

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1068

(Ano XIV)

(22/01/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Auditorias no setor público

Benigno Núñez Novo, 07.

ARTIGOS

Serviço público: abordagens sobre a continuidade na prestação do serviço de saúde

Igor de Sousa Abreu e Viviane Thomé de Souza, 14.

O incidente de resolução de demandas repetitivas e sua utilização no âmbito da Fazenda Pública do Estado de Alagoas

Danilo França Falcão Pedrosa, 21.

Os principais impactos da medida provisória 881/19 no direito empresarial

José Mendes Pereira Neto, 31.

Concepções jurídicas do uso do aplicativo Uber no Brasil como ferramenta de mobilidade urbana

Igor de Sousa Abreu e Viviane Thomé de Souza, 52.

Da capacidade postulatória ou da capacidade de representação do Delegado de Polícia

Joaquim Leitão Júnior, 61.

A conciliação no Código de Processo Civil e o estímulo ao acesso à justiça: A restauração da cultura consensual no Judiciário

Maria Elisa Lima Gomes, 70.

Breves considerações acerca da incidência do ISSQN sobre o serviço de transporte realizado por meio do aplicativo UBER

Keline Cajueiro Campos Barreto, 79.

Fake news e a garantia constitucional de liberdade de expressão

José Valter De Oliveira, 99.

Tráfico de pessoas: uma análise do contexto atual e os desafios para o enfrentamento no Brasil

Mariana de Sousa Da Silva, 113.

A Constituição de 1988 diminuiu o racismo contra o negro?

Ana Paula dos Santos, 140.

Indenização pela responsabilidade civil objetiva por perda do tempo útil na infidelidade conjugal

Diandro Monteiro Medeiros, 145.

A essencialidade da mineração frente à pandemia covid-19

Matheus Henrique Morais Almeida, 171.

Análise da atuação da Defensoria Pública da União na garantia dos direitos sociais dos indígenas refugiados da etnia Warao no município de Palmas, Tocantins

Vinícius Renato de Paula Pires, 189.

A Mulher Vítima de Violência Doméstica

Fernanda Oliveira Silva, 215.

Morte cerebral e/ou morte encefálica. A Lei de Transplante de Órgãos

Renata Regiane Lacerda Simas, 226.

AUDITORIAS NO SETOR PÚBLICO

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutorando em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer uma análise das auditorias mais comuns no setor público. A auditoria do setor público pode ser descrita como um processo sistemático de obter e avaliar objetivamente evidências para determinar se as informações ou as condições reais de um objeto estão de acordo com critérios aplicáveis. A auditoria do setor público é essencial, pois fornece aos órgãos legislativos e de controle, bem como aos responsáveis pela governança e ao público em geral, informações e avaliações independentes e objetivas acerca da gestão e do desempenho de políticas, programas e operações governamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Auditorias; Setor; Público.

ABSTRACT: This article aims to briefly analyze the most common audits in the public sector. Public sector auditing can be described as a systematic process of obtaining and objectively evaluating evidence to determine whether the information or actual conditions of an object meet applicable criteria. Public sector auditing is essential as it provides legislative and supervisory bodies, as well as those charged with governance and the general public, with independent and objective information and assessments about the management and performance of government policies, programs and operations.

KEYWORDS: Audits; Sector; Public.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo analizar brevemente las auditorías más habituales en el sector público. La auditoría del sector público se puede describir como un proceso sistemático de obtención y evaluación objetiva de evidencia para determinar si la información o las condiciones reales de un objeto cumplen con los criterios aplicables. La auditoría del sector público es esencial ya que proporciona a los órganos legislativos y de supervisión, así como a los encargados del gobierno corporativo y al público en general,

información y evaluaciones independientes y objetivas sobre la gestión y el desempeño de las políticas, programas y operaciones gubernamentales.

PALABRAS CLAVE: Auditorías; Sector; Público.

INTRODUÇÃO

A palavra auditoria é derivada da palavra latina "audire", que significa ouvir. Durante os tempos medievais, quando o manual de contabilidade foi predominante, os auditores na Grã-Bretanha costumavam ouvir as contas lidas para eles e verificadas se os envolvidos na organização não eram negligentes ou se havia fraudes.

As auditorias-gerais ou controladorias e as cortes de contas surgiram na Europa, mas influenciaram a organização de quase todos os Estados nacionais. As primeiras predominam nos países de tradição anglo-saxônica, enquanto as últimas são mais comuns naqueles influenciados pela Europa continental.

O controle externo, por sua vez, é "por excelência, um controle político de legalidade contábil e financeira" (Meirelles, 1989, p. 602). O Brasil conta com 33 Tribunais de Contas, divididos em três níveis: União (TCU), Estados (nas 26 capitais e Distrito Federal), dos Municípios do Estado (Bahia, Goiás e Pará) e Tribunais de Contas do Município (São Paulo e Rio de Janeiro).

Esta pesquisa justifica-se pela relevância das auditorias mais comuns no setor público realizadas pelos Tribunais de Contas do Brasil, órgãos de controle externo fundamentais para garantir a República e a Democracia.

DESENVOLVIMENTO

Em geral, a auditoria do setor público pode ser descrita como um processo sistemático de obter e avaliar evidências para determinar se as informações de um objeto estão de acordo com os critérios aplicáveis.

As auditorias mais comuns realizadas no setor público podem ser de três tipos: financeira, operacional e de conformidade. A auditoria financeira tem como foco determinar se a informação financeira de uma entidade é apresentada de acordo com o marco regulatório e a estrutura financeira aplicável. A auditoria operacional é o exame independente, objetivo e confiável que analisa se empreendimentos, sistemas, operações, programas, atividades ou organizações do governo (objetos) estão funcionando de acordo com os princípios da economicidade, eficiência e eficácia (efetividade) [critérios] e se há espaço para aperfeiçoamento. A auditoria de conformidade é a avaliação independente para determinar se um dado objeto está em conformidade com as normas aplicáveis identificadas como critérios. A auditoria de conformidade pode levar a julgamentos e

aplicar sanções aos responsáveis pela gestão de recursos. Nesse contexto, o objetivo da auditoria de conformidade pode ser estendido.

As normas de auditoria do Tribunal de Contas da União (NAT) foram desenvolvidas tendo por base o arcabouço normativo da instituição (Constituição, Lei Orgânica, Regimento Interno, Código de Ética dos Servidores do TCU, resoluções e instruções normativas do TCU), a experiência acumulada, as normas de auditoria de fontes internacionais, especialmente as ISSAI, da Intosai, bem como as normas das entidades de auditoria e controle governamental visitadas no âmbito do programa de benchmarking realizado pelo TCU, em 2004, dentre as quais o IFAC, o IIA, o GAO, o ANAO e as entidades de fiscalização superior da Alemanha, Itália, França, Espanha, Bélgica e Holanda.

Estas normas justificam-se como instrumento para: dar credibilidade e assegurar qualidade às auditorias, segundo normas geralmente aceitas; salvaguardar a responsabilidade dos auditores quando executarem seus trabalhos de acordo com elas.

A ação independente exercida pelo TCU, por meio de auditorias, de estímulo à transparência da gestão e de outras ações de controle externo, incluindo a aplicação de sanções, constitui-se instrumento da governança pública cujo objetivo, ao final, é assegurar a accountability pública, contribuindo para reduzir as incertezas sobre o que ocorre no interior da administração pública, fornecendo à sociedade e ao Congresso Nacional uma razoável segurança de que os recursos e poderes delegados aos administradores públicos estão sendo geridos mediante ações e estratégias adequadas para alcançar os objetivos estabelecidos pelo poder público, de modo transparente, em conformidade com os princípios de administração pública, as leis e os regulamentos aplicáveis.

Em geral, a auditoria do setor público pode ser descrita como um processo sistemático de obter e avaliar objetivamente evidências para determinar se as informações ou as condições reais de um objeto estão de acordo com critérios aplicáveis. A auditoria do setor público é essencial, pois fornece aos órgãos legislativos e de controle, bem como aos responsáveis pela governança e ao público em geral, informações e avaliações independentes e objetivas acerca da gestão e do desempenho de políticas, programas e operações governamentais.

As auditorias do setor público partem de objetivos que podem ser distintos, dependendo do tipo de auditoria que está sendo realizada. No entanto, todas elas contribuem para a boa governança. A unidade técnica ao propor auditorias deve definir o objetivo e o escopo preliminar, bem como prever uma estimativa de alocação de recursos e dos prazos de suas fases.

Devem ser estabelecidos objetivos para cada trabalho de auditoria. Para tanto, deve-se realizar uma avaliação preliminar de objetivos e riscos relevantes relacionados à atividade objeto da auditoria, cujos resultados deverão estar refletidos nos objetivos

estabelecidos. No desenvolvimento dos objetivos o auditor deve considerar, além das exposições significativas a riscos, a probabilidade de erros, irregularidades e descumprimentos a princípios, normas legais e regulamentações aplicáveis.

Devem-se determinar os meios apropriados para alcançar os objetivos de auditoria, levando em conta limitações de tempo e de recursos disponíveis e, especialmente, a competência necessária dos membros da equipe, que deve ser baseada na avaliação da natureza e complexidade de cada trabalho.

Para determinar a extensão e o alcance da auditoria que será proposta, a unidade técnica deve dispor de informações relativas aos objetivos relacionados ao objeto que será auditado e aos riscos relevantes associados a esses objetivos, bem como à confiabilidade dos controles adotados para tratar esses riscos. Tais informações são obtidas, tipicamente, na realização de outras ações de controle cuja principal finalidade é o conhecimento da unidade jurisdicionada e devem ser levadas em conta no planejamento e na aplicação dos procedimentos de auditoria.

Alternativamente, caso a auditoria seja proposta sem que as informações relativas aos objetivos, riscos e controles do objeto auditado estejam disponíveis, tais informações deverão ser obtidas na fase de planejamento do trabalho. A necessidade e a profundidade dos procedimentos para a obtenção destas informações variará de acordo com os objetivos e o escopo da auditoria em questão.

Todo o trabalho realizado pela equipe de auditoria, em todas as fases e em todos os níveis, deve ser adequadamente supervisionado, independentemente da competência individual dos auditores, para assegurar que os objetivos sejam atingidos, a qualidade seja assegurada e as equipes se desenvolvam.

Todo o trabalho de auditoria deve ser revisado pelo coordenador da equipe de auditoria, que possua perfil e competência profissional adequado ao trabalho, antes de o relatório ser emitido. A revisão deve ser feita à medida que cada parte da auditoria vai se concluindo.

Durante toda a realização do trabalho, inclusive na fase de execução, deve ocorrer constante troca de informações entre a equipe de auditoria e o supervisor. A troca de informações ao longo do trabalho destina-se a manter o supervisor informado acerca do andamento da auditoria no que se refere, principalmente, ao cumprimento dos prazos previstos para a aplicação dos procedimentos e a eventuais problemas ou dificuldades enfrentadas. A equipe, ao comunicar problemas ou dificuldades enfrentadas, deve, na medida do possível, propor soluções. O supervisor deve, então, apresentar sugestões para que estes sejam superados ou adotar as medidas necessárias para resolvê-los. Eventuais situações de obstrução ao livre exercício da auditoria ou de sonegação de processo,

documento ou informação, bem como qualquer ocorrência de ameaça velada ou explícita, de animosidade, de indisposição ou de intimidação de auditores no desenvolvimento dos trabalhos deverão ser comunicadas imediatamente ao supervisor do trabalho. O supervisor deverá levar o fato ao conhecimento do titular da unidade técnica coordenadora do trabalho que adotará as providências cabíveis para solucionar o problema apontado. Da mesma forma, quaisquer fatos que a equipe avalie que poderão resultar dano ao erário ou irregularidade grave deverão ser levados de imediato ao conhecimento do supervisor do trabalho, a fim de que possam ser tomadas medidas tempestivas com o intuito de eliminar ou minimizar os efeitos das constatações.

Auditores devem ter bom conhecimento das técnicas e dos procedimentos de auditoria a fim de que possam obter evidências suficientes, adequadas, relevantes e em bases razoáveis para comprovar os achados e sustentar suas opiniões e conclusões. As evidências, elementos essenciais e comprobatórios do achado, devem ser suficientes e completas de modo a permitir que terceiros, que não participaram do trabalho de auditoria, cheguem às mesmas conclusões da equipe; adequadas e fidedignas, gozando de autenticidade, confiabilidade e exatidão da fonte; pertinentes ao tema e diretamente relacionadas com o achado. Somente deverão ser reunidas evidências que sejam úteis e essenciais ao cumprimento dos objetivos da auditoria. Material que porventura não tenha utilidade ou conexão clara e direta com o trabalho realizado não deverá ser considerado. As evidências testemunhais devem, sempre que possível, ser reduzidas a termo e corroboradas por outras evidências.

Todo o trabalho de auditoria deve ser documentado de modo a assegurar a sua revisão e a manutenção das evidências obtidas. Todas as informações relevantes para dar suporte às conclusões e aos resultados da auditoria devem ser registradas. Os papéis de trabalho constituem a documentação que evidencia todo o trabalho desenvolvido pelo auditor, contendo registro de todas as informações utilizadas, das verificações a que procedeu e das conclusões a que chegou, independentemente da forma, do meio físico ou das características intrínsecas ou extrínsecas. Auditores devem preparar a documentação de auditoria em detalhes suficientes para fornecer uma compreensão clara do trabalho realizado, incluindo a fundamentação e o alcance do planejamento, a natureza, a oportunidade, a extensão e os resultados dos procedimentos de auditoria executados, os achados de auditoria e as suas evidências.

O relatório de auditoria é o instrumento formal e técnico por intermédio do qual a equipe de auditoria comunica aos leitores o objetivo e as questões de auditoria, o escopo e as limitações de escopo, a metodologia utilizada, os achados de auditoria, as conclusões e as propostas de encaminhamento. Para cada auditoria, os auditores devem preparar um relatório por escrito, em linguagem impessoal, cujo conteúdo deve ser objetivo, convincente, construtivo, útil e de fácil compreensão, isento de imprecisões e

ambiguidades, incluindo apenas informações relevantes para os objetivos da auditoria, devidamente apoiadas por evidências adequadas e pertinentes. Os relatórios devem ser minuciosamente revisados pelo coordenador da equipe de auditoria e pelo auditor responsável pela supervisão do trabalho, com vistas a assegurar o atendimento dos requisitos previstos no parágrafo anterior e, ainda, que as conclusões e as propostas de encaminhamento são aderentes e decorrem logicamente dos fatos apresentados.

O relatório de auditoria pode reconhecer os aspectos positivos do objeto auditado, se aplicável aos objetivos da auditoria. A inclusão dos aspectos positivos do objeto poderá levar a um melhor desempenho por outras organizações do governo que lerem o relatório. Os relatórios de auditoria são mais objetivos quando demonstram que o trabalho foi realizado por uma equipe profissional, imparcial, independente e especializada.

Os auditores devem incluir no relatório o objetivo da auditoria, o escopo, a metodologia utilizada e as limitações, estas se tiverem ocorrido, ou uma declaração de que nenhuma restrição significativa foi imposta aos exames. Os usuários do relatório precisam dessas informações para entender o propósito da auditoria, a natureza e a extensão dos trabalhos realizados, o contexto e perspectiva sobre o que é relatado, e todas as limitações significativas ao trabalho realizado.

As propostas de deliberação devem ser consistentes com os achados, decorrendo logicamente destes e das conclusões e focando nas causas identificadas. As propostas deverão indicar, entre parênteses, os números dos parágrafos ou itens nos quais os achados a que se referem foram apresentados no relatório. São variados os tipos de proposta que podem ser encaminhadas pelas equipes de auditoria, dado que as competências do Tribunal permitem-lhe não só a realização de auditorias e inspeções, mas também julgar e aplicar sanções em decorrência dos resultados dessas ações. Assim, na proposta de encaminhamento, para cada achado de auditoria, decorrente ou não de questões de auditoria, podem ser formuladas, conforme o caso, proposições de recomendações, determinações, medidas saneadoras, medidas cautelares, dentre outras previstas legal ou regimentalmente.

A formulação de determinações pelos auditores deve ser precedida de avaliação quanto ao atendimento dos requisitos indispensáveis para a sua proposição, conforme estabelecido em norma específica do Tribunal. Os relatórios de auditoria destinam-se exclusivamente aos relatores e à apreciação dos colegiados do Tribunal; propostas para envio a outros destinatários devem ser inclusas nas propostas de encaminhamento do relatório.

Os resultados das auditorias só podem ser divulgados após a apreciação pelos colegiados, salvo expressa autorização do relator ou dos próprios colegiados. Os resultados de uma auditoria podem ser comunicados com variações na forma e no

conteúdo, dependendo dos destinatários e da finalidade da divulgação, bem como do público alvo que deve ser informado a respeito, cabendo a normas específicas dispor acerca de comunicações por outros meios, que não o relatório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A função primordial dos Tribunais de Contas é realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes federativos, da Administração Pública direta e indireta, o que inclui autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Os Tribunais de Contas têm a missão de assegurar e efetivar a fiscalização dos recursos públicos em benefício da coletividade como importantes órgãos efetivadores e participativos da Lei nº 12.527/11, de 18 de novembro de 2011, denominada Lei de Acesso à Informação. Pode-se afirmar que são os órgãos que mais se aproxima do controle fiscalizador a que o povo faz jus, portanto, as funções atribuídas aos Tribunais de Contas não podem ser cerceadas por nenhum dos Poderes, já que os mesmos são fundamentais para garantir a República e a Democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constitui%EAo_Compilado.htm. Acesso em: 05 de dezembro 2021.

BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado do Piauí**. Disponível em: <https://www.tce.pi.gov.br/>. Acesso em: 05 de dezembro de 2021.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/>. Acesso em: 05 de dezembro de 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

Normas Brasileiras de Auditoria do Setor Público (NBASP):
<https://irbcontas.org.br/nbasp/>

SERVIÇO PÚBLICO: ABORDAGENS SOBRE A CONTINUIDADE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE SAÚDE

IGOR DE SOUSA ABREU:

Especialista em Gestão Trabalhista e Direito Previdenciário pelo IPOG, Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Advogado, fundador do escritório Igor Abreu Advocacia e Consultoria Jurídica, formado pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA).

VIVIANE THOMÉ DE SOUZA¹

(coautora)

Resumo: O presente artigo objetiva analisar a continuidade na prestação do serviço público, utilizando abordagem de caráter analítico e crítico através do método científico hipotético-dedutivo realizada por meio de revisão bibliográfica. O estudo vai abordar a análise da importância do princípio da continuidade na prestação do serviço público, as possibilidades previstas para a interrupção na prestação dos serviços públicos essenciais, bem como o direito de greve do servidor público e a interrupção dos serviços essenciais.

Palavras-chave: Continuidade. Serviço público. Interrupção. Servidor público.

Abstract: The present article aims to analyze the continuity in the provision of the public service, using an analytical and critical approach carried through the scientific method used was the inductive one, through bibliographical research. The study will address the analysis of the importance of the principle of continuity in the provision of public service, the possibilities provided for the interruption in the provision of essential public services, as well as the right to strike of the public servant and the interruption of essential services.

Key-words: Continuity. Public service. Interruption. Public Server.

INTRODUÇÃO

O serviço público se caracteriza constitui-se numa atividade cuja essencialidade para a comunidade é de ordem fundamental e é exatamente por isso que a prestação do serviço

¹ Advogada

público é de titularidade do Poder Público. Por ser a titularidade dos serviços públicos do Estado, a sua gestão está submetida a diversos princípios do Direito Público, especificamente voltados à sua prestação eficiente à comunidade.

Nesse contexto, frente à importância deste para preservação dos interesses da coletividade, será demonstrada a conexão deste com o princípio da continuidade, pelo qual estes serviços, especialmente os essenciais e obrigatórios, devem ser prestados de forma contínua, não sendo admitida sua interrupção. Desta forma, discorrer-se-á sobre a possibilidade da suspensão dos serviços públicos.

Discute-se muito sobre o exercício do direito de greve dos servidores públicos e a sua implicação na prestação de serviços públicos que exige a continuidade dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades da comunidade durante a greve, com o objetivo de evitar lesão ou ameaça de lesão aos direitos fundamentais.

Como resultado deste estudo espera-se explicar sobre a continuidade na prestação do serviço público com o objetivo de atender as necessidades coletivas; bem como sobre a interrupção do fornecimento dos serviços essenciais e o direito de greve dos servidores públicos, sem, contudo, afetar o fornecimento dos mesmos.

1 - A ANÁLISE DA IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO

O princípio da continuidade do serviço público significa “a impossibilidade de sua interrupção e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido, é um princípio derivado, que decorre da obrigatoriedade do desempenho de atividade administrativa” (MELLO, 2011).

O princípio da continuidade impõe que o serviço público seja prestado de forma contínua e sucessiva, não podendo sofrer solução de continuidade. Isso porque é justamente pelos serviços públicos que o Estado desempenha suas funções essenciais ou necessárias à coletividade. A continuidade dos serviços públicos guarda relação com o princípio da supremacia do interesse público, pois pretende que a coletividade não sofra prejuízos em razão de eventuais interesses particulares (CHIMENTI, 2015).

Os serviços públicos são atividades de titularidade estatal prestada pelo Estado ou por iniciativa privada, mediante a concessão ou permissão (art.175 da CF/88) para a satisfação de determinadas necessidades de interesse público. Havendo a delegação, aquele se retira do papel de executor e se insere obrigatoriamente no papel de regulador e fiscalizador. Neste sentido, pode a Administração Pública, inclusive, retomar o serviço, provisória ou definitivamente, caso o concessionário pare de prestá-lo ou não o esteja prestando de forma adequada (PATRIOTA, 2017).

Ainda sobre o princípio da continuidade do serviço público, este deve ser reinterpretado para ser aplicado a qualquer atividade pública ou privada, com o objetivo de evitar lesão ou ameaça de lesão aos direitos fundamentais e para verificação da legalidade e da legitimidade da prestação dos serviços públicos, sejam eles prestados diretamente pelo Estado ou por meio de concessão ou permissão (LIMA, 2008).

2 - INTERRUPTÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Segundo o texto do Art. 10 da Lei 7.783/89 são considerados serviços ou atividades essenciais os nele descritos, sem, contudo, esgotá-los em seus incisos.

“Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

II - assistência médica e hospitalar;

III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;

IV - funerários;

V - transporte coletivo;

VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;

VII - telecomunicações;

VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;

IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;

X - controle de tráfego aéreo;

XI compensação bancária.”

O princípio da continuidade do serviço público deve ser reinterpretado para ser aplicado a qualquer atividade pública ou privada, com o objetivo de evitar lesão ou ameaça de lesão aos direitos fundamentais e para verificação da legalidade e da legitimidade da prestação dos serviços públicos, sejam eles prestados diretamente pelo Estado ou por meio de concessão ou permissão (HARB, 2017).

O debate em torno do princípio da continuidade envolve a discussão quanto a possibilidade de interrupção do serviço público pela concessionária em razão do

inadimplemento do usuário. De um lado, o argumento contrário à suspensão, mesmo em caso de inadimplemento do usuário, pode ser atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88), pois privaria o particular de serviços básicos e integrantes do cerne da sua dignidade (LOIOLA, 2013).

Por outro lado, há a corrente doutrinária que adota uma posição diversa à interrupção do serviço público essencial por inadimplemento. Para estes, o cancelamento do fornecimento de serviço público essencial deverá ser executado quando se tratar de autorização judicial concedida à concessionária responsável pela prestação do serviço. Deve-se observar que a simples inadimplência não gera legalidade para suspender a prestação do serviço essencial (FILGUEIRA, 2013).

A Lei 8.987/95, em seu artigo 6º, trouxe as hipóteses em que a descontinuidade do serviço é permitida, sem que o prestador sofra as consequências de seu inadimplemento contratual. O parágrafo 3º, I, possibilita a paralisação dos serviços em situações de emergência, quando ocorrer situação de perigo que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, bens ou do próprio serviço, sem que seja possível prévio aviso aos usuários. A descontinuidade prevê o impedimento de maiores prejuízos à coletividade. A paralisação é em prol do usuário, para manter satisfatória e contínua a prestação.

É de suma importância destacar a situação em que o usuário do serviço público, prestado por concessionária, é o próprio Poder Público. O Estado também faz uso de serviços de água, energia elétrica e telefonia, e deve remunerar a concessionária por meio da tarifa. Fica então o questionamento: é possível a suspensão do serviço público pela concessionária quando o Poder Público encontra-se inadimplente?

Os Tribunais Superiores, em vários julgados, sedimentaram a necessidade de se diferenciar os serviços prestados pelo Poder Público que poderão sofrer a interrupção do serviço público concedido e decidiram que em hospitais, delegacias e quartéis de bombeiros, havendo o inadimplemento, por parte da Administração Pública, não poderá ser interrompida a prestação do serviço de água, energia elétrica e telefone, pois nesses casos a interrupção do serviço concedido colocaria em risco a continuidade dos serviços essenciais, prestados diretamente pelo Poder Público à coletividade (GUNNAR, 2012).

3 - DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS E A INTERRUPTÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Em que pese que todo direito fundamental colida com outro direito fundamental em algum momento, há de se observar que em casos de colisão, um direito fundamental deverá ser comparado com aquele com o qual colida de forma que se dê a exata aplicação de cada um em face do caso concreto. É o que se dá no caso do direito fundamental à

greve. Outros princípios fundamentais irão colidir com o direito de greve, sendo que é de crucial importância avaliar o prejuízo que o não oferecimento dos serviços públicos essenciais irá exercer na coletividade (FERREIRA, 2015).

O texto constitucional consagra o direito de greve em dois artigos: 1) art. 9º da CF, regulamentado pela Lei nº 7.783/89: dispõe sobre o direito de greve dos trabalhadores em geral (celetistas), o que inclui os agentes públicos submetidos ao regime celetista; e 2) art. 37, VII da CF: ao tratar do direito de greve para os servidores estatutários, afirma que esse direito deverá ser exercido nos termos da lei.

Em razão da ausência da lei de greve dos servidores estatutários por muito tempo estes estiveram impossibilitados de exercer tal direito; ademais, o direito de greve dos servidores públicos sempre encontrou obstáculo no princípio da continuidade do serviço público, que impede a interrupção completa da atividade administrativa. Contudo, o STF alterou a sua interpretação tradicional e tornou efetivo o direito de greve dos servidores estatutários superando a omissão e determinando a aplicação, por analogia, da Lei nº 7.783/89 que tratam das atividades essenciais e garantem o respeito à continuidade do serviço público em caso de greve dos servidores estatutários (SANTOS, 2013).

Os limites do direito de greve, e até mesmo sua proibição, em certos casos, para algumas categorias específicas de empregados ou de funcionários públicos, justifica-se não em razão do status do trabalhador, mas em decorrência da natureza dos serviços prestados, que são públicas, essenciais, inadiáveis, protegidos pelo princípio da predominância do interesse geral e da continuidade do serviço público. Os serviços essenciais à comunidade tanto podem ser prestados pelos trabalhadores do setor privado quanto do setor público; não se justifica, portanto, o tratamento diferenciado ou separado para tais trabalhadores (FERREIRA, 2015).

4 - CONCLUSÃO

Embora não se tenha um conceito fechado sobre serviços públicos essenciais, é indiscutível que tais serviços devem ser prestados de forma contínua e ininterrupta. A Carta Magna brasileira valorou a figura do cidadão enquanto titular de direitos e garantias constitucionais fundamentais.

Diante da singularidade de caso concreto, ainda que seja possível a suspensão do fornecimento de serviços essenciais, não de ser abertas exceções ao entendimento dominante, garantindo ao consumidor inadimplente a não suspensão dos serviços públicos essenciais.

