

Q

qualidade 46, 164, 168, 169, 170, 194, 196, 197, 198,
200, 201, 202, 203, 206

R

reabilitação 136

recursos 13, 17, 19, 20

redação 23, 30, 32, 33, 34, 35

responsabilidade 41, 44, 236, 237, 238, 239, 243, 247, 248, 249, 250

rural 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172

S

sociais 42, 45, 46, 47, 48, 106, 108, 111

social 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22

STF 15, 16

T

teletrabalho 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285

Teletrabalho 225, 226, 227, 231, 234, 235

tributação 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22

tributário 12, 14, 18, 19, 21

tutela 24, 30, 32, 33, 34, 35, 36

V

vedação 12, 13, 14, 15, 16, 19, 21

vício oculto 194, 195, 199, 200, 202, 204, 205, 207

vida 44, 45, 46, 47, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 142, 144, 145, 146, 147, 148, 165, 193, 194, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208