Mais uma vez tem-se um confronto de direitos e princípios, o direito do servidor público de exercer a greve é contrário ao Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos,

principalmente a continuidade dos serviços essenciais. Tais serviços, por incoerência da Administração, são na maioria das vezes os serviços mais precários e a falta de investimento e administração adequada prejudicam toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

CHIMENTI, B. A interrupção da prestação de serviços públicos essenciais e a dignidade da pessoa humana. *In: Jusbrasil*, mar., 2015. Disponível na internet em: <https://brunachimenti.jusbrasil.com.br/artigos/174499634/a-interruptao-da-prestacao-de-servicos-publicos-essenciais-e-a-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em 25 de setembro de 2017;

FERREIRA, K. e outros. Greve do servidor público e a prestação de serviços essenciais: um conflito de direitos. *In: Jus Navigandi*, jul., 2015. Disponível na internet em: <https://jus.com.br/artigos/40623/greve-do-servidor-publico-e-a-prestacao-de-servicos-essenciais-um-conflito-de-direitos>. Acesso em 25 de setembro de 2017;

FILGUEIRA, R. A interrupção de serviços públicos essenciais pelo inadimplemento do usuário. *In: JurisWay*, ago., 2013. Disponível na internet em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=11698. Acesso em 23 de setembro de 2017;

GUNNAR, N. A suspensão do fornecimento do serviço essencial de energia elétrica ao usuário inadimplente – análise sob a perspectiva constitucional e consumerista. *In: Direito & Justiça*, vol. 38, nº 2, p 141-155, jul/dez 2012. Disponível na internet em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/12541/8407>. Acesso em 25 de setembro de 2017;

HARB, K. Princípio da continuidade do serviço público e interrupção. *In: Tomo Direito Administrativo e Constitucional*, Ed. 1, abr, 2017. Disponível na internet em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/87/edicao-1/principio-da-continuidade-do-servico-publico-e-interruptao>. Acesso em 23 de setembro de 2017;

LIMA, W. Da interrupção de serviço público essencial. *In: Disponível na internet em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2956*. Acesso em 23 de setembro de 2017;

LOIOLA, S. Princípio da continuidade do serviço público e a suspensão nos casos de inadimplência do consumidor. *In: Revista Jurídica UNIGRAN*, v. 15, nº20, jul/dez, 2013. Disponível na internet em: http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/30/artigos/artigo05.pdf. Acesso em 22 de setembro de 2017;

MELLO, C. Curso de direito administrativo. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2011;

PATRIOTA, C. Princípio da continuidade do serviço público. *In*: Jus Navigandi, fev., 2017. Disponível na internet em: <https://jus.com.br/artigos/56087/principio-da-continuidade-do-servico-publico>. Acesso em 22 de setembro de 2017;

SANTOS, F. e outros. O direito de greve do trabalhador nos serviços públicos essenciais: breve análise comparada entre Brasil e Itália. *In*: Publicadireito, 2013. Disponível na internet em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c78b93d4d09ef623>. Acesso em 25 de setembro de 2017.

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E SUA UTILIZAÇÃO NO ÂMBITO DA FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS

DANILO FRANÇA FALCÃO PEDROSA:
Procurador do Estado de Alagoas, ex-
Procurador do Estado de Pernambuco.

RESUMO: O presente trabalho volta-se para uma análise crítica acerca do instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e sua utilização no âmbito da Fazenda Pública do Estado de Alagoas, tecendo as linhas gerais deste instrumento processual com o fito de que se compreenda sua natureza jurídica para que, na sequência, se possa debruçar sobre sua aplicação prática no espectro dos processos envolvendo a Fazenda Pública de Alagoas.

Palavras-chave: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR. Compreensão do Instituto. Fazenda Pública. Estado de Alagoas.

ABSTRACT: The present work focuses on a critical analysis of the Institute of Repetitive Claims Resolution Incident and its use within the Public Treasury of the State of Alagoas, weaving the general lines of this procedural instrument in order to understand its legal nature so that, in the sequence, we can look into its practical application in the spectrum of processes involving the Public Treasury of Alagoas.

Keywords: Repetitive Demand Resolution Incident - IRDR. Understanding the Institute. Public farm. State of Alagoas

1 - INTRODUÇÃO

O crescimento das demandas de massa tem sido motivo de grande preocupação no âmbito do direito processual civil. Isso porque o aumento exponencial da judicialização, sobretudo nas questões que envolvem a Fazenda Pública vem comprometendo e travando a capacidade operacional do Poder Judiciário, dos órgãos da Advocacia Pública e também da Defensoria Pública, que estão tendo muita dificuldade para atender satisfatoriamente as demandas que lhes são afetadas.

Neste cenário, é notável que o aumento do quadro de servidores, com o inchaço da máquina pública, não mais vem sendo suficiente para fazer frente à massificação das demandas jurídicas da sociedade, de modo que tem sido evidente que a solução para esse problema não pode ser atingida unicamente com o incremento do quadro de pessoal da Administração Pública na mesma proporção do crescimento da demanda.

Diante dessa realidade, o Direito Processual Civil passa a evidenciar, cada vez mais, forte preocupação com mecanismos processuais para lidar com a massificação das

demandas judiciais. Em um primeiro momento, sobretudo com o advento da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, instituídos respectivamente pelas Leis 7.347/85 e 8.078/90. Entretanto, estes instrumentos, essencialmente voltados para tutela de direitos de natureza coletiva, não mais vinham se mostrando suficientes para fazer face ao incremento cada vez maior das demandas de massa da sociedade moderna.

É certo que já há algum tempo a necessidade de se enxergar e tutelar os direitos de forma coletiva já vinha ganhando relevância. Nesta perspectiva, era notável que a plataforma individualista do sistema processual tradicional capitaneada pelo antigo Código de Processo Civil de 1973 não seria mais suficiente para atender aos reclamos das sociedades modernas. A dinâmica das sociedades contemporâneas e a massificação das relações faz com que a ordem jurídica seja cobrada por um sistema de proteção adequado para tutelar as demandas de índole coletiva da sociedade.

Assim, por imperativo das necessidades da dinâmica social atual, a ordem jurídica brasileira passou a dispor de um microsistema normativo voltado para a tutela coletiva de direitos.

Todavia, ainda assim, o sistema processual de proteção jurídica aos direitos coletivos, embora de inegável utilidade e importância, não vinha sendo suficiente para solucionar o problema da vertiginosa massificação das demandas, sobretudo em função de algumas características das ações coletivas que não impedem a propositura de demandas individuais.

Neste cenário, o Direito Processual passou a buscar novos mecanismos processuais para lidar com as demandas de massa, dentre os quais o julgamento das demandas repetitivas. Então, os institutos de resolução de demandas repetitivas vêm se destacando como arma adicional às ações coletivas para fazer frente à árdua tarefa de se administrar as causas de massa. Ações Coletivas e Julgamento Repetitivos são instrumentos que se complementam, cada um com suas especificidades e campo próprio de atuação, mas trazendo em sua essência a preocupação com o fenômeno da massificação das demandas judiciais.

Se é certo que as ações coletivas são aptas a solucionar uma significativa fatia das demandas de massa, sobretudo quando se está a tratar de direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos, também não se pode negar que persiste um outro grande leque de demandas de massa que não são alcançadas pelos mecanismos das ações coletivas, bastando lembrar do regime jurídico da coisa julgada que se forma no processo coletivo e da inaptidão das ações coletivas para obstar a propositura de ações individuais quando se está diante de direitos de natureza individual homogênea. Neste propósito, cumpre observar as lições do professor Fredie Didier Jr que, com a sabedoria que lhe é peculiar, assim ensina:

“Esta técnica é estruturalmente diferente da ação coletiva, como se vê, pois seu objeto é produzir um precedente obrigatório, e não a coisa julgada sobre a questão repetitiva. Mas ambas servem, afinal, para a tutela coletiva – tutela de direitos de grupo. O julgamento de casos repetitivos é incidente processual que tem natureza de processo coletivo – tutela-se o grupo daqueles interessados na solução de uma questão de direito repetitiva. Mas o julgamento de casos repetitivos não se confunde com a ação coletiva. Há, então, duas espécies de processo coletivo no Direito brasileiro: o processo coletivo das ações coletivas e o processo coletivo do julgamento repetitivo.”²

Então, como se anunciou, as Ações Coletivas e os Julgamentos Repetitivos constituem mecanismos processuais voltados essencialmente para tratar das demandas de massa, cada um com suas especificidades e espectro de incidência bem delimitados, mas se complementando na tarefa de atender aos reclamos decorrentes da massificação das demandas judiciais.

Neste contexto, sem descuidar da importância do tradicional microsistema processual de demandas coletivas, buscar-se-á traçar as linhas gerais dos mecanismos processuais criados para julgamento de demandas repetitivas, atentando para sua utilização prática pela Fazenda Pública do Estado de Alagoas.

2. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O PRECEDENTE JUDICIAL QUE DELE DECORRE

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR, disciplinado no artigo 976 e seguintes do Código de Processo Civil, constitui instrumento processual de caráter incidental, de caráter coletivo, com aptidão de formar precedente judicial com força vinculante, tendo como pressuposto para sua instauração a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e existência de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Então, antes de mais nada, é preciso assentar a premissa de que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR não se confunde com o precedente judicial que dele pode resultar, sendo, em verdade, procedimento de caráter incidental destinado à formação de precedente judicial vinculante.

Antes de prosseguir, o é necessário abrir um parêntese para esclarecer que o Código de Processo Civil Brasileiro trata dos precedentes vinculantes formados em

² DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: O Processo Civil nos Tribunais, Recursos, Ações de Competência Originária de Tribunal e Querella Nullitatis, Incidentes de Competência Originária de Tribunal* / Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha. 14ed – Salvador; Ed. Jus Podivm, 2017. P.670.

juízo de julgamento de casos repetitivos nos incidentes de resolução de demandas repetitivas, no âmbito dos tribunais de segundo grau, além das hipóteses dos recursos especial e extraordinário repetitivos. Na abordagem do presente trabalho, o foco de estudo será para os incidentes de resolução de demandas repetitivas nos tribunais de segunda instância, deixando o estudo dos recursos especial e extraordinário repetitivos para outra oportunidade.

Fixadas essas balizas iniciais, nos termos do 976 do CPC, revela-se cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente, a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e haja risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, podendo ser suscitado pelo juiz ou relator, de ofício, pelas partes, por petição, ou pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, cabendo seu julgamento ao órgão indicado pelo regimento interno do tribunal dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência.

Ressalte-se que não é cabível o incidente de resolução de demandas repetitivas em segundo grau quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

Então, havendo os pressupostos de cabimento acima indicados, um dos legitimados poderá apresentar o incidente, dirigido ao presidente de tribunal, instruindo-o com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para sua instauração.

Distribuído o incidente, o órgão colegiado competente para julga-lo procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos de seu cabimento, apreciando a regularidade foral e a efetiva existência de repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, assim como a existência de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, ressaltando que a inadmissão do incidente por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.

Uma vez admitido o incidente, o relator determinará a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso, podendo requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias, além de intimar o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no mesmo prazo.

A suspensão dos processos, em princípio, poderá durar até 1 (um) ano. Todavia, superado o prazo inicial de 1 (um) ano de suspensão sem que o incidente tenha sido julgado, cessa a suspensão dos processos, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

A suspensão dos processos em função da admissibilidade do IRDR deverá ser comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes, não prejudicando, todavia, a apreciação de pedido de tutela de urgência, que deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso.

Então, salvo determinação em sentido diverso, a suspensão dos processos em razão da admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas não prejudica a apreciação dos pedidos de tutela de urgência e nem suspende a eficácia das tutelas de urgência anteriormente concedidas.

Anote-se que não é todo pedido de tutela provisória pode ser apreciado na vigência da suspensão processual decorrente da admissão do IRDR, mas apenas os pedidos de tutela de urgência, o que leva à conclusão, *contrario sensu*, de que o pedido de apreciação de tutela de evidência não se encontra acobertado pela exceção permissiva em referência.

Neste trilhar, após a fase de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, há previsão para que haja um amplo debate e instrução, com divulgação e publicidade por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

Neste contexto, é digno notar que o incidente de resolução de demandas repetitivas ganha feições de processo coletivo, já que o resultado de seu julgamento ultrapassará a esfera dos interesses das partes diretamente envolvidas, tendo em vista a força vinculante do precedente a se formar.

O relator, então, ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, seguindo-se com a manifestação do Ministério Público, no mesmo prazo, podendo ainda o relator designar audiência pública, para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

Neste cenário, percebe-se que julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas é permeado pelo cuidado no sentido de se ampliar o debate sobre a matéria em pauta, com a finalidade de amadurecer a tese em discussão, garantindo que o precedente a ser formado seja fruto de largo debate.

Após a fase de manifestações, instrução e diligências, o processo será levado a julgamento. Inicialmente o relator fará a exposição do objeto do incidente, facultando, na sequência, a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário e ao Ministério Público, pelo prazo de 30 (trinta) minutos, bem como aos demais interessados, no prazo de 30 (trinta) minutos, divididos entre todos, findando com a discussão e julgamento pelos integrantes do órgão colegiado julgador.

Com a proclamação do resultado do julgamento e a consequente formação da tese jurídica, o precedente formado deverá ser aplicado a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região, assim como aos casos futuros que versem acerca de idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal.

Assim, como se viu, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, conhecido simplesmente como IRDR, possui feição procedimental de caráter incidental com aptidão de forma precedente judicial com força vinculante. Então, o IRDR nada mais é do que um procedimento de índole coletiva trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, disciplinando os trâmites processuais para se criar um precedente judicial obrigatório para demandas repetitivas, não se confundindo, repita-se, com o precedente formado.

3. A UTILIZAÇÃO DOS INCIDENTES DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO ÂMBITO DA FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS.

Como se viu, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é um instrumento processual com aptidão para formação de precedente jurídico vinculante, ofertando solução processual para resolução eficiente e isonômica das demandas repetitivas.

A Fazenda Pública, por certo, foi um dos principais destinatários idealizados pelo legislador ao criar o IRDR, já que é o segmento que seguramente possui o maior número de demandas com controvérsias sobre as mesmas questões de direito. Sem dúvida alguma o setor público é o sujeito com maior aptidão para se beneficiar dos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas e dos precedentes jurídicos deles formados.

Neste cenário, basta fazer referência às milhares de demandas judiciais de servidores públicos pleiteando vantagens funcionais sobre as quais há impasse jurídico acerca da interpretação do dispositivo jurídico que as fundamentam. Então, a possibilidade de se obter, através do IRDR, a suspensão de milhares de processos e resolução uniforme de todos eles, mediante aplicação da tese jurídica firmada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais, mostra-se bastante promissora.

Não obstante, ao menos no âmbito da Fazenda Pública do Estado de Alagoas, tem se percebido que o IRDR vem sendo subutilizado. Em pesquisa no site do Tribunal de Justiça de Alagoas foi possível constatar que existem apenas 9 (nove) Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas cadastrados, tendo todos eles sido inadmitidos. Com a mesma timidez, há notícia da propositura de apenas 2 (dois) IRDRs pelo Estado de Alagoas, sendo um deles proposto no processo de nº 0725201-65.2013.8.02.0001, referente à controvérsia acerca do cálculo do Prêmio de Produtividade Fiscal tendo como limite de referência o subsídio do Governador do Estado de Alagoas, que não foi admitido, e outro atravessado no processo de nº 0710948-04.2015.8.02.0001, tendo como questão de fundo as promoções de militares à graduação de 3º Sargento, sem observância das vagas existentes, que sequer teve sua admissibilidade apreciada.

Assim, restou apurado que, embora vigente desde março de 2016, não há notícia de nenhum do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas efetivamente admitido e julgado no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Alagoas.

Como se viu, o IRDR, em sua concepção, mostrou-se um instrumento bastante promissor para administração das demandas de massa, todavia, a realidade no âmbito do Estado de Alagoas, tem evidenciado que esta ferramenta não tem sido aproveitada adequadamente. Ora, se existe o problema da massificação de demandas repetitivas e um instrumento processual para administrar essa realidade, por que não se está utilizando dessa ferramenta ofertada pelo Direito Processual Civil? Evidentemente, algo há de errado!

Neste cenário, em reflexão sobre as possíveis razões para baixa adesão no que tange à utilização do IRDR, emerge intuitivamente em um primeiro pensamento a estagnação da cultura jurídica local para lidar com os novos instrumentos processuais disponíveis para administração das demandas repetitivas. Sem dúvida, as fortes e consolidadas bases individualistas do processo civil tradicional, ainda arraigadas em boa parte da comunidade jurídica, têm contribuído para a dificuldade no deslanche dos mecanismos de resolução de demandas repetitivas.

Já no espectro da Fazenda Pública Estadual há alguns fatores que têm recomendado muita cautela no manejo dos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas. Isso porque o IRDR é considerado uma arma processual muito poderosa, podendo trazer sérias consequências para o Ente Público. Com licença para uma alusão coloquial, é como se fosse um tiro de canhão de uma bala só: se der certo, excelente, mas se não der as consequências podem ser muito gravosas para a Fazenda Pública envolvida.

Então, se por um lado o manejo do IRDR pode trazer mais conforto para administração do acervo processual sob responsabilidade da Procuradoria Geral do Estado, de outro, pode acarretar graves consequências para Administração Pública, acaso o precedente jurídico formado não seja favorável. Basta imaginar uma das várias situações

em que servidores públicos buscam a percepção de determinada vantagem remuneratória, onde um precedente jurídico vinculante desfavorável pode trazer graves problemas de ordem financeira para o Ente Público.

Neste cenário, no âmbito da advocacia pública, tem se recomendado muita cautela para com a utilização do IRDR, com a realização prévia de um minucioso estudo acerca da viabilidade do incidente e das consequências positivas e negativas do seu resultado, que, repita-se, podem ser devastadoras para as finanças da Administração.

Em outro viés, não se pode desconsiderar que, em muitas situações, a instauração de um IRDR certamente provocará uma reação e um lobby jurídico muito forte por parte de entidades de classes interessadas, com um potencial de pressão e convencimento jurídico muito forte. Assim, ao decidir fazer uso do IRDR, o órgão da advocacia pública interessado deverá estar preparado para fazer um acompanhamento diferenciado da situação, inclusive mediante trabalho de convencimento individualizado nos gabinetes dos magistrados, o que possivelmente será feito com muito afincamento pela parte adversa.

Assim, a Fazenda Pública, especialmente por meio de seu órgão de advocacia, não pode desconsiderar que a propositura de um IRDR vai demandar um acompanhamento estrategicamente diferenciado, mediante uma acurada análise dos riscos, dos cenários jurídicos possíveis e das consequências práticas do precedente a ser formado, de modo que o ajuizamento do incidente não se esgota com a confecção da peça e seu protocolo perante tribunal competente, muito pelo contrário, essa opção processual exige um acompanhamento prioritário e estrategicamente organizado.

Ressalte-se que estas ponderações jamais podem servir para inibir a utilização de tão importante mecanismo processual, sendo apenas considerações acerca da importância que precisa ser ministrada em relação a sua utilização.

Enfim, sem a pretensão de esgotar o tema, o que demandaria um estudo muito mais aprofundado, é perceptível a baixa adesão no âmbito do Estado de Alagoas no que se refere ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, sendo patente a necessidade de que buscar compreender as razões deste cenário, que se mostra absolutamente contraditório com a realizada caótica gerada pela massificação das demandas, sobretudo aquelas envolvendo a Fazenda Pública.

4. CONCLUSÕES

Conforme restou exposto ao logo deste breve estudo sobre o instituto processual do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, esta ferramenta, que possui natureza jurídica de procedimento incidental com feição coletiva, com aptidão para formação de precedente jurídico vinculante, tem se revelado um promissor mecanismo para

administração das demandas de massa de caráter repetitivo, sobretudo no âmbito dos processos judiciais envolvendo a Fazenda Pública.

Ao contrário do que se observa nos precedentes meramente persuasivos, o precedente que pode se formar em decorrência do julgamento de um IRDR qualifica-se como precedente vinculante, o que o torna de obrigatória aplicação para juízes e para o próprio Tribunal, dispondo, inclusive, de mecanismos processuais a seu serviço para fazer preservar sua autoridade, como a possibilidade de utilização de reclamação, nos termos do artigo 988 do Código de Processo Civil, além de possibilitar o cabimento de recurso com capítulo destinado a combater a inobservância do precedente judicial violado, o que não ocorre diante de precedentes meramente persuasivos.

Todavia, não obstante o IRDR tenha se mostrado em sua concepção uma ferramenta bastante promissora para administração das demandas repetitivas, na prática, ao menos no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Alagoas, sua utilização não tem sido contemplada com a importância que merecia.

Neste contexto, tem-se observado que a realidade revela a existência de um gravíssimo problema da multiplicação desenfreada de demandas repetitivas, sobretudo no âmbito da Fazenda Pública Estadual, assoberbando não só o Poder Judiciário, mas também a Procuradoria Geral do Estado e Defensoria Pública. De outro lado, há uma promissora ferramenta processual, com feição coletiva e aptidão para, a partir de um único julgamento, resolver, de um só jato, todos os processos de igual teor, imprimindo assim uniformidade e celeridade na resolução das demandas.

Então, se há o problema e um mecanismo processual à disposição para sua resolução, por que não está sendo utilizado? Evidentemente, não se tem uma resposta pronta para esse intrigante questionamento, mas, por outro lado, revela-se patente a necessidade de que buscar compreender as razões para formação deste cenário, que se mostra absolutamente contraditório com a realidade caótica gerada pela massificação das demandas, sobretudo aquelas envolvendo a Fazenda Pública.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: Edipro, 2001.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: Editora UNB, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. V.1

_____. **Lições de Direito Processual Civil**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. V.2.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 2.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**: O Processo Civil nos Tribunais, Recursos, Ações de Competência Originária de Tribunal e Querella Nullitatis, Incidentes de Competência Originária de Tribunal / Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha. 14. ed – Salvador; Ed. Jus Pudivm, 2017. V.3.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008.

LENZA, Pedro, **Direito Constitucional Esquematizado**. 11ª ed. São Paulo: Método, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v.1.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Existência. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Direito Processual Civil. 41ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

OS PRINCIPAIS IMPACTOS DA MEDIDA PROVISÓRIA 881/19 NO DIREITO EMPRESARIAL

JOSÉ MENDES PEREIRA NETO:

Graduando do Curso de Direito, pela Universidade Luterana do Brasil – ILES/ULBRA, Itumbiara/GO. Ex-estagiário da 3ª Vara Cível, fazendas Públicas Municipais e Ambiental de Itumbiara/GO.

CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA GONTIJO³

(orientador)

RESUMO: O artigo pretende responder a seguinte problemática: quais foram os impactos legislativos no âmbito empresarial a partir da medida Provisória 881/19?. Nesse sentido, buscou-se discorrer sobre o contexto histórico e evolução do direito comercial/empresarial na história; conceituar os indivíduos que integram a sistema empresarial brasileiro (empresário, empresa, tipo empresarial e sócios); por fim, analisar os impactos da Medida Provisória 881/19 no âmbito empresarial, que surgiu, de acordo com o Governo Federal, pautada na necessidade de desburocratizar e instituir a declaração de direitos de liberdade econômica, sobretudo estabelecendo garantias de livre mercado. A metodologia utilizada neste artigo foi por meio de pesquisa exploratória de forma qualitativa, utilizando-se do procedimento bibliográfico e fontes interdisciplinares, bem como do método de abordagem e análise dedutiva sobre os principais impactos da medida provisória 881/19 no direito empresarial. Conclui-se que as alterações realizadas no direito empresarial visaram desburocratizar, gerar liberdade ao empresário, maior facilidade para aqueles que pretendem iniciar atividade empresarial, sobretudo reduzir custos com exigências legais que anteriormente eram obrigatórias, assim, cria um cenário mais favorável ao empreendedorismo.

Palavras chave: Empreender. Desburocratização. Direito Empresarial. Liberdade. Medida Provisória.

ABSTRACT: The article intends to answer the following issue: what were the legislative impacts in the business sphere from the Provisional measure 881/19?. In this sense, we sought to discuss the historical context and evolution of commercial/business law in history; conceptualize the individuals that make up the Brazilian business system

³ Professor, mestre e orientador do Trabalho de Conclusão de Curso, do Curso de Direito, pela Universidade Luterana do Brasil – ILES/ULBRA, Itumbiara/GO.

(entrepreneur, company, business type and partners); finally, to analyze the impacts of Provisional Measure 881/19 in the business sphere, which emerged, according to the Federal Government, based on the need to reduce bureaucracy and institute the declaration of economic freedom rights, above all by establishing free market guarantees. The methodology used in this article was through exploratory research in a qualitative way, using the bibliographic procedure and interdisciplinary sources, as well as the method of approach and deductive analysis on the main impacts of provisional measure 881/19 on business law. It is concluded that the changes made in business law aimed to reduce bureaucracy, generate freedom for the entrepreneur, greater ease for those who intend to start business, above all to reduce costs with legal requirements that were previously mandatory, thus creating a more favorable scenario for entrepreneurship.

Keywords: Undertake. Debureaucratization. Business Law. Freedom. Provisional Measure.

1. INTRODUÇÃO

O artigo em epígrafe tem como finalidade analisar os impactos legislativos causados no ecossistema empresarial com o advento da medida provisória 881/19, posteriormente, convertida na lei 13.874/19. Denominada e reconhecidamente difundida como a “Lei da Liberdade Econômica”, para instituir a declaração de direitos de liberdade econômica e garantias de livre mercado.

Neste sentido, o cenário empresarial e econômico da última década, repercutiu diretamente nas relações jurídicas, e de forma significativa no direito empresarial, buscando atualizar a legislação ao atual modelo do empreendedorismo, consubstanciados na liberdade econômica, livre iniciativa e concorrência, propriedade privada e acessibilidade ao início das atividades empreendedoras, principalmente, levando em consideração o atual cenário econômico brasileiro. Em tempo, diversos problemas assolavam os empresários brasileiros, seja individual, seja societário, principalmente quanto a personalidade jurídica das empresas e os requisitos para desconsideração desta personalidade; especificamente o empresário individual, a necessidade de instituir um tipo empresarial que garanta proteção ao patrimônio pessoal, de forma mais acessível aos empresários individuais.

Assim, a temática das legislações que buscam efetivar a liberdade e acessibilidade econômica ao direito empresarial se mostra como terreno fértil às atualizações advindas das demandas e modelos empresariais, consubstanciados em princípios constitucionais basilares da carta magna brasileira, que buscam gerar um cenário mais favorável, desburocratizado e menos oneroso aos empreendedores, para atender os anseios desta classe. Sim, efetivar atualizações e atender os anseios, pois é certo que o direito empresarial sofreu inúmeras mudanças desde seu surgimento, isso é um dado histórico entre nós. A importância social das questões econômicas e empresariais, para

além da base constitucional, implicou na intervenção legislativa. Ante a tais fatores, sobrevém a problemática originária do presente trabalho, qual seja: Quais os impactos legislativos causados no direito empresarial com o advento da medida provisória 881/19, posteriormente, convertida na lei 13.874/19?

De plano, a hipótese mais imediata e convincente a ser posta para satisfação dos pressupostos metodológicos encontra-se melhor caminho na efetivação da liberdade econômica e segurança jurídica por meio de reformas legislativas, objetivando requisitos que antes eram subjetivos; gerando maior amplitude aos empresários individuais para usufruírem da responsabilidade limitada; reduzindo custos e obrigações inerentes as Companhias. Todavia, destaca-se, que serão realizadas análises das alterações legislativas e de algumas peculiaridades no decorrer da construção deste trabalho. Define-se, portanto, uma abordagem mais técnica e pragmática próxima hermenêutica jurídica.

Colocadas essas questões, o presente artigo de trabalho tem como objetivo geral, buscar compreender os fatores que influenciaram nas alterações ocasionados ao ecossistema empresarial, conduzindo-o ao modelo de economia com menor burocracia, custos efetivos e amplitude de acesso ao mundo dos negócios.

O primeiro objetivo específico, visa contextualizar o surgimento do direito empresarial e sua evolução conjunta às atividades comerciais. O segundo objetivo específico, visa conceituar os personagens que moldam o ecossistema empresarial (empresário, empresa, empreendimento e tipo empresarial). Já o terceiro e último objetivo específico, visa analisar e adentrar com maior ênfase nas legislações que tratam do direito empresarial brasileiro e suas alterações, face a vigência da MP 881/19, convertida na Lei da Liberdade Econômica (lei 13.874/19) e os impactos causados neste ecossistema das empresas.

Este artigo científico se justifica, pela iniciativa de influenciar debates e análises dos aspectos estruturantes do pensamento jurídico, por uma parte, e histórico e sociológico por outra, ao mesmo tempo capaz de fortalecer o debate crítico sobre a desburocratização e efetivação das liberdades econômicas no direito empresarial, haja vista as constantes variáveis que circulam o meio político, social e jurídico no que tange a melhoria da condição econômica e social brasileira, consubstanciados na interpretação normativo-constitucional.

O presente trabalho será realizado por meio de pesquisa exploratória de forma qualitativa, utilizando-se do procedimento bibliográfico e fontes interdisciplinares, bem como do método de abordagem e análise dedutiva sobre os principais impactos da medida provisória 881/19 no direito empresarial.

Na primeira seção, visa-se discorrer sobre o surgimento e evolução jurídica do direito comercial/empresarial, fazendo um breve relato sobre a evolução e expansão comercial, bem como a necessidade de efetivar uma legislação regulamentada pelo Estado versando, exclusivamente sobre as relações comerciais.

Partindo para a segunda seção, faz-se oportuno, portanto, compreender os conceitos dos sujeitos que integram a relação empresarial, sejam as empresas, empresários, sócios e tipos empresariais.

Por fim, na terceira e última seção, é absolutamente imprescindível falar sobre os impactos da MP 881/19 na legislação empresarial brasileira, Código Civil, e legislações específicas que tratam sobre aspectos empresariais, finalizando com breves comentários sobre a desconsideração da personalidade jurídica, criação da Sociedade Unipessoal Limitada em detrimento do EIRELI, e as publicações obrigatórias e novos valores para o regime simplificado de publicidades de atos societários para sociedades anônimas.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO EMPRESARIAL NA HISTÓRIA

Inicialmente, importante registrar que a história do direito empresarial/comercial, ou melhor, o surgimento desta área jurídica é assunto dubitável no campo das doutrinas, seja por operadores do direito, seja por filósofos, sociólogos e antropólogos. Neste sentido, afirma Rubens Requião (2012) que: “o direito comercial surgiu na Idade Média com o desenvolvimento do tráfico mercantil” (apud ALEJARRA, 2013, p. 01).

Em contrapartida, outros doutrinadores afirmam que o surgimento do direito Comercial, bem como contribuições diretas para o desenvolvimento do tipo jurídico, atravessou gerações, iniciando nos romanos, passando por fenícios, assírios, babilônicos e os gregos (ALEJARRA, 2013, p. 01). Cabe ressaltar que no Museu do Louvre, está a pedra em que foi esculpido o Código de Hamurabi, a mais de 2.000 anos a.C., contendo normas de regulavam a atividade mercantil, mas sem configurar um sistema de normas passível de ser chamado de Direito Comercial (ALEJARRA, 2013, p. 01).

Gladston Mamede (2004, apud ALEJARRA, 2013), cita o aparecimento de normas de Direito Comercial em épocas mais longínquas ainda nas regiões de *Ure Lagash*, porém informando que a maciça doutrina indica como florescimento desse ramo do direito privado o aparecimento dos primeiros burgos (cidades burguesas). Ocorre que, no Império Romano, conhecido por ser o precursor do sistema romano-germânico (Civil Law), pautado estruturalmente sobre a propriedade e atividades comerciais rurais, ainda não existia autonomia do direito comercial como um segmento próprio jurídico.

Apesar de existir algumas regras de direito comercial em tempos remotos, tais regras esparsas não formaram um corpo sistematizado de normas capazes de inaugurar a autonomia do Direito Comercial. Devido à inexistência de um poder estatal centralizado e unificado, concomitantemente ao declínio do Império Romano, inúmeras cidades/povoados foram se formando no território romano, com a influência do cristianismo e a decadência do modelo aristocrático, o modelo mercantilista foi ganhando espaço, já que as cidades/povoados formados não possuíam recursos próprios para sobreviverem; não sendo autossuficientes, acabavam necessitando de outras cidades/povoados próximos para, fomentando o comércio (ALEJARRA, 2013, p. 01).

Ulteriormente, com o advento da classe comerciante na idade média, denominada “burgueses”, em homenagem, essencialmente, às pequenas cidades chamadas de “burgos” que, estavam em ascensão face ao enfraquecimento do modelo comercial feudal onde o comércio se pautava nas trocas de mercadorias (escambo).

A partir deste momento de ruptura na idade média, ascensão das atividades econômicas, bem como do êxodo rural e a facilitação de locomoção nas vias comerciais do norte e do sul da Europa, observa-se o declínio do sistema feudal, gerando na sociedade uma necessidade de regulamentação do comércio para evitar a desordem, visando garantir segurança, direitos, obrigações e principalmente elaboração de uma economia de mercado conjuntamente com uma moeda.

Nesse sentido, o sistema comercial sofreu atualizações, já que o modelo de trocas “escambo” gerava algumas limitações, passando, a passos curtos, adotar o modelo de economia de mercado, bem como elaboração de uma moeda, sistema similar ao utilizado até os dias atuais. Com este modelo de mercado, a produção e comercialização foi se distanciando de ser unicamente para subsistência e troca, para se aproximar do modelo de vendas, gerando ao produtor de determinado insumo possibilidade de ampliar sua produção, mercado e variedades. Momento em que, face a reprimenda que sofriam os comerciantes pelo poder estatal, surgiu um sistema capitalista primitivo, uma nova mentalidade: “a mentalidade burguesa”.

2.1 Corporações de ofício ou mercadores

Em tempo, visando o crescimento comercial e econômico, bem como a busca de espaço para desenvolvimento, surgem as guildas/mesterais ou corporações de mercadores – união de comerciantes e profissionais de diversas áreas que se uniram e para organizar e defender interesses econômicos e profissionais similares – foram muito importantes para as conquistas e espaços que os comerciantes ganharam ulteriormente. Por fim, essas associações davam assistência e segurança aos seus membros.

Foi perceptível em toda Europa Ocidental os resultados do fortalecimento das guildas e corporações mercantes, ocasionando uma oposição aos nobres e soberanos da linhagem aristocrática, principalmente na Itália e Alemanha, nas costas do Mar do Norte, especificamente nesta última surgiu a "*Hansa*", uma coligação de cidades mercantilistas alemãs, podendo destacar entre todas, as cidades de *Hamburgo* e *Lubeck*. Cabe ressaltar que o direito comercial aplicado às corporações era limitado aos membros destas, destacando seu caráter corporativo e subjetivista, semelhante aos atuais sindicatos de classes.

Alfredo Rocco (1931), aduz:

Aos costumes formados e difundidos pelos mercadores, se estes estavam vinculados; os estatutos das corporações estendiam a sua autoridade até onde chegava à autoridade dos magistrados das corporações, isto é, até os inscritos na matrícula; e, igualmente à jurisdição consular que estavam sujeitos, somente, os membros da corporação (apud ALEJARRA, 2013, p. 01).

Ocorre que, com toda a força que vinham ganhando os comerciantes, os diplomatas visando a ampliação da sua jurisdição e poder de atuação, realizaram alterações nas normativas das corporações de mercadores em busca da aplicação ampla do direito comercial, deixando de limitar as regras aos inscritos, estendendo-as a todos que praticarem atos condizentes com o comércio, delineando-se o novo conceito normativo do direito comercial/empresarial.

A abertura do direito das corporações aos demais cidadãos foi vista pela população em geral com bons olhos, visto que o direito outorgado pelo Estado era precário e com sérias tendências usurpadoras. Neste cenário, na idade média, as corporações de mercadores foram responsáveis por alavancar o Direito Comercial, bem como sua concretização como um ramo autônomo e especial do direito; principalmente na Itália, sendo considerada como berço histórico do direito comercial.

2.2 Teoria dos atos de comércio – liberdade comercial

Com o advento do modelo de governo monárquico, concomitantemente às novas práticas mercantis, gerou-se um clamor em prol da objetivação do direito comercial, bem como a necessidade de regulamentação que possibilitasse organizar a estrutura comercial, definindo quem são considerados comerciantes a partir da prática mercantilista, sem exigir vínculo direto com qualquer corporação de ofício.

Assim, já na revolução Francesa, o símbolo de garantia da igualdade entre as classes sociais era a centralização e unificação do direito comercial na tutela do Estado

Governante. Desta forma, não se exige mais a inscrição nas corporações de ofício para exercer efetivamente os atos comerciais, ou seja, a partir deste momento, o comerciante é todo indivíduo que exerce atos determinados atos comerciais, possibilitando a todos a oportunidade de se tornar comerciante.

Em outras palavras, o direito comercial adotou o caráter objetivista, se o indivíduo pratica atos comerciais, este é considerado comerciante, consubstanciado na ideia de igualdade e contrário à teoria subjetivista que, essencialmente, era seletiva, restringindo o privilégio do Direito Comercial aos inscritos nas corporações. Assim, a incorporação na legislação da Teoria dos Atos de Comércio, ocorreu com o Código Civil Francês ou, reconhecidamente como Código de Napoleão, no início do século XIX, sendo considerado o marco do tratamento jurídico da atividade mercantil, bem como pelo famoso lema liberdade, igualdade e fraternidade, entre os homens (ALEJARRA, 2013, p. 01). Na legislação brasileira, os reflexos doutrinários dos Atos de Comércio foram incorporados à legislação que versa sobre as questões mercantis, como foi o caso do Código Comercial de 1850 (BRASIL, 1850).

Antes de adentrar a evolução do direito comercial/empresarial no Brasil, é importante destacar que, não foi descrito no Código Comercial Brasileiro quais seriam os requisitos que determinavam um comerciante, sendo posteriormente, descrito pelo decreto nº 737/1850, que os comerciantes, sinteticamente, eram identificados pela prática habitual e lucrativa de comercialização de bens ou mercadorias (BRASIL, 1850).

2.3 Evolução jurídica do direito empresarial no brasil

Observa-se que o direito comercial brasileiro foi incorporado a partir da lei nº 556/1850 (Código Comercial), deste ponto, como todo âmbito jurídico e social, não ficou estático, sofrendo inúmeras alterações até os dias atuais. Outras normativas foram surgindo, concomitantemente, realizando alterações no Código Comercial de 1850, como é o caso do decreto lei nº 305 de 1967, que versa sobre a legalização dos livros de escrituração das operações mercantis, acrescentando outros livros obrigatórios para as sociedades por ações, elencados nos incisos de I a VIII do referido decreto-lei (LIMA FILHO, 2015, p. 01).

Atualmente, a legislação brasileira que versa sobre os direitos empresariais é, essencialmente, amparada pelo Código Civil Brasileiro, com capítulo dedicado ao direito das empresas. Não obstante, existe legislações específicas, decretos, provimentos e leis complementares que integram o sistema jurídico empresarial brasileiro, podendo destacar a recente medida provisória 881/19 que deu origem a lei da liberdade econômica e outras legislações presentes no cenário empresarial (LIMA FILHO, 2015, p. 01).

Neste sentido, é possível observar a mutabilidade do direito comercial/empresarial no decorrer da evolução comercial, desde o escambo (idade média) até as atividades estruturais da empresa (mundo contemporâneo), visando satisfazer as necessidades dos modelos comerciais existentes em cada época, bem como buscando cada vez maiores evoluções, como a personificação das empresas.

Imprescindível no estudo do direito empresarial contemporâneo, compreender os conceitos básicos que circulam este meio, já que se criou na legislação brasileira, um ecossistema empresarial complexo a partir da teoria da empresa, assim, será necessário a compreensão do que se trata o empresário, empresa, sócios e tipos empresariais.

3. TEORIA DA EMPRESA E ORDEM ECONÔMICA

Ao se tratar de direito empresarial é de suma importância entender os conceitos daqueles que formam uma relação empresarial, ou seja, o empresário, empresa e os sócios, possibilitando a compreensão do sistema jurídico empresarial. O empresário, de acordo com o conceito jurídico previsto no artigo 966 do Código Civil de 2002, é "aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção de bens ou serviços" (BRASIL, 2002). Partindo dessa premissa inicial, se torna possível observar a caracterização do empresário em três vertentes: "profissionalismo"; "uma atividade econômica organizada"; e sobretudo, "capaz de produzir bens ou serviços".

O profissionalismo de acordo com Marcio Morena Pinto, engloba outras características essenciais, veja:

Profissionalismo deve englobar os conceitos de **personalidade, habitualidade e monopólio das informações.**

A personalidade se traduz na qualidade do modo como se exerce a atividade, não se requerendo, necessariamente, que o empresário exerça a atividade sozinho, pois ele pode contratar empregados, mão-de-obra para a consecução da atividade, etc. E a habitualidade diz respeito à repetição diuturna da atividade empresarial, à reiteração da sua prática. Assim, **não será empresário aquele que exerce, esporadicamente ou eventualmente,** a venda de bens móveis, por exemplo.

O último elemento do profissionalismo é o monopólio das informações. Isso significa que **o empresário detém – ou deveria deter - todo o conhecimento e informações acerca do produto ou serviço que executa,** ou seja, conhece as técnicas de produção dos bens e da execução dos serviços, qualidades necessárias,

matéria-prima empregada, condições de uso, nocividade, defeitos e outros (PINTO, 2013, grifo nosso)

A segunda característica do empresário é a atividade econômica organizada, ou seja, trata-se da própria empresa, o empreendimento, não se podendo confundir com estabelecimento comercial, local onde se desenvolve a atividade. Neste ponto, fica evidente a diferenciação do empresário face a empresa, haja vista que a empresa é a própria atividade organizada com finalidade econômica, obtenção de lucro; inexistindo outros requisitos que a defina, como se exige ao empresário. Por último, o empresário necessita de produzir algum tipo de produto/mercadoria, ou, realizar prestação de serviços.

Cabe ressaltar que o próprio artigo 966, parágrafo único do CC/02 preconiza uma ressalva aos casos de profissionais intelectuais (advogados, engenheiros, médicos, dentistas, escritores, atores, entre outros), embora estes profissionais também produzam riqueza e suas atividades sejam econômicas e organizadas, não são definidos como empresários. Corroborando ao descrito, o enunciado 194 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF) preconiza: “Os profissionais liberais não são considerados empresários, **salvo se a organização dos fatores de produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida**” (PINTO, 2013, p. 01, grifo nosso).

A título de exemplo, o fator de produção é mais importante do que a atividade pessoal desenvolvida quando o profissional liberal resolve expandir seu negócio e passa a contratar outros profissionais visando expandir sua clientela, bem como desenvolver sua própria rede de negócios. Nos dias atuais podemos identificar inúmeras empresas odontológicas que utilizam esse modelo como a *Odonto Company* e *Oral Sin*.

Ademais o empresário pode tanto ser pessoa física quanto pessoa jurídica, *in verbis*:

O empresário pode ser pessoa física ou jurídica, empresário individual ou sociedade empresarial. Desse modo, não se confunde empresário com os sócios de uma sociedade empresária, já que estes podem ser empreendedores ou investidores, enquanto o empresário é a própria sociedade, um sujeito de direito com personalidade autônoma em relação aos sócios (NASCIMENTO, 2018, p. 01).

Deve-se desde logo acentuar que os sócios da sociedade empresária não são empresários. Quando pessoas (naturais) unem seus esforços para, em sociedade, ganhar dinheiro com a exploração empresarial de uma atividade econômica, elas não se tornam empresárias. A sociedade por elas constituída, uma pessoa jurídica com personalidade autônoma, sujeito de direito independente, é que será empresária, para todos os efeitos legais.

Deste modo:

Os sócios da sociedade empresária são empreendedores ou investidores, de acordo com a colaboração dada à sociedade (os empreendedores, além de capital, costumam devotar também trabalho à pessoa jurídica, na condição de seus administradores, ou as controlam; os investidores limitam-se a aportar capital). As regras que são aplicáveis ao empresário individual não se aplicam aos sócios da sociedade empresária – é muito importante apreender isto (NASCIMENTO, 2018. Página única).

Assim, observado a definição elucidada no art. 966 do Código Civil/2002, bem como da análise realizada neste tópico, é possível observar as características e premissas que permitem identificar a figura da empresa e empresário, essenciais para compreensão do sistema jurídico empresarial brasileiro e seus tipos empresariais.

3.1 Da empresa

As empresas podem ser classificadas por sua atividade econômica; sua constituição jurídica e; titularidade do capital. Quanto sua atividade econômica é subdividida em setores, sendo eles: setor primário (exploração de recursos naturais, a exemplo das atividades agropecuárias, agrícolas e pesqueiras); setor secundário (atividades voltadas à transformação/exploração de matérias-primas, como as indústrias e a construção civil); por fim, o setor terciário (são as empresas voltadas à prestação de serviços ou comércio).

O segundo ponto dentre a classificação das empresas, trata-se da constituição jurídica, ou seja, o formato em que elas foram constituídas, podendo ser empresas individuais, quando pertencem a um único sócio; empresas societárias, aquelas que são constituídas por mais de uma pessoa/sócio (Sociedades anônimas "S/A", Responsabilidade Limitada "Ltda" e etc); e por fim, classificação quanto a titularidade do capital social, ou seja, empresas privadas, empresas públicas ou de economia mista, sendo as primeiras aquelas que o capital social é proveniente de particulares, enquanto a segunda tem como controlador a figura do Estado, e a terceira, o capital dividido entre particulares e o Estado, denominada como empresas de economia mista.

Em relação a constituição jurídica societária das empresas, o Código Civil Brasileiro prevê a exigência de estabelecer um tipo empresarial dentre os existentes, quais sejam: Sociedade Simples; Sociedade Limitada (LTDA); Sociedade em nome Coletivo; Sociedade em Comandita Simples; Sociedade em Comandita por Ações; Sociedades Anônimas (S/A); Sociedades em Conta de Participação; Sociedade de Advogados e por fim

a mais recente Sociedade Unipessoal Limitada (SLI), inserida no ordenamento jurídico pela lei 14.195 de 26 de agosto de 2021.

Definido o tipo empresarial que se enquadra nas necessidades do empreendimento; do faturamento; porte ou tamanho; e dos sócios, a legislação empresarial exige realizar o registro da empresa nos órgãos competentes, sendo na esfera federal, o Departamento Nacional do Registro Empresarial e Integração (DREI), e na esfera estadual, as juntas comerciais.

A exigência do registro nos órgãos competentes está prevista no artigo 1º da lei 8.934/94, responsável por regulamentar os registros públicos de empresas mercantis e atividades afins. Assim, de forma sintética e objetiva, ficam demonstrados os conceitos básicos de empresário, empresas e tipos societários/empresarial, possibilitando mais adiante demonstrar as alterações sofridas no direito empresarial brasileiro devido as necessidades dos novos modelos comerciais, sobretudo, diante do cenário pandêmico do COVID-19.

3.2. Da ordem econômica constitucional: alicerces da liberdade econômica

Com o advento da lei 13.874/19, denominada, também, como Lei da Liberdade Econômica, foram promovidas inúmeras discussões voltadas às questões de Ordem Econômica Constitucional, previstas no artigo 170 e seguintes da CF/88. Como bem denota Gustavo Ribeiro Rocha, "em que pese a inexistência da pretensão de um estudo aprofundado em Direito Constitucional, cumpre notar que, naqueles artigos, especialmente no art. 170, há importantes princípios, relacionados à atividade empresarial, consagrados pela Constituinte de 1988" (ROCHA, 2020. p. 01).

Nesse sentido, os princípios da propriedade privada e livre concorrência, previstos no artigo 170, incisos II e IV, da CF/88, fundamentam a instituição da declaração de direito e liberdade econômicas, bem como garantias de livre mercado, que preambularmente, são os objetivos da Medida Provisória 881/19, posteriormente, convertida na Lei da Liberdade Econômica.

Consubstanciados pelos princípios descritos, abalizados a partir de 1988, o direito empresarial sofreu recentes alterações, principalmente no decorrer de 2019, mas que ainda estão sendo realizadas, em prol do incentivo à iniciativa privada e à liberdade econômica, assim, podemos passar à análise destas alterações e demonstrar nossa legislação atual.

4. O DIREITO EMPRESARIAL A PARTIR DA MP 881/19: CÓDIGO CIVIL E LEGISLAÇÕES ESPECÍFICAS

A legislação empresarial brasileira possui fundamento no Código Civil, especificamente no Livro II “do direito de empresa”, artigo 966 e seguintes. Ocorre que, inúmeras outras leis auxiliam a regulamentação do universo empresarial no Brasil, podendo destacar as leis 13.874/19; 13.818/19; e 14.195/21, entre outras, provenientes da MP 881/19. Nestas leis mencionadas, pode-se perceber que o ano de 2019 foi um marco para o direito empresarial, com mudanças significativas no modo *operandis* do empresariado brasileiro, já que estas legislações foram elaboradas no referido ano, com exceção da lei 14.195/21 que surgiu posteriormente, porém com respaldo na MP 881/19 e na lei 13.874/19 (lei da liberdade econômica) (LOPES; SANTOS; LEÃO, 2020. p. 01).

A lei 13.874/19, também conhecida como “lei da liberdade econômica” surgiu com a necessidade de instituir a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, bem como estabelecer garantias de livre mercado, conforme se observa no seu preâmbulo. Não obstante a lei 13.818/19, respaldada no fundamento da garantia de livre mercado, altera a lei 6.404/76 que trata, especificamente, sobre as sociedades anônimas (LPOES; SANTOS; LEÃO, 2020).

Ulteriormente, surgiu a lei 14.195/21, também consubstanciada nas garantias de livre mercado para dispor, conforme descreve seu preâmbulo:

Sobre a facilitação para abertura de empresas, sobre a proteção de acionistas minoritários, sobre a facilitação do comércio exterior, sobre o Sistema Integrado de Recuperação de Ativos (Sira), sobre as cobranças realizadas pelos conselhos profissionais, sobre a profissão de tradutor e intérprete público, sobre a obtenção de eletricidade, sobre a desburocratização societária e de atos processuais e a prescrição intercorrente [...] (BRASIL, 2021).

Assim, de acordo com Fernando Brandariz (2019, p. 01) “O ano de 2019 foi bastante movimentado na área do Direito Empresarial com a promulgação da Lei 13.874/2019, conversão da Medida Provisória 881/2019, a chamada Lei da Liberdade Econômica”. O curso do ano de 2019 ocorreram alterações legislativas relevantes com o propósito de facilitar a rotina empresarial no Brasil. Em abril de 2019, foi promulgada a Lei 13.818/2019, que alterou as normas de publicações previstas na Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas), com eficácia determinada para 1 de janeiro de 2022 (LOPES; SANTOS; LEÃO, 2020. p. 01).

Nota-se que os legisladores brasileiros se esforçaram para adaptar o direito empresarial ao cenário mais atual do mercado, visando atualizar a legislação para melhor atender os anseios dos empresários contemporâneos, sobretudo, trazer maior segurança jurídica ao empresariado, enfatizando o caráter personalíssimo das empresas; liberdade econômica e garantias de livre mercado.

4.1 lei 13.874/19: personificação da empresa, efetivando a autonomia das partes.

Inúmeras foram as alterações no código civil ocasionados pela lei da liberdade econômica, efetivando a segurança jurídica ao elaborar no direito das empresas um ecossistema de independência e liberdade face aos empresários, sócios e administradores.

A lei da liberdade econômica emolda segurança jurídica efetivando a objetivação da personalidade das empresas, conforme se abstrai do art. 7º, incluindo ao artigo 49-A do Código Civil de 2002 que “a pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores” (BRASIL, 2002). Ademais, o parágrafo único disciplina que “a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos (BRASIL, 2002), enfatizando personalização da empresa, face ao empresário.

Concomitantemente, foi inserido, ainda, o §7º no artigo 980-A do Código Civil, preconizando que “somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, hipótese em que não se confundirá, em qualquer situação, com o patrimônio do titular que a constitui, ressalvados os casos de fraude (BRASIL, 2002).

Neste contexto, a regra não é absoluta, existindo situações que levam a desconstituição da personalidade jurídica, essas situações acontecem por abuso da personalidade jurídica caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, conforme aduz o artigo 50 do Código Civil. Quanto ao desvio de finalidade da empresa, previsto no art. 50 do Código Civil, a lei da liberdade econômica acrescentou o §1º, determinando o desvio de finalidade como sendo “[...] a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza” (BRASIL, 2002). Não obstante, também foi inserido, o §2º, neste mesmo artigo, determinando o que se trata a confusão patrimonial:

Art. 50 [...]

§2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I - Cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa

II - Transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial (BRASIL, 2002).

Os §§1º e 2º acrescentados ao artigo 50 do Código Civil, visa estabelecer maior segurança jurídica, já que determinou um rol objetivo dos requisitos que ocasionam a desconsideração da personalidade jurídica, efetivando a autonomia patrimonial entre a sociedade e os sócios, bem como enfatizou ser um instrumento que, essencialmente, atende à livre iniciativa e ao desenvolvimento econômico.

A desconsideração ocorrida pelo descumprimento dos requisitos previstos no art. 50, §§ 1º e 2º e seus incisos do Código Civil, caracterizam a denominada teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, que anteriormente já era aplicada, todavia, agora vigora de forma explícita e objetiva, quanto às relações do direito civil e empresarial/comercial, já que na seara trabalhista existem inúmeras controvérsias face a aplicabilidade da teoria maior.

Neste sentido, partindo do pressuposto inicial de que a lei 13.874/19 será observada na aplicação e interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação, conforme preconiza o art. 1º, §1º, da referida lei, seria possível concluir a admissibilidade da teoria maior de desconsideração no âmbito processual trabalhista.

De plano, é possível identificar em inúmeras decisões recentes no âmbito trabalhista que, na justiça do trabalho ainda prevalece a teoria menor da desconsideração, o que influencia diretamente na estrutura empresarial, gerando controvérsias ao que dispõe a lei 13.874/19, já que esta surge para garantir a personificação da empresa, ou seja, objetivar a personalidade jurídica, desvinculando-a do empreendedor, pessoa física, veja as decisões:

AGRAVO DE PETIÇÃO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INSTAURADO PERANTE O JUÍZO DE 1º GRAU. A legislação civil orienta-se por duas teorias distintas ao fixar os pressupostos para a despersonalização da pessoa jurídica: a Teoria Maior - agasalhada pelo art. 50 do Código Civil, que traz como exigência para a desconsideração o abuso de personalidade - e a **Teoria Menor da Desconsideração** - adotada pelo art. 28 e seu parágrafo quinto do Código de Defesa do Consumidor. **Esta última teoria - que sustenta que basta a simples insuficiência patrimonial da personalidade jurídica para a decretação da responsabilidade dos sócios - é a que vem sendo aplicada no processo do trabalho**, em face da similitude de princípios que

orientam este ramo especializado do Direito e o CDC, em especial o da proteção ao hipossuficiente.

(TRT-10 – AP: 0000897-76.2018.5.10.0104 DF. Data de Julgamento 29/09/2021, Data de Publicação: 07/10/2021) (BRASIL, 2021, grifo nosso)

EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EXECUTADA. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO EM FACE DO SÓCIO. Em razão do princípio da proteção ao hipossuficiente, **adota-se a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica (art. 28, § 5º, do CDC), na qual a simples obstrução pela pessoa jurídica da obtenção do crédito pelo exequente enseja o alcance do patrimônio dos sócios para satisfazer a execução.** Assim, a evidência da ausência de patrimônio da empresa executada para arcar com os créditos devidos ao exequente é circunstância bastante para autorizar o direcionamento da execução em face de seu sócio.” (TRT18, AP-0011026-88.2018.5.18.0017, REL. SILENE APARECIDA COELHO, 3ª TURMA, 23/02/2021); (TRT18, AP - 0011581-23.2018.5.18.0012, Rel. PAULO PIMENTA, 2ª TURMA, 09/10/2021) (BRASIL, 2021, grifo nosso)

Neste íterim, a teoria menor de desconsideração não só é adotada pelo direito do trabalho, como, também, pelo direito do consumidor, consubstanciado na hipossuficiência de uma das partes em relação a outra, ocasionando relação jurídica assimétrica. Partindo desta premissa, o que dispõe no Código do Consumidor no art. 28, § 5º, é a fundamentação da teoria menor da desconsideração, considerando a hipossuficiência de uma das partes que, de forma analógica o empregado, também, é considerado hipossuficiente na relação do contrato de trabalho; se aplica subsidiariamente a legislação consumerista no tocante a desconsideração da personalidade jurídica, no direito do trabalho.

Em contrapartida, ao se tratar de direito civil e direito empresarial presume-se relação de paridade entre os contratantes, o que as torna incompatíveis com a hipossuficiência do trabalhador nas relações de trabalho. Tal circunstância afasta a incidência obrigatória dos requisitos do art. 50 do CC, com alterações da Lei 13.874/19, como única forma de desconsiderar a personalidade jurídica no direito do trabalho.

Portanto, observa-se que a personificação da empresa se concretizou no cenário jurídico brasileiro, essencialmente, se fortaleceu nas relações cíveis e empresariais, mantendo, ainda, a teoria menor da desconsideração nas relações consumeristas e trabalhistas, visto a hipossuficiência do trabalhador e do consumidor, e quanto ao direito

civil e empresarial, presumindo a equivalência das partes, prevalece a teoria maior da desconsideração, nos termos do art. 50, §§ 1º e 2º do Código Civil.

4.2 Leis 13.874/19 e 14.195/21: sociedade limitada unipessoal (SLU) face ao empresário individual de responsabilidade limitada (EIRELI)

Outras inovações que adentraram o direito empresarial neste momento de pandemia com o advento das leis 13.874/19 e 14.195/21 foi a extinção da figura do empresário individual de responsabilidade limitada (EIRELI) em prol do surgimento da sociedade limitada unipessoal (SLU), que essencialmente, tratam sobre o empresário individual ou único sócio.

A EIRELI surgiu em 2011 por meio da lei 12.441, possibilitando ao empresário individual criar uma personalidade jurídica desvinculada do seu patrimônio pessoal, ou seja, aplicação da responsabilidade limitada ao empresário individual. Ocorre que para criação de uma EIRELI, a legislação exigia que o empresário integralizasse capital social mínimo não inferior a 100 vezes o salário mínimo vigente, ocasionando seletividade, visto que o valor é considerado voluptuoso sob o aspecto social brasileiro, já na SLU inexistente exigência de valor mínimo do capital social e ainda protege o patrimônio pessoal do sócio.

Com isto, a lei 14.195/21 apresentou a Sociedade Limitada Unipessoal (SLU) em detrimento da EIRELI que, essencialmente, possui a mesma finalidade de separar o patrimônio pessoal do patrimônio da empresa, evitando a confusão destes em eventual responsabilidade patrimonial da empresa, senão pelos meios de desconsideração de personalidade jurídica tratado no tópico anterior. Desta forma, as EIRELI's existentes, estão sendo transformadas em SLU's, independentemente de alteração no ato constitutivo da empresa, conforme prescreve o artigo 41 da lei 14.195/21: "Art. 41. As empresas individuais de responsabilidade limitada existentes na data da entrada em vigor desta Lei serão transformadas em sociedades limitadas unipessoais independentemente de qualquer alteração em seu ato constitutivo" (BRASIL, 2021).

Ademais, outro importante aspecto em vantagem à SLU se refere a quantidade de empresas que podem ser criadas pelo mesmo sócio, haja vista que a pessoa natural que constituísse uma EIRELI só poderia figurar em uma única empresa desta modalidade, conforme dispõe o art. 980-A, § 2º do Código Civil, fato que não ocorre com a SLU, possibilitando a um único sócio figurar em mais de uma empresa desta modalidade.

Cabe mencionar que aqueles que são cadastrados como Microempreendedores Individuais (MEI) ativos estão vedados de realizar abertura de uma SLU, sendo necessário o cancelamento do cadastro do MEI para abertura da Sociedade Limitada Unipessoal. No que tange aos cadastros e regras que cerceiam uma sociedade Limitada Unipessoal, devem ser obedecidas àquelas estabelecidas no capítulo do Código Civil específico sobre as

sociedades limitadas, artigos 1.052 e seguintes, bem como as mesmas condições cadastrais.

Desta forma, a partir da MP 881/19 convertida na lei 13.874/19 visando um cenário empresarial consubstanciado nos princípios do livre mercado e liberdade econômica, estas alterações visam garantir maior amplitude aos empresários individuais e proteção ao patrimônio pessoal.

4.3 LEI 13.818/19: Publicações obrigatórias e novos valores para o regime simplificado de publicidades de atos societários para sociedades anônimas.

A lei 13.818/19 surgiu com a necessidade de atualizar as regras contidas na legislação das sociedades anônimas (lei 6.404/76), bem como favorecer os novos modelos empresariais deste tipo empresarial, principalmente no tocante as publicações obrigatórias e quanto a ampliação do valor máximo admitido de patrimônio líquido para que a sociedade anônima faça jus ao regime simplificado de publicidades de atos societários, conforme descreve o preâmbulo da referida lei.

No que se refere as publicações obrigatórias dos atos da sociedade anônima anteriormente à vigência da lei 13.818/19, deveriam ser realizadas por meio do Diário Oficial. Com as novas disposições implementadas pela lei 13.818/19, foi alterada a redação do art. 289 da lei 6.404/76, que deixou de determinar a publicação na imprensa oficial, exigindo que sejam publicados, de forma resumida, em jornal de grande circulação na sede da companhia e com divulgação simultânea da íntegra dos documentos no site deste mesmo jornal, destacando que os documentos devem ter certificação digital da autenticidade emitida por autoridade certificadora credenciada no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras (ICP-Brasil), nos termos do art. 1º, inciso I da lei 13.818/19.

Esta alteração no dispositivo legal insurge com o objetivo de reduzir os gastos/custos das Companhias com divulgação em diário oficial, visto que desobriga a publicação em órgão oficial da União ou do Estado ou do Distrito Federal, exigindo, tão somente, que seja realizada em jornal de grande circulação na localidade em que está associada a sede da companhia.

Não obstante, as alterações também visam propiciar aos processos de convocação dos sócios e publicações obrigatórias, maior celeridade, já que basta contratar os serviços de um jornal de grande circulação local e realizar a publicação. Ao se tratar de publicações de demonstrações financeiras, a regra para publicação de forma resumida observar os requisitos estabelecidos no inciso II do artigo 1º da lei 13.818/19, quais sejam:

Art. 1º. [...]

Inciso II: “deverá conter, no mínimo, em comparação com os dados do exercício social anterior, informações ou valores globais relativos a cada grupo e a respectiva classificação de contas ou registros, assim como extratos das informações relevantes contempladas nas notas explicativas e nos pareceres dos auditores independentes e do conselho fiscal, se houver (BRASIL, 2019).

Importante frisar que a *vacatio legis* do artigo acima descrito será até 31 de dezembro de 2021, passando a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2022. Outro tópico importante modificado pela lei 13.818/19, foi o artigo 294 da lei 6.404/76, que versa sobre o valor máximo do patrimônio líquido da companhia e quantidade de acionistas para ser beneficiada com o regime simplificado de publicidade dos atos societários, que passou de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), bem como ter menos de 20 (vinte) acionistas, sendo que esta parte da lei passou a vigorar a partir da data de publicação.

Ocorre que, uma nova atualização deste valor ocorreu por meio da lei complementar 182/2021, elevando-o até a quantia de R\$ 78.000.000,00 (setenta e oito milhões de reais), sobretudo, deixou de exigir número mínimo de acionistas; esta regra que permanece em vigência até no presente momento. Entende-se que as alterações legislativas foram acertadas, no contexto geral, por direcionar o âmbito empresarial aos ideais de liberdade e acessibilidade, adotando efetivas medidas legais na busca de garantir a liberdade econômica.

De maneira geral, o Poder Público entendeu as necessidades dos empresários e das empresas, bem como a importância econômica e social que estes personagens possuem na sociedade por gerar renda e emprego, e realizou alterações legislativas advindas da MP 881/19, posteriormente convertida na Lei da Liberdade Econômica, que direciona o direito empresarial ao modelo atual dos negócios e da realidade brasileira, moldado na desburocratização, livre iniciativa e redução de custos efetivos, para criar um cenário mais atraente e favorável à atividade empresarial.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste trabalho, demonstrou-se que, o direito comercial adentra milhares de anos na história da evolução humana, retratando cada momento comercial vivenciado na sociedade, até o presente momento.

Com base na evolução social, econômica e observância dos princípios constitucionais relativos à Ordem Econômica, foi possível implementar mudanças significativas na legislação, tal como no Código Civil e outras legislações específicas do universo empresarial, adotando medidas estimulantes à iniciativa privada, robustecidas por

segurança jurídica. A segurança jurídica, se retrata principalmente nos requisitos objetivos que admitem a desconsideração da personalidade jurídica, respeitando a autonomia das sociedades e das partes, mas que ao mesmo tempo previne a fraude ou abusos cometidos por um dos sócios ou pelos sócios, se utilizando da pessoa jurídica.

Em tempo, demonstrou a inovação trazida pela lei 13.874/19, denominada Sociedade Limitada Unipessoal (SLU), que aposenta o Empresário Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), elaborada com intuito de incentivo ao empreendedorismo e efetivação da livre iniciativa. Indubitavelmente, será uma forte ferramenta de incentivo ao empreendedorismo no Brasil, todavia, por si só não conseguirá atingir esses resultados, sendo necessário adoção de outras medidas e legislações para concretizar tais objetivos.

Com esta mesma ideia de liberdade econômica e incentivo ao empreendedorismo, foi criada a lei 13.818/19, que versa sobre as publicações obrigatórias e os novos valores que admitem as companhias fazerem jus ao regime simplificado de publicidades de atos societários, visando reduzir as atos obrigatórios a serem publicados pelas sociedades anônimas e a retirar a exigência de serem realizados por meio do diário oficial, sobretudo, aumentou o valor mínimo do capital social exigido para se valer deste regime simplificado. Tais fatos, visam diminuir os gastos das companhias e gerar liberdade para publicar em meios de comunicação locais com grande circulação.

O objetivo central foi demonstrar que estas alterações legislativas evidenciam a tentativa do legislador em incorporar com maior efetividade ao direito empresarial, os princípios da liberdade econômica e livre concorrência, bem como estabelecer garantias de livre mercado para atender os anseios dos novos modelos empresariais. sobretudo

Portanto, pode-se concluir que a Lei 13.874/19 gerou impactos legislativos essencialmente significativos, alterando o Código Civil Brasileiro no que tange ao direito das empresas, sobretudo moldou o direito empresarial a partir da lei 13.874/19, em prol de tornar mais acessível e proporcional à realidade social dos brasileiros que pretendem iniciar seus negócios e gerar um cenário futuro mais favorável ao empreendedor.

REFERÊNCIAS

ALEJARRA, Luis Eduardo Oliveira. **A História e evolução do Direito Empresarial**. Jus. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23971/historia-e-evolucao-do-direito-empresarial>. Acesso em: 08 nov. 2021.

BRANDARIZ, Fernando. **Direito Empresarial ganhou avanços com a Lei da Liberdade Econômica**. Consultor Jurídico. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-22/direito-empresarial-avancos-lei-liberdade-economica>. Acesso em: 08 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm. Acesso em: 08 nov. 2021.

_____. **Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm. Acesso em: 08 nov. 2021.

_____. **Lei nº 14.195, de 26 de agosto de 2021**. Diário oficial da união. Publicado em: 27/08/2021 | Edição: 163 | Seção: 1 | Página: 4. Órgão: Atos do Poder Legislativo. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.195-de-26-de-agosto-de-2021-341049135>. Acesso em: 08 nov. 2021.

_____. **Lei nº 13.818, de 24 de abril de 2019**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13818.htm. Acesso em: 08 nov. 2021.

_____. **Tribunal Regional do Trabalho (10ª região)**. Agravo em Petição nº 0000897-76.2018.5.10.0104 DF. Data de Julgamento 29/09/2021, Data de Publicação: 07/10/2021. Disponível em:
https://pje.trt10.jus.br/jurisprudencia/ServletVisualizaDocumento;jsessionid=ChqRCSqbRLPafSA-t2iIHZFXPE7fSv-kOu929FQn?nomeArquivo=0000897-76.2018.5.10.0104.html&tipoDownload=inline&tipoConteudo=text_html;charset=utf-8. Acesso em: 08 nov. 2021.

_____. **Tribunal Regional do Trabalho (18ª região)**. Agravo em Petição nº 0011026-88.2018.5.18.0017, REL. SILENE APARECIDA COELHO, 3ª TURMA, 23/02/2021. Disponível em:
https://sistemas2.trt18.jus.br/solr/pesquisa?q=%28teoria+menor+da+desconsidera%C3%A7%C3%A3o%29+%&x=0&y=0&sort=data_aprox+desc%2C+score+desc&todas=&expressao=&qualquer=&nenhuma=&q3=teoria+menor+da+desconsidera%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 08 nov. 2021.

LIMA FILHO, Eujecio Coutim. **Direito comercial: da evolução histórica à moderna teoria da empresa**. Jus. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/39132/direito-comercial-da-evolucao-historica-a-moderna-teoria-da-empresa>. Acesso em: 08 nov. 2021.

LOPES, A. K.; SANTOS, M. C. C. A.; LEÃO, A. G. **Alterações legislativas marcaram o ano de 2019 para empresas**. Consultor Jurídico. 2019. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2020-jan-09/direito-societario-mudancas-legislativas-marcaram-ano-2019>. Acesso em: 08 nov. 2021.

NASCIMENTO, Francisco José Alves do. **Empresário: Conceito e Aspectos Básicos**. Jus. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65449/empresario-conceito-e-aspectos-basicos>. Acesso em: 08 nov. 2021.

PINTO, Marcio Morena. **Quem é o empresário na legislação brasileira?** Jusbrasil. 2013. Disponível em: <https://marciomorena.jusbrasil.com.br/artigos/121943993/quem-e-o-empresario-na-legislacao-brasileira>. Acesso em: 08 nov. 2021.

ROCCO, Alfredo. **Princípios do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1931.

ROCHA, Gustavo Ribeiro. **Ordem Econômica Constitucional, Lei n. 13.874/2019 e Direito Comercial Brasileiro**. 2020. Disponível em: <https://ribeirorocha.com.br/artigo/ordem-economica-constitucional-lei-n-13-874-2019-e-direito-comercial-brasileiro/>. Acesso em: 08 nov. 2021.

CONCEPÇÕES JURÍDICAS DO USO DO APLICATIVO UBER NO BRASIL COMO FERRAMENTA DE MOBILIDADE URBANA

IGOR DE SOUSA ABREU:

Especialista em Gestão Trabalhista e Direito Previdenciário pelo IPOG, Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Advogado, fundador do escritório Igor Abreu Advocacia e Consultoria Jurídica, formado pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA).

VIVIANE THOMÉ DE SOUZA

(coautora)

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar as concepções jurídicas do uso do aplicativo Uber no Brasil como ferramenta de mobilidade urbana. A partir disso, ressalta o conceito de mobilidade urbana e apresenta as concepções jurídicas sobre o uso do aplicativo Uber no Brasil que ultimamente tem se tornado alvo de críticas, protestos e ameaças físicas pelos taxistas e transportadores, contra os usuários e motoristas do aplicativo que defendem os benefícios da livre concorrência de mecado com valores de viagem mais em conta. O método científico utilizado foi o hipotético-dedutivo, por meio da pesquisa bibliográfica. Partindo de uma abordagem geral, da legislação corrente e da doutrina existente para, a partir disso, chegar a uma possível solução da legalidade do aplicativo Uber como mecanismo de mobilidade urbana.

Palavras-chave: Aplicativo Uber. Mobilidade Urbana. Taxistas. Transportadores. Legislação.

ABSTRACT: This article aims to analyze the legal conceptions of the Uber application in Brazil as a tool for urban mobility. From this, it highlights the concept of urban mobility and presents the legal conceptions about the use of the Uber application in Brazil that lately has become a target of criticism, protests and physical threats by taxi drivers and carriers, against users and drivers of the application. The scientific method used was the inductive one, through bibliographical research. Starting from a general approach, current legislation and existing doctrine to, from this, arrive at a possible solution of the legacy of the Uber application as a mechanism of urban mobility.

Keywords: Uber Application. Urban Mobility. Taxi drivers. Transporters. Legislation.

INTRODUÇÃO

Mobilidade urbana é o grande desafio das cidades modernas, em todas as partes do mundo. A opção pelo automóvel - que parecia ser a resposta eficiente do século 20 à necessidade de circulação - levou à paralisia do trânsito, com desperdício de tempo e combustível, além dos problemas ambientais de poluição atmosférica e de ocupação do espaço público.

O Brasil é um dos países que mais sofre com problemas de mobilidade urbana, justamente por ter um histórico de planejamento urbano baseado no modelo rodoviário, ou seja, um grande investimento na expansão e melhoramento das rodovias.

Em contrapartida, os transportes públicos da maioria das cidades brasileiras são de má qualidade, fazendo com que a população procure adquirir um automóvel particular, visto que existem diversas facilidades para a compra de carros no país nos últimos anos, principalmente graças ao fenômeno da mobilidade social.

Outro aspecto importante no Brasil relacionado a mobilidade urbana, é a utilização da tecnologia como o aplicativo Uber. Que é uma tecnologia que possibilita, por meio de seu aplicativo, que motoristas particulares encontrem pessoas que precisam de um serviço de transporte. O usuário chama um motorista particular, que o leva para o destino que ele deseja. Além disso, a Uber não emprega os motoristas que utilizam a plataforma tecnológica, a sua função é apenas fazer com que os motoristas parceiros aumentem os seus rendimentos e para que os usuários tenham mais opções quando tiverem a necessidade de fazer uma viagem.

Nessa situação, o presente artigo propõe-se analisar as concepções jurídicas que estão sendo empregadas até o presente momento contra e a favor da manutenção desse aplicativo no país. Dessa maneira, buscar-se-á adotar um posicionamento que se adequa às normas até então vigentes no Brasil e ao atual cenário em que se vive, o da era digital.

1 APLICATIVO UBER NO MUNDO

A Uber é uma empresa de tecnologia norte-americana, sediada nos Estados Unidos da América, lançada precisamente na cidade americana de São Francisco, Califórnia. Inicialmente chamada de UberCab, a ideia surgiu em 2009, quando os seus fundadores, Travis Kalanick e Garrett Camp participavam da conferência LeWeb na França, quando ao retornarem ao hotel tiveram a dificuldade para pegar um táxi, transporte público ou até mesmo particular. Então, com o objetivo de facilitar e inovar a forma pela qual as pessoas se locomovem pelas cidades, eles imaginaram um serviço com o qual era possível chamar um carro com motorista particular com apenas um toque na tela do celular, permitindo que qualquer pessoa com carteira de habilitação profissional se torne um "parceiro" do

Uber, cadastrando seu próprio veículo para transportar passageiros. Foi assim que surgiu o UberBLACK, primeiro produto da empresa. (ANDRADE, 2017)

O primeiro desafio foi então tentar convencer os motoristas que já faziam esse serviço (geralmente em parceria com hotéis) a usar o Uber. Para resolução deste, fato, os que mais ajudaram foram os brasileiros. Apesar da falta de estatística existe um número considerável de motoristas executivos e taxistas brasileiros em San Francisco e estes foram os primeiros a “abraçarem a causa”. (MELO, 2017)

O Estados Unidos foi o primeiro lugar a ter uma legislação que não deixasse o Uber à margem da lei, o estado norte-americano da Califórnia criou um registro para companhias de compartilhamento de veículos. Com isso, os motoristas que prestem serviço para essa empresa não precisam tirar uma nova licença para operar. Eles também não sofrem restrições sobre a quantidade de pessoas que podem transportar. Os Estados Unidos, lar do Uber, são o país em que mais lugares criaram mecanismos legais para o Uber atuar: 70. Alguns municípios criaram leis para enquadrar o Uber mas pertencem a estados que elaboraram legislações próprios. É o caso de Little Rock, no Arkansas, Chicago (Illinois) e Chattanooga (Tennessee). Ao todo, são 27 estados e 44 cidades. (GOMES, 2017)

As Filipinas foram o único país em que o Uber foi completamente liberado, o que ocorreu em 2015. Lá, os motoristas são obrigados a dar informações sobre tarifas e recibos eletrônicos antes de iniciar as viagens, além de ter de aceitar pagamentos em dinheiro. (GOMES, 2017)

Na Ásia, a Índia é o outro país da região em que já há leis favoráveis ao serviço de transporte alternativo. Após enfrentar críticas logo na estreia, quando uma mulher foi estuprada por um motorista com outros crimes no histórico, o Uber passou a ser regulamentado em três estados e em uma cidade. (GOMES, 2017)

A primeira, e até agora a única cidade europeia a criar uma legislação pró-Uber, é Vilnius, capital da Lituânia. Na Oceania, a capital australiana foi a primeira a enquadrar a empresa. (GOMES, 2017)

2 O APLICATIVO UBER NO BRASIL

O aplicativo Uber no Brasil teve início do Estado do Rio de Janeiro em maio de 2014 e atualmente está presente em 25 estados e mais o Distrito Federal, totalizando até o momento 63 municípios com a utilização dessa plataforma. Os estados que mais se destacam com uso dessa tecnologia são: São Paulo com 13 municípios, Rio de Janeiro com 5 municípios, Paraná com 5 municípios e Minas Gerais com 4 municípios. (ELOANA, 2017)

Percebe-se, portanto, um clima bastante tenso com uma série de protestos, ataques, perseguições, vídeos, e áudios de ameaça aos motoristas parceiros da Uber por meio das

redes sociais que constantemente são noticiados em vários lugares do país. Além das discussões no legislativo e pressão política para banir a atuação do aplicativo no Brasil. A disputa entre os taxistas e a Uber é de longa data, com direito a diversas liminares judiciais, apreensão temporária de veículos que rodavam sem alvará e até brigas violentas entre as "categorias". (SANTIAGO & TAMANAHA, 2017)

A rivalidade entre os taxistas e a Uber é ampla, com direito a diversas liminares judiciais, apreensão temporária de veículos que rodavam sem alvará e até brigas violentas entre as "categorias". (ELOANA, 2017)

Os taxistas alegam que a plataforma Uber não possui uma lei específica e que os motoristas parceiros não estão sujeitos às regulações que aqueles são obrigados a cumprir, causando assim, uma concorrência desleal em virtude da ilegalidade e com isso causando graves prejuízos. (MELO, 2017)

Já por outro lado a população brasileira defende a manutenção da plataforma Uber, argumentando a livre concorrência que está expressamente inciso II do art. 6º do CDC, a livre competição entre os fornecedores. Pois o consumidor deve ter a opção de escolha levando em conta os aspectos econômicos.

Contudo, os ambientalistas argumentam em defesa do Aplicativo Uber a questão da Mobilidade Urbana. Pois é uma necessidade do Brasil desenvolver soluções alternativas de transportes que afetam menos o meio ambiente. Pois com o uso do Aplicativo Uber houve uma redução de automóveis nas ruas das grandes cidades brasileiras. (GOMES, 2017)

3 CONCEPÇÕES JURIDICAS DO USO DO APLICATIVO UBER NO BRASIL

A Constituição da República Federativa do Brasil - CF88 - em seus dispositivos incentivam a livre concorrência e o livre exercício de qualquer atividade econômica. Trazendo em seu artigo artigo 1º, inciso IV, os seus fundamentos: "dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa". Já n artigo 5º, inciso XIII, fixa que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

"Toda liberdade fundamental é uma liberdade que existe ao menos em relação ao Estado. Toda liberdade fundamental que existe em relação ao Estado é protegida, no mínimo, por um direito, garantido direta e subjetivamente, a que o Estado não embarce o titular da liberdade no fazer aquilo para o qual ele é constitucionalmente livre". (ALEXY, 2008)

A Constituição determina expressamente, em seu art.170, caput, que a ordem econômica é não apenas informada por, mas fundada na livre iniciativa, é de rigor concluir ser vedado ao Estado impedir ou limitar trocas voluntárias entre particulares, a menos que

demonstre de forma inequívoca que essa medida é: (i) necessária para a proteção de um interesse fundamental; e (ii) adequada para a consecução desse objetivo. Note-se que é do Estado o ônus de justificar a regulação, com dados claros, objetivos e confiáveis indicando a existência de notória “falha de mercado”, reputando-se inconstitucional e indevida a ingerência na livre iniciativa em caso de dúvida. (Mandado de Segurança, 2015)

É inevitável conclusão de que o legislador ou o administrador não podem editar norma jurídica que restrinja arbitrariamente ou proíba a atividade de transporte privado de passageiros, sob pena de frontal ofensa ao postulado da liberdade de iniciativa albergado como elemento fundante da nossa ordem jurídica pelo Art. 170 da Constituição Federal de 1988.

Outro aspecto jurídico fundamentado na legalidade do aplicativo Uber é a lei federal 12.587/12 que versa sobre a mobilidade urbana, tendo sua validade em todo o território nacional, o que legitima o funcionamento das atividades da plataforma Uber. Pois menciona em seu Art. 12. “Os serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas. ” Enquadrando o aplicativo Uber como transporte individual de passageiros, estando sujeito à regulação estatal.

Já taxista utilizam o artigo 12-A 12.587/12 como argumento para tentar proibir o funcionamento do aplicativo, medida adotada por alguns municípios brasileiros, alegando a concorrência desleal, vez que não se sujeita às mesmas regras que regula o serviço de táxi. Além disso, o Uber entraria em um mercado já reservado aos taxistas, o qual não comportaria outro tipo de serviço.

Por sua vez a Lei de Mobilidade Urbana julga no seu artigo 4º, inciso VIII, transporte público individual o serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas, ao mesmo tempo que, o inciso X, do mesmo artigo, define-se transporte motorizado privado como o meio de transporte de passageiros utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de veículos particulares. (MELO, 2017)

O jurista Flávio Amaral Garcia em matéria publicada no site: “Diretito do Estado” apresenta a diferença entre as duas modalidades:

[...] é que o transporte público individual é aberto ao público. Em outros termos, qualquer cidadão pode pegar um táxi na rua, o que não acontece com o UBER, que depende exclusivamente da

plataforma tecnológica. Cabe aqui um apontamento: existem várias cooperativas e prestadores de serviços de táxi que se beneficiam da mesma tecnologia para angariar consumidores, como, por exemplo, o EASY TAXI e o 99 TAXIS. A diferença para o UBER, como apontado, é que os táxis também dispõem da alternativa de conquistarem os consumidores nas ruas; daí ser aberto ao público. (GARCIA, 2017)

Na área do Direito Concorrencial, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) avaliou que a entrada do UBER no mercado não afetou de forma significativa a procura por táxis nas principais regiões do país, atendendo a uma demanda reprimida de passageiros que não utilizavam esse meio de transporte. Por tanto não configura a concorrência, não haveria razão em regular ou interferir no seu funcionamento. (JORNAL O GLOBO, 2015)

A Política Nacional de Mobilidade Urbana é orientada pela diretriz de priorizar os modos de transporte não motorizados sobre os motorizados e os serviços de transporte público coletivo sobre o transporte individual motorizado. É o que vem expresso no artigo 6º, inciso II, da Lei n.º 12.587/12.

Por uma questão de segurança jurídica se faz necessário regularizar o serviço do aplicativo Uber para atender aos anseios de uma categoria que se sente ameaçada, a qual tem como maior interesse a restrição do mercado em proveito próprio. (SANTIAGO & TAMANAHA, 2017)

Por segurança jurídica, entende-se o acolhimento pelo ordamento pátrio da relação entre os motoristas colaboradores do aplicativo e os consumidores, dando maior garantia institucional a ambos. A regulação atenderia aos princípios da Política Nacional de Mobilidade Urbana, cujo artigo 5º da Lei que a instituiu assim os dispõe:

Art. 5º - A Política Nacional de Mobilidade Urbana está fundamentada nos seguintes princípios:

I - acessibilidade universal;

II - desenvolvimento sustentável das cidades, nas dimensões socioeconômicas e ambientais;

III - equidade no acesso dos cidadãos ao transporte público coletivo;

IV - eficiência, eficácia e efetividade na prestação dos serviços de transporte urbano;

V - gestão democrática e controle social do planejamento e avaliação da Política Nacional de Mobilidade Urbana;

VI - segurança nos deslocamentos das pessoas;

VII - justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do uso dos diferentes modos e serviços;

VIII - equidade no uso do espaço público de circulação, vias e logradouros; e

IX - eficiência, eficácia e efetividade na circulação urbana.

Segundo o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em sua visão não há *periculum in mora* no serviço oferecido pelo aplicativo Uber, pois não há prejuízo direto aos taxistas. A pessoa que utiliza o serviço pode muito bem fazê-lo em troca do uso de veículo próprio, ou seja, não necessariamente em substituição ao uso de táxi. Assim, a liminar pretendida foi indeferida. (Agravo de Instrumento , 2015)

O Senado Federal por meio da PLC 28/2017 do Deputado Federal Carlos Zarattini, líder da bancada do Partido dos Trabalhadores (PT) na Câmara dos Deputados, altera a Lei 12.587 de 2012, que institui a Política Nacional de Mobilidade Urbana, de maneira a regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros. O Projeto de Lei 28/ 2017 em debate exige que todos os motoristas parceiros de todos os aplicativos de mobilidade urbana consigam licenças para circular iguais às exigidas dos táxis. (MELO, 2017)

Contudo, os defensores do projeto dizem que isso é uma regulação do sistema. Já para os motoristas do aplicativo Uber acreditam que é uma limitação que o impede de funcionar e deixa desamparadas todas as pessoas que hoje dependem de aplicativos para gerar renda. O documento já foi aprovado na Câmara e agora passará pelo Senado. Se as propostas do deputado forem aprovadas no Senado, passa a competir ao município regulamentar e fiscalizar o serviço, a cobrança dos tributos, a contratação de seguros para acidentes e danos, a inscrição do motorista como contribuinte do INSS. (GARCIA, 2017)

CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto no presente trabalho, é possível chegar a conclusão que o aplicativo Uber é um ofício disposto à regulação, principalmente em apreciação aos princípios estabelecidos pela Política Nacional de Mobilidade Urbana.

A regulação de um serviço que até o momento cresceu de forma espontânea, tendo como maior incentivador o próprio cliente, que aprovou e consolidou o aplicativo no Mercado, não parece ser uma eficaz a ser tomada.

A falta de regulamentação não significa ilegalidade, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concedeu, em fevereiro de 2016, uma liminar em favor da Uber. A liminar concedida garante que os motoristas parceiros da Uber possam continuar oferecendo os seus serviços a milhares de cidadãos paulistanos. A decisão reafirma a liberdade constitucional de empreendedorismo privado e proíbe que as autoridades fiscalizatórias (o DTP) atuem para barrar os serviços prestados pelos motoristas parceiros da Uber.

O debate jurídico, entretanto, vai além de conceitos de direito administrativo. Trata-se o aplicativo Uber como um serviço particular de motorista, serviço privado contratado por meio de aplicativo que utiliza a internet. É serviço que se coaduna totalmente com as ideias de tecnologia, modernidade e novas modalidades contratuais amplamente estudadas no meio jurídico e reconhecidas por todos como avanços.

Contudo, a manutenção do aplicativo Uber é fundamento para o desenvolvimento da Lei Federal 12.587/12 Política Nacional de Mobilidade Urbana que tem como objetivo principal integração entre os diferentes modos de transporte e a melhoria da acessibilidade e mobilidade das pessoas e cargas no território do Município.

REFERÊNCIAS:

Agravo de Instrumento , **2128660 -56.2015.8.26.00008** (COMARCA DE SÃO PAULO 15 de JULHO de 2015).

ALEXY, R. (2008). **TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. SÃO PAULO: MALHEIROS: MALHEIROS.

ANDRADE, R. B. (22 de Agosto de 2017). **Uber: o debate sobre o transporte individual de passageiros**. Obtido de <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI222399,41046-Uber+o+debate+sobre+o+transporte+individual+de+passageiros>

ELOANA, T. (04 de NOVEMBRO de 2017). **Sisters in Travel**. Obtido de Sisters in Travel: <https://www.sistersintravel.com/news/uber-no-brasil-veja-as-cidades-onde-ele-esta-presente/>

GARCIA, F. A. (28 de SETEMBRO de 2017). **UBER x TAXI: a solução pela via da regulação**. Obtido de Direito do Estado: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/uber-x-taxi-a-solucao-pela-via-da-regulacao>

GOMES, H. S. (24 de SETEMBRO de 2017). **Uber já foi regulamentado por leis em 82 regiões pelo mundo, incluindo SP.** Obtido de G1:
<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/05/uber-ja-foi-regulamentado-por-leis-em-82-regioes-pelo-mundo-incluindo-sp.html>

JORNAL O GLOBO. (2015). **UBER NO BRASIL.** *O GLOBO*, 12.

Mandado de Segurança, **0346273-34.2015.8.19.0001** (1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL - RJ 28 de MAIO de 2015).

MELO, C. (25 de AGOSTO de 2017). **Uber: a história da startup mais valiosa do mundo.** Obtido de <http://www.administradores.com.br/artigos/empreendedorismo/uber-a-historia-da-startup-mais-valiosa-do-mundo/89284/>

SANTIAGO, F., & TAMANAHA, R. (03 de AGOSTO de 2017). **Caso Uber: como a tecnologia disruptiva afeta regulação no Brasil.** Obtido de Jota Info:
<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uber-como-a-tecnologia-disruptiva-afeta-regulacao-no-brasil-13042015>.

DA CAPACIDADE POSTULATÓRIA OU DA CAPACIDADE DE REPRESENTAÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR: Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obras jurídicas e autor de artigos jurídicos..4

Apesar de ainda existirem questionamentos por ala conservadora e classista da doutrina, é inegável que se conferiu ao Delegado de Polícia, como representante da Polícia Judiciária, a sua capacidade postulatória ou capacidade de representação para representar em juízo, favoravelmente a determinadas situações da investigação criminal, iniciada em sede policial.

O texto será permeado, partindo do pressuposto da imparcialidade e isenção que deve pairar sobre os atos da Autoridade Policial no exercício do seu *múnus*, dentro da atividade de polícia judiciária.

Ademais, o legislador ordinário claramente fez alusão às intervenções do Delegado de Polícia perante o Poder Judiciário, empregando a expressão “representar” (representação), devendo lembrar que não existem palavras inúteis no texto da lei.

Para ilustrar claramente nossas falas, trazemos a baila os textos legais que fazem referências expressas à representação policial deduzida pelo Delegado de Polícia.

O artigo 144, § 1º e § 4º da Constituição Federal preconizam que:

Art. 144. (...)

[...] § 1º - a polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou

4 Ex-Diretor Adjunto da Academia da Polícia Judiciária Civil do Estado de Mato Grosso. Ex-Assessor Institucional da Polícia Civil de Mato Grosso. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso.

em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; [...] § 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Este dispositivo constitucional de maneira nítida, evidencia a divisão de tarefas de investigar e o protagonismo do Delegado de Polícia no seio da investigação.

Diga-se de passagem que, este dispositivo joga luz para todo o restante do ordenamento jurídico.

Concatenando as ideias, a Lei 12.830/2013 trouxe importante contemplação legal ao Delegado de Polícia, projetando a seguinte redação:

Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo **delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.**

§ 1º Ao **delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.**

§ 2º Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.

Na esteira do que já foi sublinhado no plano constitucional, mas agora sob a ótica infralegal, este dispositivo infraconstitucional de maneira nítida, evidencia a divisão de tarefas de investigar e o protagonismo do Delegado de Polícia no seio da investigação.

Prosseguindo, temos o artigo 149, § 1º, do Código de Processo Penal que disciplina sobre a possibilidade de **representação** do Delegado de Polícia para que o investigado seja submetido a exame médico-legal quando houver dúvida sobre a integridade mental daquele, *in verbis*:

Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal. § 1º O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente. (Destaque Nosso)

Por sua vez, caminhando pelo diploma processual penal, deparamos com o artigo 282, caput, § 2º, do Código de Processo Penal, reputado por parcela da doutrina como o dispositivo de maior expressão na legislação ordinária referente à capacidade postulatória ou capacidade de representação do Delegado de Polícia. Vejamos a disposição do dispositivo legal:

Art. 282 [...]

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no **curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial** ou mediante requerimento do Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

A despeito das discussões e do inteiro teor do dispositivo supralegal, com a superveniência do Pacote Anticrime, nota-se que majoritariamente, a posição tem sido de que o juiz de direito pela letra da lei, não pode mais decretar de ofício medida cautelar, mormente a prisão, revelando mais uma vez a importância de se discutir a capacidade postulatória ou capacidade de representação do Delegado de Polícia.

No tocante à previsão abrigada no § 2º, do art. 282, do CPP, o doutrinador Paulo Rangel, defende a legitimidade da representação do delegado de polícia da seguinte maneira:

A lei se refere às “partes” e não há partes no inquérito policial e quando ela se refere à investigação criminal somente legitima a autoridade policial, através da representação, e o Ministério Público, através de requerimento (RANGEL, 2012).

Em tom de reforço a toda argumentação, referente à capacidade postulatória ou capacidade de representação do Delegado de Polícia, existe no seio do Código de Processo Penal, a possibilidade de prisão preventiva, em que o artigo 311 daquele diploma, autoriza a representação do Delegado de Polícia:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Grifo Nosso)

Há outras legislações extravagantes, para além do Código de Processo Penal, que expressamente legitimaram e deram capacidade ao Delegado de Polícia de buscar ao Poder Judiciário, através de medidas cautelares, por meio de representação policial.

Nesse prisma, a Lei nº 7.960/89 disciplina sobre a prisão temporária, fixando no artigo 2º que:

A prisão temporária será decretada pelo juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 05 (cinco) dias [...] (Grifo Nosso)

Dando sequência, a Lei 9.296/96 que regulamenta a interceptação de comunicações telefônicas, estabeleceu claramente a possibilidade de a representação do Delegado de Polícia buscar o Poder Judiciário para a medida de interceptação, senão vejamos:

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento: I – da autoridade policial, na investigação criminal [...].

Continuando as explanações, a Lei nº 11.340/06 (Maria da Penha), também prevê a possibilidade de representação do Delegado de Polícia ao dispor em seu artigo 20 a possibilidade de representação pela prisão preventiva, *in verbis*:

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial. (Grifo Nosso)

Noutro quadrante, reforçando a possibilidade do delegado de polícia representar, a Lei 11.343/2006 capacitou ao delegado de polícia a possibilidade de representar pela apreensão e outras medidas assecuratórias de bens às infrações penais contidas na legislação em tela. O artigo 60 da lei possui o seguinte texto:

Art. 60. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ouvido o Ministério Público, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias relacionadas aos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos nesta Lei, ou que constituam proveito auferido com sua prática, procedendo-se na forma dos artigos 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. (Grifo Nosso)

Dando continuidade às análises sobre a capacidade postulatória ou capacidade de representação do Delegado de Polícia, a lei 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro), conferiu a possibilidade de representação da delegado de polícia para decretação de medidas assecuratórias em seu artigo 4º:

Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) (Grifo Nosso)

A Lei de Organização Criminosa contempla a possibilidade de representação policial pelo Delegado de Polícia para infiltração de agentes policiais, colaboração premiada (em que outros diplomas também preconizam), captação ambiental, ação controlada, interceptação de fluxos telemáticos, quebra de sigilo financeiro, bancário e fiscal (assim como em outros diplomas) dentre outras medidas.

Sabe-se que a legislação analisada até o momento não encerra todas as previsões da capacidade postulatória ou capacidade de representação do Delegado de Polícia no ordenamento jurídico brasileiro, porém, fica clara a opção do legislador em conferir tal prerrogativa ao Delegado de Polícia.

Em levantamentos realizados ao longo da construção do texto, não se tem notícia de qualquer decisão judicial que tenha apontado inconstitucionalidade dos referidos

artigos de lei que preveem o exercício da capacidade postulatória ou capacidade de representação pela Autoridade Policial.

Enquanto o Delegado de Polícia “representa” (mira representação) ao Poder Judiciário, o promotor de justiça (ou procurador da república) vinculado ao Ministério Público “requer” (requerimento) determinadas medidas perante o Poder Judiciário.

No vernáculo “representar” consiste em exhibir; levar à cena, encenar, ser a imagem, o símbolo; a reprodução de algo, retratar, refletir, revelar, mostrar; servir para expressar, designar ou denotar (como uma palavra ou símbolo, por exemplo); simbolizar; expressar ou designar usando um termo.

Registramos que, a terminologia “representa” (representação) não foi utilizada inutilmente pelo legislador lá atrás quando da edificação do nosso Código de Processo Penal, porquanto a razão de ser, diz respeito pelo fato de o Delegado de Polícia não ser parte “interessada” na investigação dentro da ótica do direito processual penal, mas presidente da investigação que deve agir imparcialmente e de forma isenta.

Explicaremos melhor sobre o fato de o Delegado de Polícia não ser “parte” na investigação. Como se sabe, na moderna concepção investigativa, o Delegado de Polícia é o presidente da investigação e não tem interesse em atuar, em prol da parte investigada (suspeito/acusado/investigado) e nem em prol do Ministério Público (*dominis littis*), mas sim de buscar a verdade possível (antiga verdade real), com seus reflexos.

Deste modo, o *requerimento* dirigido e apresentado pelas partes em Juízo possui a acepção de pedido, pleito, postulação ou de solicitação. Decorrência lógica desta acepção de pedido, pleito, postulação ou de solicitação é de que nas hipóteses de indeferimento pelo órgão julgador, o interessado poderá interpor o recurso adequado nos termos da lei processual.

De outra banda, a “representação”, por não ter acepção de um pedido, pleito, postulação ou de solicitação, conforme já pontuado, acaba desdobrando numa provocação ou alerta qualificado da Autoridade Policial, pois somente as partes do processo pedem. À guisa deste raciocínio, a *representação* policial objetiva uma provocação, recomendação, sugestão, alerta qualificado ou advertência formal perante o Poder Judiciário para determinada medida inerente aos atos investigatórios. Em outras palavras, a “representação” colima em exhibir; levar à cena, encenar, ser a imagem, o símbolo; a reprodução de algo, retratar, refletir, revelar, mostrar; servir para expressar,

designar ou denotar (como uma palavra ou símbolo, por exemplo); simbolizar; expressar ou designar uma situação em Juízo.

Ao representar em juízo, o Delegado de Polícia apresenta faticamente e juridicamente a situação deduzida em juízo, procurando evidenciar a necessidade da decretação de uma medida cautelar, assecuratória ou a adoção de outra medida de polícia judiciária indispensável ao caso investigado, a fim de obter um provimento jurisdicional, sob a cláusula de reserva de jurisdição.

Nesta direção, o delegado de polícia, Francisco Sannini, alerta sobre a *capacidade postulatória imprópria* conferida ao Delegado de Polícia, *legitimatío propter officium*, ou seja, uma legitimidade em razão do ofício exercido pelo Delegado de Polícia, nos seguintes dizeres:

Em outras palavras, a representação caracteriza-se como um meio de provocação do Juiz, tirando-o da sua inércia e obrigando-o a se manifestar sobre alguma questão sujeita à reserva de jurisdição. Desse modo, levando-se em consideração que o Poder Judiciário não pode agir de ofício, a representação serve de instrumento à preservação do próprio sistema acusatório. Trata-se, portanto, de um ato jurídico-administrativo de atribuição exclusiva do Delegado de Polícia e que pode ser traduzido como verdadeira *capacidade postulatória imprópria*.

Advertimos, todavia, que, para a maioria da doutrina, a Autoridade Policial não dispõe de capacidade postulatória, uma vez que não teria legitimidade para recorrer no caso de indeferimento da medida representada (CUNHA; PINTO, 2014. Pp. 55-56). Com a devida vênia, discordamos frontalmente desse raciocínio. Ora, o fato de o Delegado de Polícia não ter legitimidade para recorrer apenas demonstra que ele não é parte no processo. Mas daí a negar a sua capacidade de provocar o Poder Judiciário nos parece haver uma certa distância.

Isto, pois, conforme exposto, trata-se de uma *capacidade postulatória imprópria*, uma verdadeira *legitimatío propter officium*, ou seja, uma legitimidade em razão do ofício exercido pelo Delegado de Polícia. A regra, de fato, é a de que as medidas cautelares sejam postuladas pelas partes. Contudo, nada impede

que o legislador, do alto da sua soberania, confira uma legitimação extraordinária a uma autoridade que não seja parte no processo (SANNINI NETO, 2015, p. 1, online).

Ainda sobre a capacidade postulatória conferida ao Delegado de Polícia lecionam os delegados de polícia, Rafael Francisco Marcondes de Moraes e Jaime Pimentel Jr.:

Vale recordar que a capacidade postulatória do Delegado de Polícia é exercida via 'representação' e não simples 'requerimento', precisamente porque a Autoridade Policial não figura como parte na relação processual, funcionando como presidente imparcial da atividade de polícia judiciária (MORAES; PIMENTEL JR, 2018, p. 38-39).

Não podemos descurar de um movimento institucional ministerial, que procurou a todo custo esvaziar algo que o próprio legislador positivou, em prol da sociedade e dos bens juridicamente tutelados (que foi outorgar ao Delegado de Polícia a prerrogativa de representar por medidas em juízo), tentando condicionar o agir da representação policial à aquiescência ministerial – o que se abraçada a tese, subverteria o sistema e equivaleria a deixar a sociedade, vítima e os bens jurídicos totalmente desguarnecidos.

Aliás, registramos respeitosamente que há uma divisão clara de tarefas fixadas constitucionalmente e, também, deve ser desvinculada qualquer relação principal-acessória defendida pela tese ministerial, a fim de querer condicionar o conhecimento e deferimento de representação do Delegado de Polícia, a aquiescência daquele *dominis littis*.

Verdadeiramente, não faz qualquer sentido no curso do inquérito policial retirar da esfera do Delegado de Polícia o entendimento de qual a medida a ser instrumentalizada para melhor aclarar a investigação, inclusive para a judicialização de medida cautelar de interceptação telefônica, captação ambiental, de busca e apreensão, quebra de sigilo bancário, dentre outras. Isso evidencia com clareza solar o acautelamento do próprio inquérito policial, com o acervo informativo e o acervo da prova produzida no seu âmago. Portanto, competirá ao Delegado de Polícia, por intermédio da representação policial, o ônus de demonstrar a necessidade e utilidade da medida judicializada mitigadora dos direitos do investigado/indiciado para que a mesma seja abraçada pelo juízo competente.

O delegado da polícia federal, Marcio Alberto Gomes Silva, aduz que

[...] diz o arcabouço legislativo pátrio é que o MP ofertará parecer no bojo das medidas cautelares quando estas forem representadas pelo delegado de polícia, mas este não vincula a autoridade judiciária, que poderá deferir o pleito, mesmo diante de parecer contrário do do[*sic*] autoridade ministerial (na linha do quanto decidido pelo STF no bojo da ADIN 5508). (SILVA, 2021, p. 473-475).

Todo este arrazoado demonstra que, a representação policial do Delegado de Polícia além de extrema importância na persecução penal, não está vinculada e nem condicionada respeitosa e à aquiescência ministerial.

Das considerações finais

Por fim, por todo o arrazoado, independente da natureza jurídica⁵ a se atribuir a representação policial viabilizada pelo Delegado de Polícia, fato é que a mesma tem o condão de provocar o Poder Judiciário a emanar determinado provimento judicial, frente a uma investigação.

⁵ Se estaríamos perante "capacidade postulatória imprópria" conferida ao Delegado e Polícia, *legitimatío propter officium*, ou seja, uma legitimidade em razão do ofício exercido pelo Delegado de Polícia ou se estaríamos perante a "capacidade de representação" do Delegado de Polícia.

A CONCILIAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O ESTÍMULO AO ACESSO À JUSTIÇA: A RESTAURAÇÃO DA CULTURA CONSENSUAL NO JUDICIÁRIO

MARIA ELISA LIMA GOMES:

Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA.

RESUMO: Trata-se de produção acadêmica que tem como objetivo discutir os aspectos e observações pontuais quanto à conciliação presente no atual código de processo civil, bem como a sua aplicabilidade no judiciário. O novo código de processo civil(2015), em seu art. 165, §2º, deixa claro que o legislador buscou descrever com precisão a função dos conciliadores, tendo em vista a sua significância para a otimização e rapidez no andamento de processos que anteriormente eram vistos como demorosos. A conciliação está se tornando uma ferramenta na tentativa de desafogar o Judiciário, dessa forma, mostra-se eficaz tanto na celeridade de conflitos quanto na pacificação entre as partes, entretanto, a prática conciliatória é algo que está sendo aprimorado, e frente à isso, sua prática em meio a tempos remodelados merece atenção excepcional e plena integração justa de todos. Foram utilizadas como marco teórico as teses doutrinárias estruturais do Direito Processual Civil e Constitucional, bem como seus princípios e prerrogativas, além de livros e artigos virtuais sobre a temática em voga. A metodologia indutiva foi a escolhida para este trabalho, que é apresentado e concluído de forma clara e concisa dando ênfase ao acesso à Justiça em razão das necessidades da sociedade, objetivando a ampla tutela jurisdicional justa e efetiva.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Conciliação. Judiciário. Processo Civil.

ABSTRACT: It is an academic production that aims to discuss the aspects and specific observations regarding the conciliation present in the current code of civil procedure, as well as its applicability in the judiciary. The new code of civil procedure(2015), in its art. 165, §2, makes it clear that the legislator sought to accurately describe the role of conciliators, in view of their significance for optimizing and speeding up the progress of processes that were previously seen as time-consuming. Conciliation is becoming a tool in an attempt to relieve the Judiciary, thus, it proves to be effective both in the speed of conflicts and in the pacification between the parties, however, the conciliatory practice is something that is being improved, and in light of this, its practice amidst remodeled times deserves exceptional attention and full fair integration from all. The theoretical framework used was the structural doctrinal theses of Civil and Constitutional Procedural Law, as well as its principles and prerogatives, in addition to books and virtual articles on the topic in vogue. The inductive methodology was chosen for this work, which is presented and concluded in a clear and concise manner, emphasizing access to justice based on the needs of society, aiming at a fair and effective wide jurisdictional protection.

Keywords: Access to Justice. Conciliation. Judiciary. Civil Procedure.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O INSTITUTO DA CONCILIAÇÃO CONFORME RESOLUÇÃO Nº 125 DO CNJ E O SEU STATUS APÓS O ADVENTO DA LEI 13.105 DE 2015. 3. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO ATUAL INSTITUTO DA CONCILIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 4. O DESAFIO DA CONCILIAÇÃO NOS PROCESSOS CONTENCIOSOS. 5. AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO ANTES E APÓS O PERÍODO DE PANDEMIA DO COVID-19. 6. CONCLUSÃO. 7. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

No presente trabalho é abordado o tema referente ao método da Conciliação previsto no atual Código de Processo Civil (2015), bem como a sua principal aplicabilidade no Judiciário atual.

Antes de adentrar no assunto, primeiramente, faz-se necessário compreender este importante instituto e sua contribuição conforme ilustres palavras do Professor Neto (2009), “a palavra conciliar tem origem no latim *concilium*, que indicava um conjunto de pessoas em reunião. Conciliar é o verbo que significa harmonizar, tranquilizar, adequar ou ajustar. A palavra conciliar também remete para o ato de chegar a um acordo com alguém ou criar uma aliança com o propósito de alcançar algum objetivo.”

Este instituto não possuía regras, não era normatizado, tinha tão somente passagens no antigo Código de Processo Civil (1973), dentre outras passagens em leis esparsas, mas não havia nenhuma norma com capacidade de definir a Conciliação, sendo esta apenas normatizada oficialmente com o Novo Código de Processo Civil (2015). Considerando que o principal objetivo da conciliação é buscar a paz social, resolver conflitos e buscar sempre agilidade, o tema desta proposta parte da percepção de que as exigências legais do Judiciário estão sobrecarregadas, estando alguns processos aguardando decisões há anos.

A conciliação nasce através de um acordo para resolver a questão com base em benefícios mútuos. Neste acordo, o Judiciário só participará de fato na adequação e verificação das decisões escolhidas pelas próprias partes, além de ressaltar que o ato de conciliar é muito importante para a sociedade e para o próprio órgão, quando feito de maneira correta e sem disparidade entre as partes.

A priori seu principal desafio se mostra no conflito da mudança de paradigmas e ausência de informações referentes ao tema, causando discrepância na isonomia processual e na atualização dos procedimentos capazes de se adequarem à realidade. No decorrer do trabalho será possível analisar a busca pela resolução destes conflitos tanto externos como internos, a fim de aprimorar este instituto em toda a sua integralidade, resolvendo os problemas através da educação acerca da temática, fiscalização de trabalhos,

comprometimento e, é claro, pelo direito em sua foi mais concreta, pois o pluralismo do sistema processual não pode se furtar de combinar diversos modos de solução de controvérsias para o máximo alcance da boa Justiça.

2.O INSTITUTO DA CONCILIAÇÃO CONFORME RESOLUÇÃO Nº 125 DO CNJ E O SEU STATUS APÓS O ADVENTO DA LEI 13.105 DE 2015.

O Conselho Nacional de Justiça criou a Resolução de número 125, de 29 de novembro de 2010, na qual, institui a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

A Resolução nº 125 do CNJ deu um passo importante no incentivo às práticas de conciliação, formulando políticas judiciais nacionais para lidar com conflitos de interesses e instituições judiciais que oferecem mecanismos de resolução de conflitos.

Também foi por meio desta resolução que foi determinado aos tribunais criarem um núcleo permanente de métodos consensuais. A criação do Centro Judiciário de Resolução de Conflitos e Cidadania, denominado CEJUSC, é responsável pela conciliação e mediação pré-processual, sendo as suas audiências conduzidas por conciliadores credenciados pelos tribunais com o objetivo de findar demandas processuais por meio de métodos consensuais, além disso estes funcionários também são responsáveis pelo atendimento e orientação ao cidadão durante as audiências.

O grande desafio do contencioso cível atual reside no equilíbrio do tempo e na segurança jurídica do que está sendo ajuizado. A cooperação entre as partes é fundamental para estabelecer um diálogo na lide, portanto, combinando esses fatores, o objetivo é alcançar uma justiça rápida e eficaz.

Como todos sabem, dominam nos fóruns as chamadas questões de massa, ou seja, ações consumeristas, indenizações por atos ilícitos, derivados do direito da família, etc. Na maioria dos casos, essas solicitações são feitas por aqueles que mais precisam de uma resposta imediata e efetiva do judiciário, os hipossuficientes. Por outro lado, certos grupos desejam atrasar ao máximo o procedimento dessas ações, pois seu objetivo é atrasar a decisão final. A indiferença do procedimento beneficia quem se beneficia com a demora, prejudicando a maioria dos litigantes e a execução judicial.

O poder judiciário é um instrumento democrático de defesa dos cidadãos e da sociedade. No entanto, é necessário estreitar o relacionamento com seus destinatários para ter acesso efetivo à justiça e, por meio da Lei 13.105 / 2015 a conciliação ocupa o seu espaço no ordenamento jurídico nacional, pois o objetivo geral do novo Código de Processo Civil (2015) é alcançar velocidade e estabilidade social por meio de métodos abrangentes de resolução de conflitos.

É preciso destacar que o instituto da conciliação sempre foi tratado na legislação e na doutrina, e existe desde que o mundo é o mundo, mas ainda não existiam regras definidas que aumentassem a importância e a eficácia do instituto. Também é importante destacar que a conciliação, conhecida como um dos meios alternativos de resolução de conflitos, passa a ser meio integrado, pois deixa de ser um meio substitutivo e torna-se um meio “integrado” no ordenamento jurídico brasileiro.

3. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO ATUAL INSTITUTO DA CONCILIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No ordenamento jurídico, os princípios são os pilares e a base para a interpretação e aplicação das normas. Eles servem como diretrizes para explicar e implementar os institutos da forma mais adequada.

Os princípios são definidos por Sundfeld (1995, p.18) como as "ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de se organizar". No novo Código de Processo Civil (2015), os princípios norteadores da conciliação estão descritos de maneira expressa no artigo 166: “A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”. (BRASIL, 2015, p. 35)

Começando com o princípio da independência na conciliação, este estabelece que, para se buscar a solução dos conflitos entre as partes, deve haver um ambiente propício à autonomia. A cooperação do conciliador deve ter como objetivo promover a compreensão do problema e possíveis soluções, mas nenhuma das partes pode se sentir forçada a chegar em acordo com o único propósito de encerrar o processo.

A imparcialidade já consta como princípio fundamental na atuação dos conciliadores judiciais, dessa forma, é importante o dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente.

Para que os efeitos da conciliação sejam satisfatórios, deverá prevalecer sempre a autonomia da vontade, no qual, institui que os interessados devem compor a demanda por livre e espontânea vontade, tendo inclusive a possibilidade de abrir mão de parte do direito. A solução deve ser construída pelos próprios litigantes, que tem autonomia para deliberar pacificamente sobre a solução adequada.

O princípio da confidencialidade, também conhecido como princípio do sigilo, norteia e é imprescindível na atuação do conciliador, pois garante uma maior chance de

sucesso e credibilidade para as audiências de conciliação, isso significa que, ao garantir a confidencialidade de todos os dados da sessão, incluindo a indisponibilidade das informações em processos judiciais, o conciliador tornará as partes mais dispostas a manter um diálogo aberto, sem se preocuparem com informações nas quais possam ser usadas negativamente em momento posterior.

Por fim, o legislador optou por priorizar o princípio da oralidade e da informalidade na conciliação, a fim de promover a atuação do conciliador no diálogo entre as partes e para o bom andamento da audiência, pois o formalismo excessivo também pode dificultar o procedimento.

Os conciliadores possuem múltiplas funções nas audiências de conciliação, uma das quais é garantir que os princípios que orientam o seu trabalho, bem como a justiça que garante o direito às demais pessoas, sejam respeitados e aplicados.

4.O DESAFIO DA CONCILIAÇÃO NOS PROCESSOS CONTENCIOSOS

É notório que os processos conciliatórios exigem a isonomia processual, além de que, é extremamente importante a presença de advogado para ambas as partes. A problemática deste tema envolve a má-índole processual, ou seja, quando alguma das partes, em especial grandes empresas, usam a seu favor o desconhecimento alheio para se beneficiar, bem como utilizam o instituto da conciliação para postergar determinadas demandas.

A maioria dos conflitos se resumem a pessoa física contra pessoa jurídica e, além disso, é importante frisar que diversas demandas apresentam em algum dos polos pessoas hipossuficientes que, as vezes, não possuem nenhum domínio técnico e nem ao menos escolaridade.

O acesso à Justiça referente a processos que passam por este ato conciliatório se faz muitas das vezes pela Defensoria Pública, mas a verdade é que este órgão é muito carregado e para marcar um atendimento de assessoria jurídica pode demorar até meses.

Dessa forma, os CEJUSC – Centro Judiciário de Solução Consensual - contam com auxiliares da justiça (conciliadores) para amenizar a grotesca disparidade presente nas demandas.

É indispensável ao bom conciliador o conhecimento técnico necessário para bem conduzir a conciliação. É sua função primordial restabelecer a comunicação entre as partes e conduzir as negociações. O conciliador deve garantir que a discussão proporcione acordo fiel ao direito, moralidade e justiça.

A solução do caso se dá de forma simples, o dever de fiscalizar determinados procedimentos deve ser ato contínuo e sujeito a regras. Muitos juízes aceitam a ausência de advogados/defensores públicos nas audiências de conciliação, todavia, o conhecimento técnico destes juntamente com as funções dos conciliadores elevariam o patamar da justiça social promovida. Há de ser obrigatório a presença de um profissional com capacidade técnica jurídica, podendo este ser um defensor público específico para demandas nos centros de conciliação como também advogados dativos ou contratados para tal fim.

A importância destes serviços, bem como a sua correta procedência desestimula o paradigma da desigualdade processual perante as partes e, estimula novas demandas, além de dissipar o temor referente à tirania da parte que, quase sempre, é favorecida devido à inexperiência da parte contrária.

5. AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO ANTES E APÓS O PERÍODO DE PANDEMIA DO COVID-19

Com a vigência do novo código de processo civil (2015), um dos requisitos da petição inicial é que o autor da ação poderá optar pela audiência de conciliação. Como já exposto anteriormente o instituto da Conciliação não tinha um procedimento a ser seguido, assim cada tribunal fazia as audiências de conciliação de forma muito aleatória, sem regras e sem normas, apenas observando a resolução nº125 do CNJ.

As audiências, em épocas normais, geralmente são designada com antecedência mínima de 30 dias, devendo o réu ser citado pelo menos 20 dias antes da audiência. Pode haver mais de uma sessão de Conciliação para melhor ser resolvido o conflito, porém, não excedendo o tempo de 2 meses entre cada sessão, sendo que caso alguma das partes falte à audiência de conciliação de forma injustificada deverá ser acarretada uma multa de até 2% do valor da causa, sendo esta falta considerada um ato atentatório à dignidade da justiça.

Deste modo, a Conciliação tem agora uma norma determinando quais parâmetros seguir para realização de uma audiência, fazendo que seus procedimentos nos tribunais fique padronizado.

Em tempos difíceis, com a pandemia de Covid-19, surgiram novos fatos que não possuíam correspondência direta com o sistema jurídico. A tarefa imposta aos profissionais conciliadores para se adaptarem à realidade é a construção de novas técnicas a partir das ferramentas fornecidas no período normal.

Os tribunais também sentiram o impacto da pandemia. As restrições impostas pelo distanciamento social levaram o Judiciário a tomar medidas para prevenir ou limitar a

prática de condutas que exijam a presença de todos, tanto quanto possível, sendo suspenso o atendimento presencial a pessoas externas e advogados.

Devido a este empecilho, apenas quando todas as partes da lide puderem usar os meios tecnológicos necessários, a audiência poderá ser realizada de forma virtual (videoconferência, aplicativos de mensagem instantânea, e-mail, chat, aplicativos como *Zoom*, *WhatsApp*, *Skype* ou similares) durante o período de restrição, frisando que a Lei 13.994/2020 já havia positivado a possibilidade de realização, no âmbito dos juizados especiais, de conciliação não presencial conduzida mediante o emprego dos recursos tecnológicos disponíveis de transmissão de sons e imagens em tempo real, abrindo, dessa forma, um precedente para este problema.

Como resultado, surgem dúvidas sobre a viabilidade de realização do ato e como deverá ser realizado. É necessário investigar a existência, possibilidade e desejabilidade da audiência de conciliação, sem descredibilizar a importância deste instituto como forma de resolução de conflitos, sendo assim, diante de impossibilidade técnica de realização de atos processuais pelo meio virtual, estes deverão ser adiados, isso porque a previsão legal da audiência não pode vir em sentido oposto à sua finalidade, os esforços para uma cultura de conciliação não podem inviabilizar a tutela do direito.

O contexto de isolamento social abre espaço para novos procedimentos que se ajustam à realidade. A inviabilidade se faz a partir da impossibilidade de realizar uma audiência por meios virtuais, não devido a natureza do direito em litígio, mas pela segurança das partes envolvidas e pela observância do cumprimento de suas obrigações. Embora não se trate de uma explicação originalmente extraída da norma, é preciso lembrar que em tempos de excepcionalidade a relação entre fatos e norma adquire contornos novos, nos quais não foram inicialmente considerados.

6. CONCLUSÃO

Resta explanar que este trabalho teve como objetivo ampliar os horizontes sobre o instituto da conciliação e o acesso à justiça que esta proporciona para a sociedade, em especial para aqueles em estado de hipossuficiência.

A conciliação, com o respaldo legal da lei 13.105/2015 trouxe maiores garantias às partes que buscam os meios alternativos de acesso à Justiça para dirimir seus conflitos e almejar maior eficácia e efetividade na prestação jurisdicional.

A partir da maior efetividade do instituto da conciliação, os dois polos opostos começam a se envolver de maneira mais ativa e responsável na resolução do litígio, demonstrando o benefício do método às partes envolvidas nos conflitos, uma vez que

estes serão resolvidos de uma forma mais célere, consensual, econômica, além, é claro, de forma mais confiável.

O Estado tem a responsabilidade de tomar as medidas cabíveis e as contribuições financeiras necessárias para que o sistema consensual de resolução de conflitos atinja os objetivos propostos, a fim de buscar uma sociedade mais justa, menos conflituosa e igualitária, em consonância com os princípios básicos garantidos pela Carta Magna, pelo Código de Processo Civil (2015) e a par com as expectativas dos cidadãos.

Além disso, se faz necessário uma mudança de paradigmas e de cultura sobre a solução de conflitos no cenário social, iniciando pela educação da sociedade, através de informações a respeito dos meios alternativos, priorizando uma maior conscientização e valorização da autocomposição, juntamente com o comprometimento de cada conciliador que se esforça para que determinado conflito seja solucionado e não volte a percorrer os escaninhos do judiciário, bem como também a fiscalização de audiências e da presença de profissionais com conhecimento técnico jurídico.

A junção desses pontos valoriza os meios alternativos que, em muito contribuem para o fortalecimento do Judiciário, podendo oferecer uma tutela jurisdicional eficaz, visando que a celeridade e a pacificação social, através dos métodos de resolução de conflitos, sejam uma realidade para todos aqueles que participam da sociedade e que de alguma forma tiveram seus direitos invalidados, sendo preciso recorrer à uma demanda judicial.

Por fim, cabe citar as ilustres palavras da juíza argentina Gladys S. Álvarez” (2003, p. 304) na qual expressa que o poder das partes para resolver seus próprios conflitos é a expressão de uma sociedade democrática e o acesso à justiça para os grupos mais fracos é a expressão de uma sociedade justa.

7.REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ, Gladys S. **La mediación y el acceso a justicia**. 1ª ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.

AZEVEDO, André Gomma da Sila; SILVA, Cyntia Cristina de Carvalho. **Autocomposição, processos construtivos e a advocacia: breves comentários sobre a atuação de advogados e processos autocompositivos**. Revista do Advogado. São Paulo, ano XXVI, n. 87, setembro de 2006.

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

BRASIL. **Lei 13.105/2015**. Palácio do Planalto. Brasília, DF: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acessado em 11 de dezembro de 2021.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125**, de 29 de Novembro de 2010. Brasília, DF: Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>> Acessado em 11 de dezembro de 2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; NETO, João Luiz Lessa de Azevedo. **A mediação e a conciliação no projeto do novo CPC: Meios integrados de resolução**. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al (org.). *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014.

FARINELLI, Alisson; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Conciliação e mediação no novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010)**. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 194, p. 277-305, abr. 2011.

NETO, Pasquale Cipro. **Dicionário da Língua Portuguesa Comentado pelo Professor Pasquale**. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2009

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA INCIDÊNCIA DO ISSQN SOBRE O SERVIÇO DE TRANSPORTE REALIZADO POR MEIO DO APLICATIVO UBER

KELINE CAJUEIRO CAMPOS BARRETO, bacharel em Direito pela Universidade Regional do Cariri-URCA. Especialista em Direito Penal e Criminologia, Direito Tributário e Direito Administrativo e Gestão Pública.

Resumo: O presente artigo objetiva analisar aspectos no que tange a recente polêmica a respeito da tributação incidente sobre o serviço prestado por meio dos aplicativos de transporte, tendo como parâmetro o aplicativo UBER. Com ênfase no modo de instituição e cobrança do ISSQN, que se constitui como modalidade de imposto que incide sobre esse tipo de serviço. Diante da modernização dos serviços viabilizada pela evolução constante da tecnologia, verifica-se o surgimento de impasses provocados ainda pela dificuldade devido à ausência de leis ou lacuna legal, para a devida regulamentação do tema estudado, gerando posicionamentos divergentes quanto ao local de recolhimento do imposto devido sobre o serviço de transporte realizado fora do local em que se encontra a sede da empresa proprietária do aplicativo. Para tanto, buscou-se sintetizar as discussões e propostas, por meio de estudo adotando-se a metodologia referencial bibliográfica, utilizando-se de livros, legislação, artigos e jurisprudência que versam sobre o tema ora estudado. Dessa feita, o estudo almeja abordar a questão de maneira didática e esclarecedora, explicando conceitos e a trajetória dos debates fomentados para nortear a ainda distante solução que reclama o dilema atual acerca do assunto.

Palavras chave: ISSQN, aplicativos de transporte, incidência.

Abstract: This article aims to analyze aspects regarding the recent controversy regarding the taxation levied on the service provided by means of transport applications, using the UBER application as a parameter. With an emphasis on the method of institution and collection of the ISSQN, which constitutes a type of tax that is levied on this type of service. In view of the modernization of services made possible by the constant evolution of technology, there is the emergence of impasses caused by the difficulty due to the absence of laws or legal gap, for the proper regulation of the studied topic, generating divergent positions regarding the place of tax collection due on the transport service performed outside the location of the headquarters of the company that owns the application. Therefore, we sought to synthesize the discussions and proposals, through a study adopting the bibliographic referential methodology, using books, legislation, articles and jurisprudence that deal with the topic studied here. This time, the study aims to address the issue in a didactic and enlightening way, explaining concepts and the trajectory of the debates fostered to guide the still distant solution that claims the current dilemma on the subject.

Keywords: ISSQN, transport applications, incidence.

Sumário: Introdução. 1. Conceito do App UBER – Tecnologia inovadora. 2. Tributação do serviço de transporte - ISSQN. 3. A atual polêmica sobre a incidência da tributação do ISSQN sobre serviços prestados por meio do UBER. Conclusão. Referências.

Introdução

O presente artigo visa analisar o aparato legal vigente, aspectos doutrinários e jurisprudenciais, buscando verificar como está sendo regulamentada a tributação do ISSQN sobre o serviço de transporte intermediado pela empresa UBER. De fato, existem discussões a respeito da polêmica resultante da tributação do serviço inovador intermediado por meio de aplicativos de transporte. Assim, almeja-se destacar as principais soluções adotadas e não se pretende solucionar o impasse, já que se exigirá esforço para alcançar a satisfação de todas as partes envolvidas na operação, quais sejam o parceiro, a empresa, o cliente e o governo.

Inicialmente, buscou-se explicar como ocorre o funcionamento da plataforma online UBER, que proporciona a intermediação do serviço de transporte e vem se consolidando como tecnologia inovadora no ramo. A partir disso, destacou-se no Brasil, o ISSQN, que consiste no imposto incidente sobre essa modalidade de atividade e evidenciou-se o seu conceito, bem como suas particularidades.

Nesse sentido, foram abordadas as especificidades sobre o ISSQN com foco na sua tributação sobre o serviço de transporte, como também o levantamento de aspectos sobre a problemática acerca da definição da competência legal para o devido recolhimento. Visto que o mencionado serviço está sendo desempenhado por motoristas em vários municípios, não se entende justa a concentração do recolhimento do referido imposto apenas nas cidades em que existam sede ou escritórios da empresa proprietária do aplicativo eletrônico alvo da presente abordagem.

Além disso, verificou-se como está sendo feita a tributação e cobrança do serviço da UBER, como também do desenvolvimento dos modos de procedimento por parte de governos municipais, com ênfase na discussão sobre a exigência e cobrança do ISSQN devido pelo serviço prestado por parte do motorista. Dessa maneira, o presente trabalho restringe a análise sob essa perspectiva.

Portanto, vislumbra-se destacar os principais aspectos sobre a discussão do tema proposto, por meio de explicações conceituais e doutrinárias, além de apontar a legislação atual sobre assunto, esclarecendo sobre as perspectivas defendidas no âmbito acadêmico jurídico, e por fim, ressaltando atuais medidas adotadas pelas partes envolvidas nessa questão que desafia a dinâmica tributária no país. Ressalta-se que não se pretende suprir

ou aprofundar em demasia um tema bastante recente e que ainda está sujeito a modificações tanto no meio legislativo, como no âmbito de decisões e entendimentos jurisprudenciais.

1. Conceito do aplicativo UBER e a tecnologia inovadora sobre o serviço de transporte

Os aplicativos para smartphones, nos dias de hoje, com o fim de melhorar a vida de usuários proporcionando maior comodidade e praticidade, já fazem parte da rotina de muitas pessoas, principalmente de passageiros e motoristas. Dentre eles, destaca-se o aplicativo de serviço de transporte privado da UBER, pois basta se ter um celular smartphone com internet e baixar o aplicativo que o serviço já pode ser aproveitado pelo usuário.

A empresa multinacional americana, UBER, que viabiliza o transporte individual em veículos automotores, foi fundada em São Francisco, nos Estados Unidos, em junho de 2010, e chegou ao Brasil 4 anos mais tarde, popularizando-se com a Copa do Mundo, em 2014, tendo como pioneira a cidade do Rio de Janeiro. Nos dias atuais, a maioria das grandes cidades brasileiras conta com esse tipo de serviço como principal instrumento para realização de transporte, sendo utilizado com destaque também nas regiões metropolitanas e cidades de porte médio. Com isso, além de oferecer comodidade aos passageiros, o aplicativo UBER também se tornou um meio de labor para muitas pessoas. Sendo cada vez maior o número de novos motoristas cadastrados no aplicativo, que fazem desse trabalho tanto um complemento ao seu salário quanto a sua única fonte de renda mensal.

Nessa toada, basta que o motorista realize um cadastro prévio na plataforma e comprove o cumprimento dos requisitos exigidos. Inicialmente, é preciso ser um motorista profissional, ou seja, ter a carteira de motorista ativa e regular perante os órgãos competentes, Detran, por exemplo. Após esse primeiro procedimento, é preciso realizar o cadastro no site da empresa para, a partir disso, passar pela checagem de informações e segurança. Essa checagem diz respeito à revisão dos antecedentes criminais nas esferas estadual e federal.

Outrossim, é necessário estar atento às diferentes categorias de carros oferecidas pela UBER para verificar se estão adequadas ao veículo do candidato. Nesse caso, no Brasil, ressalta-se o funcionamento das seguintes categorias: uberX, uberPOOL, UberSELECT, UberBLACK, e a mais recente, Uber Juntos. Na sequência, destaca-se características que os carros devem contemplar em cada uma dessas categorias: UberX: carros compactos, com 4 portas e ar condicionado; UberPOOL: serviço disponível apenas em São Paulo e no Rio de Janeiro, permite que o usuário divida a viagem com outro passageiro que vá percorrer um trajeto semelhante; UberSELECT: contempla carros mais confortáveis e espaçosos, com uma tarifa até 20% acima da tarifa cobrada pela UberX; UberBLACK: utiliza carros de

modelo sedan (Toyota Corolla, Ford Fusion, Volkswagen Jetta etc), com ar condicionado e bancos de couro; e por fim, o Uber Juntos: a mais recente e polêmica modalidade criada pela empresa, pois trata-se de uma viagem compartilhada que pode custar até 50% menos que uma viagem de UberX.

Desse modo, cumpridos esses requisitos básicos, basta que o motorista inicie a realização do serviço após a ativação do aplicativo. Já que é o motorista quem escolhe o dia, a hora e o momento de parar o seu ofício, com total flexibilidade de horários e liberdade para desempenhar o serviço. Por isso, configura-se como um trabalho ideal para conciliar com outro e esse fato tem incentivado muitos brasileiros a utilizarem essa plataforma.

No momento em que o aplicativo começou a ser utilizado no país, muito se comentava sobre a legalidade dos serviços prestados pela UBER. Indagava-se, por exemplo, como uma empresa oferece um serviço de qualidade, com praticidade e, ao mesmo tempo, por um preço razoável, e, por isso, acessível a todas as classes sociais, em um país que possui carga tributária consideravelmente elevada, que é o caso do Brasil.

Contudo, a Carta Magna de 1988 e a Lei Federal 12.587/12, que trata sobre a Política Nacional de Mobilidade Urbana – PNMU, asseguram a legalidade dessa forma de prestação de serviço viabilizada pela UBER. Inclusive, vislumbra-se no artigo 1º da referida lei, sendo possível constatar a possibilidade de integração dos mais diversos tipos de transporte, com a finalidade de melhoria na acessibilidade e mobilidade dos cidadãos. Vejamos:

“Art. 1º. A Política Nacional de Mobilidade Urbana é instrumento da política de desenvolvimento urbano de que tratam o inciso XX do art. 21 e o art. 182 da Constituição Federal, objetivando a integração entre os diferentes modos de transporte e a melhoria da acessibilidade e mobilidade das pessoas e cargas no território do Município.”

Ademais, a Lei 13.640/2018 alterou a Lei 12.587/2012, informando o conceito e disciplinando o transporte remunerado privado individual de passageiros. Essa recente lei promoveu alteração específica no inciso X do art. 4º da mencionada lei, dispondo que o transporte remunerado privado individual de passageiros se constitui como aquele não aberto ao público, destinado à realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários que possuam cadastro prévio em plataformas online ou aplicativos que permitem a comunicação em rede.

Desse modo, não restam dúvidas sobre a regularidade do funcionamento dos aplicativos, sendo admitido legalmente a prestação do serviço realizado pelos motoristas do UBER. Esse serviço é de cunho individual privado, conforme previsto pela referida legislação vigente. Outrossim, a empresa também recolhe os impostos pertinentes ao

desempenho de suas atividades, tais como impostos federais PIS, Cofins, IRPF, bem como impostos municipais devidos, como o ISS e contribuições municipais requeridas por regulamentos locais.

Nesse sentido, o imposto sobre serviços de qualquer natureza, tratado no presente trabalho apenas sob a sigla ISSQN, é devido pela empresa já que ocorre o enquadramento da UBER na lista de serviços no subitem 1.03 "Processamento, armazenamento ou hospedagem de dados, textos, imagens, vídeos, páginas eletrônicas, aplicativos e sistemas de informação, entre outros formatos, e congêneres", conforme redação dada pela Lei Complementar n. 157/2016.

Diante do exposto, em que pese o envolvimento do recolhimento dessas variadas modalidades de impostos, pretende-se, no presente estudo, explorar e enfatizar a análise da forma de exigência do imposto municipal ISSQN que incide sobre a modalidade de prestação de serviços em que se enquadra o serviço de transporte privado intermediado e fomentado pelo aplicativo da empresa UBER.

2. Tributação do serviço de transporte – ISSQN

A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, conforme dispõe o art. 4º, CTN. Em virtude disso, importa observar qual é o fato gerador presente na lei que instituiu o tributo. No caso do serviço de transporte, pode-se inferir que o ISSQN, conforme disposição legal, deve ser cobrado do prestador do serviço já que o tributo surge independentemente de qualquer atividade estatal relativa ao contribuinte. Com o intuito de promover elucidação didática, frise-se o ensinado pelo professor Rafael Novais:

"O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) é de competência Municipal (art.156, III, da CF) e se caracteriza como tributo de forte finalidade fiscal, pois grande fonte de arrecadação aos cofres públicos. Outra importante observação inaugural seria a ausência de previsão do ISSQN no Código Tributário Nacional, pois quem exercerá o papel de norma geral desse imposto será a específica Lei Complementar 116/2003."

Diante disso, o ISSQN, ou simplesmente ISS, cuja competência é atribuída aos Municípios, conforme art. 156, III, da Constituição Federal, bem como ao Distrito Federal devido a competência tributária híbrida que este ente possui, tem como fato gerador a prestação dos serviços taxativamente relacionados na lista de serviços constantes do anexo da sua lei, qual seja Lei Complementar n.º 116/2003, pois não há disposição sobre o referido imposto no Código Tributário Nacional. Em síntese, a Lei Complementar 116/03 dispõe que:

“Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.”

Desse modo, apesar da nomenclatura, o ISSQN não incide sobre todo e qualquer serviço, mas apenas sobre aqueles tipos de serviços previstos na legislação própria, conforme interpretação literal e restritiva, inclusive recente modificação legislativa trazida pela Lei Complementar 157/2016 ampliou a lista de serviços tributáveis pelo ISSQN.

Esse imposto residual caracteriza-se pela eminente finalidade fiscal e possui notável representatividade financeira, principalmente por representar considerável fonte de arrecadação para os cofres dos grandes municípios. Todavia, o seu viés extrafiscal se verifica quando ocorre a redução nas alíquotas almejando atrair empresas prestadoras de serviços para o território municipal, já que a alíquota pode variar, sendo a mínima de 2%, conforme dispõe o art. 88 do ADCT, e a máxima de 5%, consoante fixado no art. 8º, II, da Lei Complementar n.º 116/2003, isso no intuito de padronizar a incidência nacional do ISSQN e a fim de atenuar os desagradáveis efeitos da guerra fiscal entre municípios.

Nesse sentido, nos termos da Lei Complementar n.º 116/2003, estabelece de forma taxativa, que o referido imposto tem como fato gerador a prestação de serviços constantes de sua lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador, sendo o preço do serviço considerado como base de cálculo. Em que pese a taxatividade da lista, essa comporta interpretação ampliativa no caso de serviços congêneres. Sendo assim, de maneira a explicitar o detalhamento sobre o ISSQN, destaca-se o exposto pelo professor Marcus Abraham:

“Considera-se prestado o serviço e o respectivo imposto devido no local do estabelecimento prestador – onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional – ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto em algumas das hipóteses previstas na lei. O contribuinte é o prestador do serviço e a responsabilidade pelo crédito tributário poderá ser atribuída por lei municipal a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, de maneira solidária, subsidiária ou por substituição tributária. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço e a alíquota mínima do ISS é de 2% e a máxima é de 5%.”

Com isso, vislumbra-se que cada tipo de serviço poderá ter uma alíquota específica, conforme disposição de legislação municipal. Contudo, o aspecto territorial do ISSQN continua sendo tema controverso nos estudos tributários. A divergência impera em identificar e estabelecer qual município seria o competente nos casos em que a empresa opera de maneira desconcentrada, restando a dúvida se compete para o recolhimento o

ente local em que se tem a sede do estabelecimento prestador do serviço ou o município do local onde estaria sendo prestado o serviço.

Dessa feita, socorre-se do disposto art. 3º da LC 116/2003, que admite como regra geral que o ISSQN seja devido ao município onde estiver o estabelecimento do prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, sendo que as exceções de pagamento no local de prestação do serviço abrangem algumas hipóteses que geram bastante controvérsias, tais como: serviços de instalação de estruturas, varrição, coleta de lixo, vigilância, jardinagem dentre outros. Nesse aspecto, no que diz respeito ao local da prestação dos serviços para a incidência do ISS, destaca-se os ensinamentos de Leandro Pausen, que afirma:

“A existência efetiva do estabelecimento pode ser indicada pela conjugação, parcial ou total, de diversos elementos, tais com o (I) manutenção de pessoal, material, máquinas, instrumentos e equipamentos próprios ou de terceiros necessários à execução dos serviços; (II) estrutura organizacional ou administrativa; (III) inscrição nos órgãos previdenciários; (IV) indicação como domicílio fiscal para efeito de outros tributos; e (V) permanência no local, para a execução dos serviços, exteriorizada por meio de site na Internet, propaganda, publicidade, contas de telefone, de fornecimento de energia elétrica, água ou gás, em nome do prestador, seu representante ou preposto.”

Além disso, o contribuinte do imposto será o prestador do serviço, consoante art. 5º da LC 116/2003. Com isso, não se consideram contribuintes os sujeitos que prestem serviços em relação de emprego, trabalhadores avulsos, diretores e membros de conselho consultivo ou de conselho fiscal de sociedades e fundações, bem como dos sócios-gerentes e os gerentes-delegados, de acordo com art. 2º, II, da LC 116/2003.

Ademais, a regra de lançamento tributário desse imposto ocorre por homologação, consoante art. 150 do CTN, podendo existir atuação complementar do fisco de ofício, tal como informa o art. 149 do CTN. Cabe destacar ainda que algumas decisões judiciais na seara trabalhista reconheceram o vínculo de emprego entre o motorista cadastrado na plataforma do aplicativo e a empresa UBER. Sendo assim, conforme o exposto, considerado o vínculo trabalhista então o imposto não seria devido. Contudo, ressalta-se que a definição sobre a existência desse vínculo nesses casos ainda não foi pacificada na jurisprudência pátria.

“UBER E RELAÇÃO DE EMPREGO. MÁSCARA DE VÍNCULO. FRAUDE POR MEIO DE ALGORITMOS. A chamada uberização das relações de trabalho (não por casualidade originada no próprio nome da ré), no capitalismo de plataforma, gig economy, crowdwork, trabalho digital,

etc., operam figuras derivadas da quarta revolução industrial (a tecnologia) que pretensamente criariam "novas formas" de relações de trabalho quando, na verdade, os elementos que as compõem são exatamente os mesmos de uma relação de emprego, escamoteados por nomes pomposos (normalmente estrangeiros), que transmudam a figura do empregador no "facilitador", "gestor" ou "aproximador de pessoas"; a figura da pessoa trabalhadora no indivíduo microempreendedor de si mesmo ou no autônomo, que pretensamente não precisa "bater ponto" e não tem "patrão", mas cuja sobrevivência depende da prestação de serviços por longos períodos (normalmente acima de 10 horas de trabalho ao dia), sete dias por semana, trinta dias por mês e doze meses por ano, sem direito a adoeecer (não há recolhimento previdenciário), sem férias, sem décimo terceiro, sem FGTS, sem nenhuma garantia, cuja avaliação e cobrança é feita pelo usuário da plataforma e repassada instantaneamente pelo algoritmo (o controle e a subordinação são mais eficazes do que na relação de trabalho tradicional). Portanto, só o que muda é a máscara, a fraude emprestada e aperfeiçoada pelo algoritmo que tenta (e muitas vezes com sucesso), confundir as pessoas para elidir o respeito aos Direitos Humanos do Trabalho e descumprir a legislação social. Obviamente, a forma de prestação de serviços não desnatura a essência da relação de emprego, fundada na exploração de trabalho por conta alheia, pois os meios de produção continuam na propriedade da plataforma. Por outras palavras, não há nada de novo nisso, a não ser o novo método fraudulento de engenharia informática para mascarar a relação de emprego. Sentença reformada e vínculo empregatício reconhecido."

Dessa feita, entende-se que o ISSQN deve ser utilizado para a tributação do serviço de transporte privado realizado localmente por meio de plataforma eletrônica, já que, conforme explanado, seus requisitos são preenchidos quando o motorista particular utiliza o aplicativo UBER para prestar o serviço de transporte privado, caso prestado integralmente no território municipal, e em conformidade com as exigências legais, e de acordo com as condições determinadas pela empresa provedora do meio eletrônico que, por meio deste, possibilita a intermediação de contratação do serviço de transporte.

3. A atual polêmica sobre a incidência da tributação do ISSQN sobre serviços prestados por meio do UBER

Após a exposição das considerações a respeito da evidenciação da incidência do imposto devido sobre os serviços de transporte no mesmo município prestados por meio

do aplicativo UBER, sendo perfeitamente enquadrado e com a devida cobrança do ISSQN, ainda persiste a discussão sobre qual seria o local competente para o recolhimento desse tributo. Inicialmente, prevaleceu a cidade de São Paulo, pois é o município que possui a sede da empresa UBER, sendo o foco da arrecadação do ISSQN devido sobre a sua receita bruta.

Tal receita é advinda de uma comissão cobrada da remuneração dos motoristas, mas já inserida no preço da passagem. Nesse contexto, o tomador do serviço da Uber é o motorista, e não o passageiro, sendo esse o tomador do serviço do motorista. Desse modo, a receita da Uber é constituída por uma comissão de 20%, no caso da modalidade Uber Black, e 25%, na modalidade Uber X, descontada do valor pago pelo usuário, que no caso é o passageiro, ao motorista que utiliza o aplicativo para realizar o serviço de transporte.

Nessa toada, reputa-se que, em relação aos motoristas, o ISS deverá ser pago no Município onde estiver estabelecido, no caso de Microempendedor – MEI, ou domiciliado, no caso de pessoa física na modalidade profissional autônomo. Consoante entendimento no sentido de que os Municípios devem obedecer aos preceitos dispostos na Lei Federal n. 12.587/2012 com a redação atualizada pela Lei Federal n. 13.640/2018, abaixo descrita:

“Art. 4º da Lei 12.587/2012 (...): Para os fins desta Lei, considera-se:

X – transporte remunerado privado individual de passageiros: serviço remunerado de transporte de passageiros, não aberto ao público, para a realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede. (Redação dada pela Lei nº 13.640, de 2018).

Art. 11-A. Compete exclusivamente aos Municípios e ao Distrito Federal regulamentar e fiscalizar o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4º desta Lei no âmbito dos seus territórios. (Incluído pela Lei nº 13.640, de 2018). (grifei)

Parágrafo único. Na regulamentação e fiscalização do serviço de transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal deverão observar as seguintes diretrizes, tendo em vista a eficiência, a eficácia, a segurança e a efetividade na prestação do serviço: (Incluído pela Lei nº 13.640, de 2018)

I – efetiva cobrança dos tributos municipais devidos pela prestação do serviço; (Incluído pela Lei nº 13.640, de 2018)

II – exigência de contratação de seguro de Acidentes Pessoais a Passageiros (APP) e do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT); (Incluído pela Lei nº 13.640, de 2018)

III – exigência de inscrição do motorista como contribuinte individual do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), nos termos da alínea h do inciso V do art. 11 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. (Incluído pela Lei nº 13.640, de 2018)”

Nesse sentido, vários Municípios já implementaram leis ou estão discutindo projetos para regulamentar o transporte efetuado por meio do intermédio de aplicativos na cidade. Como exemplo, destaca-se o caso do Município de Juazeiro do Norte-CE, que foi o primeiro município do interior cearense a regulamentar a situação, por meio da publicação da Lei n. 5.045 de 30 de dezembro 2019 que disciplina o uso do sistema viário urbano municipal para exploração de serviço de transporte privado remunerado de passageiros, intermediado por aplicativos ou outras plataformas digitais de transporte, pela qual estabelece no art. 3º a obrigatoriedade de credenciamento dos motoristas junto ao Município.

Ademais, no art. 4º dessa lei municipal, define-se que compete aos aplicativos de transporte credenciados para operar o serviço, o recolhimento do ISSQN calculado sobre o valor da intermediação do serviço, conforme legislação municipal. Como também, no art. 8º, o decreto estabelece requisitos para o cadastramento dos motoristas junto aos aplicativos, e devido a isso os carros passaram a ser identificados com selos da respectiva plataforma digital que utilizam para prestar o serviço.

Essa tendência vai ao encontro da recente decisão do STF, datada de 08/05/2019, proferida pelos ministros durante a análise no julgamento do Recurso Extraordinário 1.054.110 e na Arguição de Preceito Fundamental (ADPF 449), de relatoria dos ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux, respectivamente, que em repercussão geral determinou a inconstitucionalidade da proibição ou restrição do uso de carros particulares no transporte remunerado de pessoas. Esse caso concreto envolveu a discussão sobre a validade de leis que almejavam a restrição dos aplicativos no município de Fortaleza, no Ceará, e na cidade de São Paulo

Com isso, essa decisão não deixa dúvidas a respeito da liberdade legal do uso de aplicativos como Uber e outros aplicativos semelhantes nos municípios brasileiros. Além disso, a Suprema Corte já havia declarado a inconstitucionalidade de leis municipais que

proibiram o uso dos aplicativos, destaca-se que a decisão referenciada acima foi além, já que determina a proibição de aprovação de normas contrárias à lei federal, de maneira a preservar o respeito aos princípios constitucionais da livre concorrência e livre iniciativa.

Desse modo, ao contrário da perfeita incidência em relação aos motoristas prestadores do serviço de transporte, o local de incidência do ISSQN pela empresa de tecnologia gera dúvidas. Visto que impera a discussão sobre se o referido imposto seria devido no local onde se localiza a sede da empresa no Brasil, ou nos locais onde os seus escritórios estão localizados, ou mesmo se o ISSQN seria devido proporcionalmente em cada Município onde o serviço é prestado, conforme a localização de origem de cadastro dos motoristas prestadores dos serviços.

Nesse ínterim, sob uma perspectiva doutrinária, enfatiza-se o posicionamento do consultor Roberto Adolfo Tauil, que entende, em todos os casos, devida a tributação do ISSQN no Município no qual está localizada a sede da empresa UBER no Brasil, ou seja, na cidade de São Paulo, ou naqueles locais em que há instalação de escritórios de apoio, caso de grandes cidades como Belo Horizonte, de maneira a não provocar o maior incentivo a guerra fiscal que persiste no país. Dentre outras razões, a principal seria a de que, em diversas situações, o local da prestação coincide com o estabelecimento prestador, a servir de exemplos os hospitais, as escolas, dentre outros.

Entretanto, há variados casos em que a prestação do serviço é executada em local que nada tem a ver com o estabelecimento do prestador. Como exemplo elucidativo, cita-se o caso de uma empresa de consultoria sediada num certo município que pode ser contratada para prestar serviços em outros municípios, para o qual se dirigem os seus consultores e prestam o serviço no estabelecimento do tomador. Ainda que a nota fiscal seja emitida pela fazenda local em que se firmou o contrato, tal fato seria irrelevante em função do verdadeiro lugar onde o serviço foi prestado.

Nesses casos polêmicos, socorre-se da jurisprudência para solucionar o impasse, sendo assim, há decisões jurisprudenciais que disciplinam o recolhimento do ISSQN para que ocorra na cidade em que existe o núcleo do serviço, qual seja o local da atividade fim da empresa. Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça, analisando recurso sobre a liberação de contratos de *leasing* firmados por instituição financeira com mais de um consumidor, firmou jurisprudência no sentido de que após a edição da LC 116/03, o ISSQN deveria ser cobrado no município em que efetivamente foi prestado o serviço.

Nesse contexto, no julgamento do Recurso Repetitivo (Temas 354 e 355) – REsp 1060210/SC, no STJ, de relatoria da lavra do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, consta que o local da prestação é aquele em que o serviço é perfectibilizado, qual seja o local em que existe unidade econômica ou profissional do prestador no Município, admitido como

sendo onde ocorre o fato gerador tributário, então ali deve-se recolher o tributo. Destaca-se ementa do referido:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ISS. ARRENDAMENTO MERCANTIL FINANCEIRO. ART. 3º. DA LC 116/03: O MUNICÍPIO COMPETENTE PARA EXIGIR O ISS, A PARTIR DA LC 116/03, É AQUELE ONDE O SERVIÇO É EFETIVAMENTE PRESTADO, ONDE É PERFECTIBILIZADA A RELAÇÃO, ASSIM ENTENDIDO O LOCAL ONDE SE COMPROVE Haver UNIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA COM PODERES DECISÓRIOS SUFICIENTES À CONCESSÃO E APROVAÇÃO DO FINANCIAMENTO - NÚCLEO DA OPERAÇÃO DE LEASING FINANCEIRO E FATO GERADOR DO TRIBUTO.4

RESP 1.060.210/SC, REL. MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJE 5.3.2013, REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. AGRAVO REGIMENTAL DO MUNICÍPIO DE CANOAS/RS DESPROVIDO. 1. **Sobre a competência para a cobrança do ISS** em questão, esta egrégia Corte Superior assentou o entendimento de que o Município competente para exigir referido imposto, a partir da LC 116/03, **é aquele onde o serviço é efetivamente prestado, onde a relação é perfectibilizada**, assim entendido o local onde se comprova haver unidade econômica ou profissional da instituição financeira com poderes decisórios suficientes à concessão e aprovação do financiamento - núcleo da operação de leasing financeiro e fato gerador do tributo (REsp. 1.060.210/SC, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 5.3.2013). (grifei) 2. Agravo Regimental da Municipalidade desprovido. (STJ – AgRg no AgRg no REsp: 974767 RS 2006/0248560-5, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Julgamento: 21/03/2017, 1ª turma, Data de publicação: Dje 31/03/2017)”

Com efeito, sabe-se que o definido nesse julgamento cabe restritamente a casos semelhantes ao caso concreto enfrentado. Todavia, é possível entender o novo significado essencial do julgado exposto, qual seja o de que o ISSQN deve ser cobrado no local em que a relação efetivamente se perfectibiliza, onde o fato gerador acontece, já que nesse ocorre a prestação do serviço.

Ademais, em outra oportunidade, o STJ restou claro que essa é a nova orientação a ser adotada pela Corte, inclusive o recurso foi analisado também sob o rito dos recursos repetitivos, que serve de base como orientação na discussão da mesma matéria em outras instâncias. Por isso, confirma-se que ficou estabelecida a orientação não apenas para as

hipóteses de *leasing*, assunto tratado no caso concreto do processo, mas também para qualquer espécie de serviço submetido à incidência do ISSQN. Destaca-se o referido precedente:

“TRIBUTÁRIO. ISS. LEI COMPLEMENTAR 116/2003. SERVIÇO DE INFORMÁTICA. COMPETÊNCIA PARA COBRANÇA. FATO GERADOR. MUNICÍPIO EM QUE O SERVIÇO É EFETIVAMENTE PRESTADO.

1. Cinge-se a controvérsia à competência para exigir o ISS incidente sobre serviços na área de informática.

2. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.060.210/SC, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/1973, fixou o entendimento de **que a competência tributária ativa para a cobrança do ISSQN, no sistema da Lei Complementar 116/2003, recai, em regra, sobre o Município em que é efetivamente realizado o serviço**, e não sobre aquele em que formalmente estabelecida a sede da prestadora, ocorrendo o inverso na vigência do Decreto-Lei 406/1968. (grifei)

3. No julgamento do mencionado Recurso Especial, foram estabelecidas as seguintes premissas: a) o sujeito ativo da relação tributária, na vigência do DL 406/1968, é o Município da sede do estabelecimento prestador (art. 12); e **b) o sujeito ativo da relação tributária, a partir da LC 116/2003, é o Município onde o serviço é efetivamente prestado, onde a relação é perfectibilizada, assim entendido o local onde se comprove haver unidade econômica ou profissional da entidade prestadora.** (grifei)

4. **A nova orientação ficou estabelecida não apenas para as hipóteses de leasing, mas também para qualquer espécie de serviço submetido à incidência do ISS.** Nesse sentido: AgRg no AREsp 466.825/MG, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, DJe 4.2.2016; AgInt no REsp 1.502.963/SC, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 12.5.2016; AgRg no REsp nº 1.390.900/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 20.5.2014. (grifei)

5. Agravo Interno provido. (AgInt no AREsp 912524/BA, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 18/04/2017) STJ. EDcl no REsp 1380710/SC, rel. Ministro Og Fernandes. Julgado em 3/4/2014. DJe 9/4/2014 (entendimento expresso no voto, que é posterior ao recurso repetitivo analisado).”

Diante disso, percebe-se que o STJ, no caso em referência, fixou o local do estabelecimento do tomador como sendo o local da prestação principal na situação em que o local é diverso do estabelecimento da prestadora de serviços de informática. Com isso, estendeu-se o conceito de unidade econômica para além da sede da empresa prestadora, considerando também o estabelecimento do tomador de serviços. Isso ocorreu devido a incidência do princípio da territorialidade na interpretação para aplicação do art. 3º da LC 116/03 no caso concreto, e assim passa a ser considerado que o ISSQN deve ser cobrado no local em que ocorreu o fato gerador, e não mais no município em que se encontra o estabelecimento prestador, sendo assim, conforme detalhada análise de entendimento dos precedentes, conclui-se como sendo uma tendência de parâmetro a ser admitido em lides futuras.

Nesse sentido, também pode-se encontrar precedente no qual há definição do local do domicílio do prestador do serviço em situações concretas nas quais se verifica ausência de estabelecimento do prestador. O caso mencionado a seguir não trata especificamente acerca do ISSQN sobre aplicativo de transporte, porém pode ser mais um exemplo que evidencia uma tendência a ser seguida pela Corte Superior em futuras demandas sobre a questão tratada, adotando a lógica na qual o imposto somente será devido no domicílio do prestador se no local onde o serviço for prestado não houver estabelecimento do prestador (sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação). Vale destacar:

“TRIBUTÁRIO. ISS. SUJEITO ATIVO. LC 116/2003. AUSÊNCIA DE ESTABELECIMENTO PRESTADOR. MERO DESLOCAMENTO DE MÃO DE OBRA. **LOCAL DO DOMICÍLIO DO CONTRIBUINTE**. 1. Tendo em vista os efeitos infringentes pretendidos pela parte, os Embargos de Declaração podem ser processados como Agravo Regimental. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal. 2. No julgamento do REsp 1.117.121/SP, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, o STJ definiu o sujeito ativo do ISS incidente sobre serviço prestado na vigência da LC 116/2003 (arts. 3º e 4º), nos seguintes termos: **1º) como regra geral, o imposto é devido no local do estabelecimento prestador** - compreendendo-se como tal o local onde a empresa que é o contribuinte desenvolve a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário - que se configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação, contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas; **2º) na falta de estabelecimento do prestador, no local do domicílio do prestador**. Assim, **o imposto somente será devido no domicílio do prestador se no local onde o serviço for prestado**

não houver estabelecimento do prestador (sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação); 3º) nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, acima transcritos, mesmo que não haja local do estabelecimento prestador, ou local do domicílio do prestador, o imposto será devido nos locais indicados nas regras de exceção. 3. O simples deslocamento de recursos humanos (mão de obra) e materiais (equipamentos) para a prestação de serviços não impõe sujeição ativa à municipalidade de destino para a cobrança do tributo (AgRg no AREsp 299.489/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18.6.2014). 4. **In casu, não se pode afirmar que a mera realização de atividade na sede do contratante, equivalha a um estabelecimento prestador,** razão pela qual compete ao Município de Belo Horizonte - local do domicílio do prestador - a cobrança do ISS. 5. Agravo Regimental não provido.? (EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 1298917/MG, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 06/04/2015) (grifei)”

Dessa maneira, vislumbra-se que acerca da análise restaram duas perspectivas, a primeira, na qual os Municípios onde existem estabelecimentos (sede ou escritórios de apoio), admitida como sendo uma unidade profissional, neles o ISSQN da empresa será tributado em relação aos serviços ali prestados, conforme relação dos motoristas cadastrados no Município, o que poderá ser fornecido pela empresa, por estar inscrita no Município, se for o caso, podendo ser intimada a informar. E a segunda, o que estava prevalecendo no caso em questão, nos demais municípios em que não existem sede ou escritórios de apoio, e assim, o ISSQN da empresa passa a ser tributado no Município de São Paulo, onde se encontra a sede da empresa e, portanto, o local em que as operações são registradas e processadas.⁶

De certo, o Município em que houver serviços de transporte intermediado pela plataforma UBER sem o estabelecimento (escritório local ou sede) terá que efetuar diligências externas para contabilizar os sujeitos passivos do imposto devido. Com isso, essa fiscalização se dará junto aos motoristas que atuam por meio do aplicativo, e em muitos locais, devido ao exigido por lei municipal, aos que já possuem cadastro junto a fazenda local para atuar, confrontando com esses dados a empresa de tecnologia para que haja a cobrança do devido recolhimento local, para tanto, a fazenda municipal poderá utilizar recursos tecnológicos a fim de facilitar essa tarefa arrecadatória.

6 TAUIL, A. ROBERTO. O ISS dos aplicativos eletrônicos de transporte – O Caso UBER. Consultor Municipal, 2019. Disponível em: <http://consultormunicipal.adv.br/artigo/tributos-municipais/05-12-2019-o-iss-dos-aplicativos-eletronicos-de-transporte-o-caso-uber> . Acesso em: 18/08/2020.

Consoante exposto, isso foi feito na cidade de Juazeiro do Norte, no Ceará, que regulamentou a matéria de modo que impôs a realização do cadastro dos motoristas junto à prefeitura, para que munidos desses dados possa cobrar o ISSQN devido pelos usuários motoristas, como também pela empresa. Frise-se que esse município localizado no interior cearense, possui população de 274.207 habitantes em 2019, estimada pelo IBGE, e conforme apontado em notícia extraída do jornal Diário do Nordeste, conta com número significativo de motoristas cadastrados em aplicativos de transporte.

Há de se considerar que temos um panorama no qual cada vez mais municípios estão adotando legislações próprias a fim de garantir o devido recolhimento do ISSQN e evitando a concentração da tributação em apenas um ou em poucos municípios onde há sede ou escritório da empresa. Tal concentração não se verifica justa, já que a plataforma online alcança muitos motoristas que, na maioria dos casos, prestam os serviços de transporte apenas nas cidades na qual residem.

Com efeito, devido a essa nova e vigente possibilidade de regulamentação por parte dos governos municipais, há discussões sobre eventual fomento à disputa fiscal entre municípios, visto que, conforme já comentado, se evidencia a guerra fiscal como realidade no país, todavia isso não pode prevalecer como argumento que sustente a concretização de situações de injustiça fiscal, além de constituir verdadeiro entrave motivando ou justificando o descumprimento de leis nacionais e municipais, bem como jurisprudência dos Tribunais pátrios.

De fato, admite-se que a questão ainda demandará esforços legislativos no intuito de promover melhores condições acerca da conformidade e adequação legal dos serviços de transporte por meio de aplicativos. Sendo assim, sublinha-se o projeto de lei n. 390/2017 de autoria do senador Pedro Chaves (PRB-MS), que tramita no Senado Federal, com o intuito de modificar as regras para a distribuição do tributo cobrado sobre o transporte efetuado por meio de aplicativos. De acordo com a proposta, o ISSQN deve ficar com município onde o passageiro iniciou a viagem, de modo que, caso seja esse projeto de lei aprovado, não haverá mais dúvidas em relação ao caso comentado.

Em contrapartida ao que vem ocorrendo na prática atual em que o ISSQN é repassado para a cidade onde o motorista está registrado, o autor do mencionado projeto PLS 390/2017 defende que o motorista de um serviço de aplicativo pode pegar um passageiro em uma cidade e transportá-lo a outra. Dessa feita, argumenta que como o motorista não tem obrigação de retornar sem passageiros ao município de origem do transporte, conforme o proposto, o motorista poderá assumir novas corridas em cidades diferentes daquela onde está registrado.

Diante do exposto, vislumbra-se que a questão está distante do alcance de uma solução consensual, já que além dos significativos e divergentes posicionamentos de

estudiosos sobre o assunto, há também divergentes opiniões políticas sobre essa temática da incidência e cobrança acerca da tributação do ISSQN sobre o serviço de transporte prestado por meio de aplicativos. Dessa forma, evidencia-se que ainda serão necessários debates a respeito dessa problemática, que demandará maiores esforços legislativos e, também muita discussão na tomada de decisões por parte dos tribunais pátrios, de maneira a promover soluções adequadas as partes envolvidas nesse caso bastante polêmico e atual.

Conclusão

No presente estudo, pretendeu-se apresentar os aspectos principais sobre a recente polêmica acerca da incidência do ISSQN sobre o serviço intermediado por meio de aplicativos de transporte, com foco principal no aplicativo UBER. Bem como, foram esclarecidos de forma sucinta como esse aplicativo, verdadeiro expoente da tecnologia moderna, funciona e quais os impactos no âmbito do direito tributário pátrio diante da arrecadação e cobrança do imposto em questão.

A partir disso, o conceito do ISSQN foi explicado, com abordagem simples e direta visando a registrar considerações de fácil entendimento, bem como apontando a adequação da incidência do referido nessa nova modalidade de serviço. Conseqüentemente, apresentou-se os dilemas sobre a devida legalidade e pertinência da cobrança por parte dos municípios, ainda que não possuam sede ou escritório da empresa UBER, tendo em vista que o número de usuários do aplicativo cresce a cada dia no país, enquanto isso apenas havia alguns municípios concentrando o recolhimento do tributo em questão.

Dessa forma, a discussão foi resumida de modo que se pontuou posição majoritária a favor da continuidade do recolhimento do ISSQN devido nos municípios onde se localizam a sede ou escritório de apoio da empresa UBER, no intuito de não agravar ainda mais a quase inevitável guerra fiscal no país. Como também, enfatizou-se que os municípios brasileiros, a cada dia mais, regulamentam por meio de legislação própria o serviço e a cobrança do imposto devido pela fazenda local almejando participar dessa arrecadação anteriormente concentrada, o que se entende como medida adequada conforme justiça fiscal.

Em vista disso, ainda persistem discussões sobre a matéria que está longe de consenso e reclama maiores reflexões, sendo muito provável que, no futuro próximo, as Cortes Superiores enfrentem lides que buscam definitividade sobre o adequado local para o recolhimento do ISSQN na hipótese de serviço analisada nesse trabalho. Sendo assim, apesar das decisões jurisprudenciais neste apontadas, será preciso que ocorra a pacificação da matéria com a consolidação a respeito do recolhimento na situação em questão, visto que há possibilidade de entendimentos diversos se cada tribunal estadual analisar a

questão, o que pode gerar jurisprudência confusa e diversificada, indo na contramão da promoção de segurança jurídica.

O que se espera é que, enquanto sociedade constituída sob o Estado de Direito e regida pelos princípios da Carta Cidadã de 1988, sejamos capazes de vencer tais questões, após reflexões devidas que o caso reclama e sem frear a arrecadação de serviços permitida em leis nacionais e locais, que estão sendo concretizados de forma moderna e representam resultado dos movimentos contínuos de mudança e inovação benéficos para a sociedade. Portanto, persiste o entendimento de que existe a urgência sobre a forma de encarar alternativas acerca de problemas advindos da possibilidade de tributação das modernas modalidades de prestação de serviços realizadas por meio de inovações tecnológicas que surgem a cada dia, de modo que sejam produzidas soluções eficazes e justas para esses desafios alcançados pelo Direito Tributário Brasileiro.

Referências Bibliográficas

ABRAHAM, Marcus. Curso de direito tributário brasileiro / Marcus Abraham.- Rio de Janeiro. Forense, 2018.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 12.587, de 3 jan. 2012. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12587.html. Acesso em: 20/04/2020.

BRASIL. Município de Juazeiro do Norte-CE. Lei n.º 5.045, de 30 dez. 2019. Disciplina o uso do Sistema Viário Urbano Municipal para exploração de serviço de transporte privado remunerado de passageiros, intermediado por aplicativos ou outras plataformas digitais de transporte e dá outras providências. Disponível em: <https://juazeiro.ce.gov.br/Imprensa/Diario-Oficial/Num5142-30122019/>. Acesso em: 25/04/2020.

BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20/04/2020.

BRASIL. Presidência da República. Código Tributário Nacional. Lei 5.172, de 25 out. 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm . Acesso em: 20/04/2020.

BRASIL. Presidência da República. Lei 13.640, de 26 mar. 2018. Altera a Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, para regulamentar o transporte remunerado privado individual de

passageiros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13640.htm . Acesso em: 20/04/2020.

BRASIL. Presidência da República. Lei Complementar n. 157, de 29 dez. 2016. Altera a Lei Complementar no 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp157.htm. Acesso em: 29/04/2020.

BRASIL. Presidência da República. Lei Complementar n. 116, de 21 jul. 2003. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm. Acesso em: 29/04/2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região). Recurso Ordinário em rito sumaríssimo nº. 0020750-38.2020.5.04.0405-RS. 8ª Turma. Recorrente: MARCIO ANTUNES CORREA - Adv. Pedro Paulo Polastri de Castro e Almeida, Adv. Pedro Zattar Eugenio. Recorrido: UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. - Adv. Renata Pereira Zanardi. Relator: Des. Marcelo José Ferlin D Ambroso. Porto Alegre, 16 de abril de 2021. Disponível em: <https://pje.trt4.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0020750-38.2020.5.04.0405/2#e82f2eb>. Acesso em 08/11/2021.

BARBOSA, Honorio. Juazeiro do Norte regulamenta e expande transporte por aplicativo, Diário do Nordeste, 2020. Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/editorias/regiao/juazeiro-do-norte-regulamenta-e-expande-transporte-por-aplicativo-1.2209003>. Acesso em: 20/03/2020.

COMO USAR O APP DA UBER. Uber Technologies 2020. Disponível em: <https://www.uber.com/br/pt-br/about/how-does-uber-work/>. Acesso em: 20/01/2020.

FREITAS, HYNDARA. STF: municípios não podem criar regras diferentes de lei federal para Uber. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-municipios-nao-podem-criar-regras-diferentes-de-lei-federal-para-uber-09052019>. Acesso em: 15/01/2020.

HIGA, Paulo. Táxi ou Uber? Um comparativo dos preços das corridas em cinco cidades. Tecnoblog, 2015. Disponível em: <https://tecnoblog.net/188610/taxi-ou-uber-preco-qual-mais-barato/>. Acesso em: 16/01/2020.

IBGE PESQUISA PANORAMA DAS CIDADES. IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2017. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ce/juazeiro-do-norte/panorama>. Acesso em: 25/04/2020.

NOVAIS, Rafael. Direito tributário facilitado / Rafael Novais. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. Impostos federais, estaduais e municipais. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

QUEM SOMOS. 2020 Uber Technologies Inc., Disponível em: <https://www.uber.com/br/pt-br/>. Acesso em: 16/01/2020.

SANTOS, Rafael. Juiz no RS reconhece vínculo e determina que Uber assine carteira de trabalho. Revista Consultor Jurídico. Março, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-05/juiz-reconhece-vinculo-determina-uber-assine-carteira>. Acesso em: 16/04/2020.

STJ. AgRg no AgRg no REsp: 974767 RS 2006/0248560-5, 1ª Turma, Relator: Ministro Napoleão Maia Filho, julgado em: 21 mar. 2017. Diário da Justiça Eletrônico, 21/03/2017.

STJ. AgInt no AREsp 912524/BA, 2ª Turma, Relator: Ministro Herman Benjamin, julgado em: 03 abr. 2017. Diário da Justiça Eletrônico, 18/04/2017.

STJ. Emb. Div. em Recurso Especial 130.792-CE Rel. para acórdão Min. Nancy Aldrighi – 1ª Seção Julg.07.04.2000 Diário da Justiça Eletrônico, 12/06/2000.

TAUIL, A. ROBERTO. O ISS dos aplicativos eletrônicos de transporte – O Caso UBER. Consultor Municipal, 2019. Disponível em: <http://consultormunicipal.adv.br/artigo/tributos-municipais/05-12-2019-o-iss-dos-aplicativos-eletronicos-de-transporte-o-caso-uber> . Acesso em: 18/08/2020.

FAKE NEWS E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO.

JOSÉ VALTER DE OLIVEIRA:

Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio de Sergipe

FERNANDO DE ALVARENGA BARBOSA

(orientador).

RESUMO: O presente trabalho tem como finalidade abordar questões referentes à Fake News, permitindo a reflexão a cerca da influencia que esta possui sobre as pessoas e a legislação vigente. O tema aborda ainda, a maneira como as Fake News são viabilizadas pelos meios de comunicação, influenciando nos pensamentos e interferindo nas ações daqueles que as utilizam. Além disso, aborda questões referentes à liberdade de pensamento e expressão, à maneira como a Constituição Federal e as leis infraconstitucionais garantem essa liberdade, levando em consideração o direito à liberdade de expressão e o respeito aos direitos humanos. Outros aspectos abordados referem-se à violação do artigo 5º, IX da Constituição Federal de 1988, a liberdade de expressão e a responsabilidade penal e civil e a inconstitucionalidade do projeto de lei das fake news. Trata ainda sobre o processo histórico-evolutivo ao longo dos anos, o qual expõem-se situações de Fake News que antes eram consideradas apenas como erros noticiados ou noticias mentirosas, mas que já causavam problemas para a sociedade e a mantinham confinadas a essas noticias. Enfim, o trabalho traz a reflexão para o tema em questão, mostrando os problemas ocasionados e o que relata a lei a cerca de tais situações.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Democracia e Responsabilidade. Fake News. Liberdade de Expressão.

ABSTRACT: This paper aims to address issues related to Fake News, allowing reflection on the influence it has on people and current legislation. The theme also addresses the way in which Fake News is made possible by the media, influencing the thoughts and interfering in the actions of those who use them. In addition, it addresses issues related to freedom of thought and expression, the way in which the Federal Constitution and the infra-constitutional laws guarantee this freedom, taking into account the right to freedom of expression and respect for human rights. Other aspects addressed refer to the violation of article 5, IX of the 1988 Federal Constitution, freedom of expression and criminal and civil liability and the unconstitutionality of the fake news bill. It also deals with the historical-evolutionary process over the years, which exposes Fake News situations that were previously considered only as reported errors or lying news, but that already caused problems for society and kept it confined to that news. Finally, the work brings reflection

to the topic in question, showing the problems caused and what the law reports about such situations.

Keywords: Constitution. Democracy and Accountability. Fake News. Freedom of expression.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 FAKE NEWS. 1.1 O que é fake News. 1.2 A influência da mídia na criação de novas leis. 2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO. 2.1 Garantias constitucionais de liberdade. 2.2 Liberdade constitucional de pensamento e expressão. 3 VIOLAÇÃO AO ARTIGO 5º, IX DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 3.1 Violação à liberdade de expressão. 3.2 A liberdade de expressão e a responsabilidade Penal e Civil. 3.3 O princípio da reserva legal e da proporcionalidade. 3.4 Violação a liberdade de imprensa e a atemorização a democracia. 3.5 A inconstitucionalidade do projeto de lei das fake news. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico tem por finalidade a análise jurídica a respeito das Fake News, bem como explicar seu significado, sua influencia no pensamento e comportamento social. Além disso, permite a reflexão acerca do contraste entre a liberdade constitucional de expressão e o combate legal as Fake News, tema este, excepcionalmente atual e altamente debatido.

Ao realizar a pesquisa bibliográfica, pode-se perceber na integra a preocupação do constituinte de 1988, em garantir a liberdade de expressão, como sendo uma das ferramentas indispensável ao exercício da cidadania, para alicerçar a democracia e da mesma forma atribuir a cada individuo a responsabilidade constitucional pela disseminação do seu pensamento.

Compreende-se que os princípios que regem a Constituição Brasileira são a base sustentável do sistema jurídico brasileiro, os quais permitem o norteamto necessário para a realização das análises e sansões referentes às Fake News, sem que agrida a moral e direitos fundamentais expressos e amparados pela Constituição.

Dessa forma, percebe-se que a abordagem desse tema é essencial durante o desfecho desse trabalho, já que permite o estudo das normas legais sob a ótica constitucional, bem como a interpretação das mesmas a respeito do tema Fake News. Este trabalho foi construído a partir de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. No primeiro capítulo foi apresentado o tema sobre fake news, no segundo o Estado Democrático de Direito Brasileiro e no terceiro violação ao artigo 5º, IX da Constituição Federal.

Após a abordagem temática, inicia-se o trabalho através da explanação e análise do significado fake news e a influência da mídia na criação de novas leis. A mídia tem

demonstrado uma grande influencia nesse campo, através da manipulação dos fatos que tanto escancaram, quanto desvirtuam ou induzem a sociedade a julgar e tomar decisões sobre o que consideram certo ou errado. Por tanto, faz-se necessário o conhecimento do tema e como esse deve ser visto do ângulo constitucional.

No segundo capítulo na busca pela compreensão dos fatos, o estudo realizado, aborda questões relacionadas ao Estado Democrático de Direito Brasileiro, bem como suas garantias constitucionais de liberdade e o direito a liberdade de pensamento e expressão. Através desse estudo, observa-se que apesar das leis constitucionais permitirem definir o que pode ser justo, no que se refere a propagação das Fake News viabilizada pela mídia, a qual tem sido influenciadora na construção do pensamento e das expressões, faz-se necessário questionar a respeito das dificuldades em estabelecer parametros embasados nas leis constitucionais que permitem a propagação das notícias a partir da consciência livre dos indivíduos como "Fakes".

Dessa forma, pode-se analisar minuciosamente a influencia que as Fake news tem sobre as pessoas no que se refere ao modo de pensar e agir e como as leis podem estar relacionadas.

O terceiro capítulo, expõe fatos relacionados a violação ao artigo 5º, IX da Constituição Federal, no que se refere à liberdade de expressão e a responsabilidade penal, bem como, a liberdade de imprensa e a atemorização da democracia e a violação desses direitos. Esse capítulo aborda ainda o papel que a constituição tem para assegurar o direito a essa liberdade, a fim de evitar através de leis infraconstitucionais a propagação do medo e a repressão das ações resultantes da liberdade de expressão.

A partir da exposição desse trabalho, pretende-se esclarecer a importancia da averiguação das Fake News, sem que haja violações das liberdades constitucionais, pois, estas formam os pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito; evitando desse modo, a atemorização a democracia.

1 FAKE NEWS

Atualmente tem surgido várias discussões sobre o efeito das Fake News na sociedade, ou seja, sobre sua propagação, seu conteúdo falso divulgado nas redes sociais e na sua interferência nas redes sociais, como um todo (política, educação saúde) e/ou até mesmo vida pessoal.

Faz-se necessário, compreender que boatos e mentiras são espalhados a séculos, mas suas divulgações ascenderam-se com o advento das redes sociais, através da capacidade de espalhar mais rapidamente e de forma praticamente convincente essas

falsas notícias, que tem como objetivo chamar a atenção das pessoas, aumentando o acesso ao site propagador.

Em sua maioria, essas falsas notícias são manchetes com conteúdos distorcidos ou mentirosos que tem como objetivo promover o acesso aos sites, afim de faturar com a publicidade digital .

Essa atitude irresponsável pode gerar situações que envolvam desde simples boatos até mentiras que possam disseminar racismo ou ódio, prejudicando pessoas comuns e/ou até mesmo empresas ou celebridades.

1.1 O que é fake news

A expressão fake news tem repercutido nas paginas de jornais e internet nestes últimos anos. Contudo, poucos sabem o seu significado. O termo “fake news” é uma expressão derivada do inglês que traduzida em português significa: fake (falsa/falso) e news (notícias), ou seja, “notícias falsas”.

Apesar de seu destaque recente, a expressão é antiga surgiu no final do século XIX. (Silva, 2020). Fake News são informações falsas que se propagam entre a população, por diversos meios de comunicação, principalmente, através das redes sociais.

Essa palavra foi eleita em 2017 pelo Dicionário Collins, como sendo a palavra do ano. De acordo com o Dicionário Fake News significa: “ Informação falsa em alguns casos sensacionalista apresentada como um fato, publicada e disseminada na internet.” (tradução- Dicionário Collins).

A Fake News pode ser ainda, caracterizada como uma noticia que traz em seu conteúdo a falta de informação acarretada por boatos e por exageros, os quais são espalhados de forma irresponsável nas redes sociais.

Esse tipo de informação (Fake News) tem viralizado nas redes sociais causando impactos negativos e nocivos para a sociedade, por serem notícias falsas e sem fundamento.

Infelizmente esse tipo de informação tem crescido e esta inserida no meio social, interferindo de forma consciente ou inconsciente nas ações do ser humano.

Mesmo com os avanços tecnologicos, que permitem com que as informações possam ser checadas em tempo online, a veracidade destas na maioria das vezes, é colocada a prova considerando a velocidade de sua propagação.

Dessa forma, é importante realizar também a checagem das informações recebidas, verificando a fonte, por meio da comparação e da análise de textos em diferentes tipos mídias.

1.2 A influência da mídia na criação de novas leis

A mídia tem se tornado o principal caminho de comunicação e conexão entre as camadas da sociedade. Através da popularização dos variados meios, pela capacidade de celeridade na troca de informações, por meio das plataformas existentes. (TOMASI; LINHARES, 2015).

Atualmente, a mídia tem exercido uma espécie de “quarto poder” perante a sociedade. Além disso, por meio da influência que esta possui, de certa forma termina manipulando os indivíduos na sua maneira de pensar e de agir.

Em virtude dos fatos ocorridos, atualmente a mídia por meio da sua influencia, tem procurado criar novas leis que sancione esse tipo de informação, afim de sanar os problemas ocasionados.

Para tanto, faz-se necessário que as autoridades promovam ações cabíveis para identificar e punir os responsáveis pelos boatos espalhados, analisando ainda os danos ocasionados a sociedade.

A propagação da Fake News pode causar sérios prejuízos, muitas vezes irreversíveis, tanto para pessoas físicas, quanto jurídicas, as quais tornaram-se vulneráveis no que se refere ao direito de defesa sobre os fatos divulgados relatados falsamente.

No entanto, no que se refere a criação de novas leis, é preciso compreender que apesar de qualquer informação falsa induzir ao erro, em alguns casos uma determinada notícia pode conter informações falsas norteadas por algum tipo de verdade.

É nesse tipo de informação que estão escondidos os perigos da Fake News, pois esta, pode influenciar a mídia nas suas decisões e assim, desencadear consequências que podem vir a ser desastrosas.

Esse protagonismo da mídia tem contribuído, muitas das vezes, por influenciar os Poderes da Republica na tomada de decisões. Principalmente o Congresso Nacional, que representa a vontade popular por meio do sufrágio e detém a competência de legislar.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

Com a promulgação da Constituição Federativa do Brasil de 1988, iniciou-se um novo ciclo na evolução política do País, agregando-se ao ordenamento jurídico brasileiro os princípios do Estado Democrático de Direito, disposto no Art. 1º da referida legislação.

Logo, para compreender de forma clara e objetiva o Estado Democrático de Direito, se faz necessário iniciar a discussão pelas noções básicas de democracia, estado liberal e estado social.

Democracia é uma palavra derivada do grego “demos”, que significa povo. Podendo ser classificada, como sendo um conjunto de princípios e práticas que visam garantir a liberdade humana. Com base no conceito de governo da maioria coeso aos direitos individuais e das minorias. Tendo como sua principal função proteger os direitos humanos fundamentais.

Segundo Silva (2014, p. 114), “a democracia, como realização de valores (igualdade, liberdade, dignidade da pessoa) de convivência humana, é conceito mais abrangente do que o Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal”.

Dessa forma, podemos afirmar que a democracia subjugou os governos ao Estado de Direito e garante a mesma proteção legal a todos os cidadãos e que os seus direitos sejam tutelados pelo poder judiciário.

Nessa perspectiva, as forças políticas do final do século XIX e início do século XX rumaram para um processo de democratização do Estado, transformando-o em Estado Democrático de Direito caracterizado pela vontade popular, diversamente do conceito de Estado de Direito, no qual o cidadão estava submetido a uma lei geral e abstrata. (SILVA, 2002, p. 117-122).

Por conseguinte, os direitos fundamentais externalizam determinados valores da sociedade, que por sua vez, esta deve honrar e materializar. Partindo dessa ideia, percebe-se que, conseqüentemente os direitos subjetivos individuais são vinculados, ao seu reconhecimento pela comunidade. Elencando um critério de responsabilidade comum dos indivíduos.

A partir da Constituição Federal de 1988, com base no princípio democrático, objetivando garantir a aplicação e o exercício dos direitos e garantias fundamentais, o Brasil passou a adotar esse modelo de Estado.

2.1 Garantias constitucionais de liberdade

Entre o Estado Democrático e o direito às liberdades existe uma relação de dependência mútua. Ou seja, uma faculta a existência da outra. Segundo Paulo Gustavo

Gonetbranco (2009, p. 402), “a liberdade e a igualdade são dois elementos essenciais da dignidade da pessoa, que por sua vez é um dos fundamentos do Estado Democrático”.

Esse Estado possibilita a efetivação dessas liberdades, até mesmo, por intermédio da resolução de conflitos em razão delas. Desse modo, proporcionando a concretização dessas liberdades que auxiliam o regime democrático, na medida em que propicia a todos os indivíduos participação mais acentuada nas decisões políticas fundamentais (GONETBRANCO, 2009).

Por intermédio da Constituição de 1988, foi instituído o Estado Democrático de Direito, empreendendo uma nova política com fundamentos na liberdade e a dignidade da pessoa humana; não podendo permitir que indivíduos se tornem apenas sujeitos de tutela. Mas, evidenciar que a pessoa seja reconhecida como um sujeito autônomo de direitos e garantias.

O Estado Democrático sai do campo da transformação teórica da realidade, para assumir o propósito da igualdade. A lei surge como ferramenta de reestruturação social, não admitindo vincular-se à sanção ou à promoção. Nasce, portanto, o Estado guardião e amigo, por intermédio de medidas positivas diversas, com objetivo de proteger, principalmente e efetivamente os direitos fundamentais.

Desse modo, pode-se dizer que as liberdades no Estado Democrático estão mais amparadas. Desta forma, entende José Afonso da Silva (2008, p. 234) sobre o tema “quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que o constroem, mais liberdade conquista”.

2.2 Liberdade constitucional de pensamento e expressão

A liberdade de pensamento e expressão é o direito de comunicar o que se pensa e está ratificado na Carta Magna de 1988, como um instituto jurídico pétreo da democracia brasileira.

No Estado Democrático, liberdade de pensamento e expressão é fundamental para possibilitar o exercício da cidadania, mediante a participação dos indivíduos no processo de discussão de idéias que visam a construção de uma sociedade mais justa.

A Constituição Federal de 1988, assegura o direito a manifestação de pensamento; “Art. 5º, Inciso IV, é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Para Celso Ribeiro Bastos, é natural que cada indivíduo busque difundir sua opinião sobre determinado assunto, por acreditar que sua tese é correta e querer convencer os demais a partilhar sua visão de mundo. BASTOS (1998).

Ainda de acordo com Bastos:

A liberdade de pensamento nesta seara já necessita de proteção jurídica. Não se trata mais de possuir convicções íntimas, o que pode ser atingido independentemente do direito. Agora não. Para que possa exercer a liberdade de expressão do seu pensamento, o homem, como visto, depende do direito. É preciso, pois, que a ordem jurídica lhe assegure esta prerrogativa e, mais ainda, que regule os meios para que se viabilize esta transmissão. (BASTOS, 1998, p. 187).

Ademais, cabe ressaltar que a liberdade de pensamento e expressão decorre de um dos pilares da democracia brasileira, que é o princípio da dignidade da pessoa humana; assegurando a todos a livre manifestação de pensamentos, de diversas formas e meios, possibilitando, dessa forma, a opinião pública.

3 VIOLAÇÃO AO ARTIGO 5º, IX DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

3.1 Violação à liberdade de expressão

No Brasil o Constituinte de 1988, se posicionou firmemente com relação a proibição de qualquer tipo de censura. O art. 5º, IX, da CF/88, in verbis: “IX – É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. A partir do texto constitucional conclui-se que, expressar suas ideias, opiniões e sentimentos é um direito fundamental e não pode ser submetido a controle prévio, por censura ou licença.

Desta forma, o direito a atividade intelectual e de comunicação, em sentido amplo contempla, a manifestação de idéias, opiniões e sentimentos. Sendo protegido e assegurado pela Constituição a divulgação de qualquer conteúdo pelas diversas formas e meios, e qualquer forma de censura e licença para sua propagação são incancebíveis no Estado Democrático.

Portanto, a liberdade de expressão garante a todos os indivíduos o exercício de sua cidadania, no tocante ao direito de comunicação e informação, que por sua vez, se torna essencial para formação de opinião pública, concernente ao cotidiano da sociedade.

3.2 A liberdade de expressão e a responsabilidade Penal e Civil

A liberdade de expressão é um direito fundamental positivado na Constituição Federal de 1988, como uma das ferramentas imprescindível para consolidação do Estado Democrático.

De forma que a sua proteção assegura a todos a possibilidade concreta de difundir suas ideias e opiniões, sobre temas do cotidiano contribuindo, desse modo, para fortalecer a democracia.

A responsabilidade penal e civil são institutos presentes na Constituição de 1988, no Art. 5º, Inciso V e X, in verbis: “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; 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”.

Deste modo, estão previstos a proteção a moral, a honra e imagem das pessoas. Tornando, possível e plausível o manejo dessas ferramentas jurídicas, para coibir os excessos no uso da liberdade de expressão. Impondo dessa forma, a cada individuo a responsabilidade pelo conteúdo difundido. Bastando para isso, a pessoa que atribuir prejuízo sofrido em virtude de conteúdo propagado, acionar a tutela do Estado por meio do Poder Judiciário, para adotar as medidas cabíveis em relação à lide apresentada.

3.3 O princípio da reserva legal e da proporcionalidade

O Direito Brasileiro é firmado em princípios fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, de forma que o princípio da reserva legal e proporcionalidade ou razoabilidade, são garantias constitucionais norteadoras, que servem de parâmetros para o legislador, no processo de criação de lei.

Estes princípios estão implícitos no Art. 5º, Incisos XXXIX e LXXVIII, da Carta Magna. Portanto, trata-se de direito fundamental, sendo inadmissível sua violação ou supressão em relação às normas infraconstitucionais. Sobre esse raciocínio, Márcia Dometila Lima de Carvalho (1992, p.23) refere que,

[...] toda norma penal carece de fundamentação constitucional. Portanto, a não fundamentação de uma norma penal em qualquer interesse constitucional, implícito ou explícito, ou o choque mesmo dela com o espírito que perambula pela Lei Maior, deveria implicar, necessariamente, na descriminalização ou não aplicação da norma penal.

Surge dessa forma, a necessidade da intervenção mínima do Estado, na tipificação de um fato, ou seja, em respeito a esses princípios, só é justificável a criminalização de algo, quando não houver meios menos oprimentes para sua pacificação. Tornando, por conseguinte ilegítima e inconstitucional a lei que não observe estes princípios.

3.4 Violação a liberdade de imprensa e a atemorização a democracia

A liberdade de imprensa, pode ser definida como sendo o direito de informação jornalística independentemente de formas e meios. A Constituição Federal de 1988 abarcou esse direito como fundamental e indispensável para construção e manutenção do Estado Democrático de Direito, conforme expresso no artigo 5º:

“Art. 5º, Inciso IX, da CF/88 - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; Art. 5º, Inciso XIV, da CF/88 - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Percebe-se portanto, que a liberdade de imprensa faz parte da essência de qualquer sociedade democrática. Segundo (OLIVEIRA, 2013) no Brasil é notável o fenômeno da abundância de normas, a criminalização redundante, conhecido como panpenalismo penal. Prática esta que, visa proteger os direitos humanos, mas, de certa forma culmina em agredi-los, enfraquecendo um dos pilares do regime democrático e expondo a sérios riscos a democracia.

3.5 A inconstitucionalidade do projeto de lei das fake news

Diante do atual cenário mundial de propagação das “fake news”, naturalmente surge a preocupação pelo prejuízo, que estas podem causar as pessoas físicas e jurídicas. Promovendo consequentemente uma espécie de subversão da sociedade.

Mediante a necessidade, para solução deste problema, está sendo discutida não só pela comunidade nacional, mas, também internacional, a criação de ferramentas, mecanismos de controle e combate as fake news.

No Brasil, segundo informações publicadas no site do CNJ, o então presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Dias Toffoli, participou no dia 11 de junho do corrente ano, do lançamento do “Painel Multissetorial de Checagem de Informações e Combate a Fake News”, na sede do STF, em Brasília.

De acordo com a publicação lançada pelo CNJ (2020):

O Painel reúne organizações públicas e privadas com o intuito de combater a proliferação de notícias falsas e conteúdos inverídicos disseminados na internet e em redes sociais. A medida se une à campanha #FakeNewsNão, lançada pelo CNJ em abril deste ano. Fazem parte desse mutirão representantes da imprensa brasileira, das associações da magistratura e dos tribunais superiores. A ação visa alertar os leitores e internautas sobre os perigos do compartilhamento de informações duvidosas, além de orientá-los como checar a veracidade das notícias que recebem.

Com esta iniciativa ficou acertado entre os membros da iniciativa privada, participantes do Painel Multissetorial, a contribuição de cada um dentro de sua própria

área de atuação com as ferramentas que dispõem. Ao CNJ e tribunais superiores coube a tarefa de auxiliar os parceiros a identificar e enviar material suspeito para checagem.

Em julho de 2020, partilhando da mesma sensatez, a ONU fez a seguinte publicação em seu site:

Preocupada com o aumento do volume das chamadas "fake news" na internet, as Nações Unidas lançaram a campanha Verificado para combater notícias falsas. E nesta semana, o Departamento de Comunicação Global da ONU, que lidera a iniciativa, pediu uma pausa aos usuários da internet que compartilham informações. O título é: Pare e Pense antes de Compartilhar.

Há portanto, em consequência do perigo eminente causado pelas "fake news" propagadas pelos diversos meios e formas, uma mobilização nacional e internacional objetivando combater-las, através das ferramentas disponíveis.

O Senado Federal, compelido por sua responsabilidade como Legislador está empenhado na busca de uma solução para combater as fake news, conforme publicação em seu site:

O Senado aprovou nesta terça-feira (30/06/2020), em sessão deliberativa remota, o projeto de lei de combate às *fake news*. O PL 2.630/2020 cria a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, com normas para as redes sociais e serviços de mensagem como *WhatsApp* e *Telegram*. A intenção é evitar notícias falsas que possam causar danos individuais ou coletivos e à democracia. O texto segue para a Câmara dos Deputados. O projeto foi apresentado pelo senador Alessandro Vieira (Cidadania-SE) e aprovado na forma de um substitutivo (texto alternativo) do relator, senador Ângelo Coronel (PSD-BA).

Ocorre que, o projeto de lei de combate as fake news, ora já aprovado pelo Senado Federal, coloca a casa legislativa na contramão da sensatez; ao propor a criação de lei que visa controlar o que pode ou não ser publicado, com o pretexto de predefinição de informação ou desinformação, poderá instigar a censura na adoção de definições arbitrárias e antidemocráticas do que são notícias falsas. Controle este, já positivado no ordenamento jurídico brasileiro atual; podendo ser mitigado através das ferramentas jurídicas disponíveis na legislação pertinente.

Para Luisi (2003, p. 109),

Este perverso processo criminalizador traz em seu bojo uma violência aos direitos humanos. De um lado porque cominado pena a pequenas e poucos relevantes infrações, que podem ser enfrentadas, e com mais eficiência, por outras sanções à disposição do ordenamento jurídico, se violenta, sem real necessidade, um dos mais relevantes direitos do homem, a sua liberdade.

Portanto, a criação de nova lei com a finalidade de enfrentar infrações, que podem ser pacificadas pela legislação disponível, acarreta violação desnecessária, a um dos direitos fundamentais do indivíduo, a sua liberdade (LUIZI, 2003).

Segundo (FACHIN, 2017): "Há um excesso de produção normativa no país. Legisla-se demais e com uma qualidade muito ruim", "É um problema cultural. O legislador acha que vai resolver cada problema que aparece com uma lei". Desta forma, percebe-se que nem sempre, a criação de uma nova lei pode ser a solução para uma lide social.

4. CONCLUSÃO

Os princípios esculpidos na Constituição Federal de 1988 formam a base do ordenamento jurídico brasileiro; em especial o "princípio da dignidade da pessoa humana" que norteia o presente trabalho. Pois, este assegura a todo indivíduo a liberdade de expressão, um direito fundamental, que é indispensável para existência e consolidação do Estado Democrático.

Diante da democratização da comunicação, promovida pela globalização do avanço tecnológico atual, vivenciamos a chamada era da comunicação, onde a informação se propaga por diversos meios e formas numa velocidade fora do comum. E na mesma proporção se intensifica de forma célere em toda sociedade as chamadas "fake news" ou notícias falsas.

Com o advento das redes sociais e sua difusão por intermédio das novas tecnologias, houve uma quebra do "monopólio da informação", que era exercido pela grande mídia. As pessoas passaram a ter acesso a diversas fontes de informação e consequentemente opiniões variadas sobre as temáticas do cotidiano.

Dentro deste cenário, percebe-se, que grupos que detinham a hegemonia da comunicação vêm exercendo uma pressão muito forte sobre as autoridades competentes, para que estas criem dispositivos de combate às fake news. Desta forma, o Poder Legislativo da República, através do Senado Federal, criou o projeto de "Lei das fake news".

A iniciativa do Senado Federal, em criar mecanismos de controle de informação, com o objetivo de combater as fake news, como Legislador é legítima; no entanto, desperta preocupação a grande parte da sociedade, pela possibilidade concreta de surgimento de

censura a liberdade de expressão. Pois, o ordenamento jurídico brasileiro, já dispõe de ferramentas que podem ser empregadas para resolução dessa demanda social.

Portanto, é preciso sensatez e cautela, na busca de tutela dos bens jurídicos, para não ceder à pressão de grupos, que almejam soluções incomuns, para determinados conflitos sociais, desrespeitando o “princípio da igualdade” que é um dos pilares da Democracia. Enfim, não é admissível num Estado Democrático de Direito, que a solução de uma lide seja mais dolorosa que o próprio conflito.

5. REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 30 de setembro de 2020.

CARVALHO, Marcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Editora Fabris. Porto Alegre, 1992.

CNJ, 2020. **CNJ lança painel multissetorial de combate a fake news**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-lanca-painel-multissetorial-de-combate-a-fake-news/>. Acesso em 01 de outubro de 2020.

DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 28 de outubro de 2020.

CODIGO CIVIL. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. acesso em 28 de outubro de 2020.

FACHIN, Zulmar. **Brasil vive ‘emaranhado legal’ e nem sabe quantas leis estão valendo**. 2017. Disponível: https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/brasil-vive-emaranhado-legal-e-nem-sabe-quantas-leis-estao-valendo-cvkkiig0bkirj55uy89_mviunb/. Acesso em: 25 de outubro de 2020.

LUISI, Luis. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2.ed.aumentada. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2003.

MENDES, Gilmar Coelho, Inocencio; BRANCO, Paulo G.G. **Curso de direito constitucional**, 4.ed. São Paulo: editora saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Marcia Cristina de. **Seletividade Punitiva e Direitos Humanos: descompasso entre a programação constitucional e a atuação concreta do sistema punitivo brasileiro**. Monografia de pós-graduação stricto sensu em direito. UNIJUI, 2013.

ONU, 2020. Campanha da ONU quer acabar com as notícias falsas. **Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/07/1719102>. Acesso em 01 de outubro de 2020.**

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Secretaria-GeralSubchefia para Assuntos Jurídicos. **LEI Nº 13.188, DE 11 DE NOVEMBRO DE 2015.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13188.htm. Acesso em 28 de outubro de 2020.

PROJETO DE LEI Nº , DE 2017(Do Sr. Luiz Carlos Hauly)Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=03D41E8B902E935F8C5C2F228D635FC2.proposicoesWebExterno1?codteor=1522471&filename=PL+6812/2017. Acesso em 28 de outubro de 2020.

SENADO FEDERAL, 2020. **Senado aprova projeto de combate a notícias falsas; texto vai à Câmara.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/06/30/aprovado-projeto-de-combate-a-noticias-falsas>. Acesso em 01 de outubro de 2020.

SILVA, Gabriele. O que são Fake News? EDUCA MAIS BRASIL, 2020. Disponível em: <https://www.educamaisbrasil.com.br/educacao/dicas/o-que-sao-fake-news>. Acesso em 01 de outubro de 2020.

SILVA, José Afonso da, **Curso de direito constitucional positivo**, 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2002.

_____._____. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

_____._____. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2014.

TOMASI, Pricila Dalmolin; LINHARES, Thiago Tavares. **“Quarto poder” e direito penal: um olhar crítico à influência das mídias no processo legislativo penal brasileiro**. In: 3º CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, Santa Maria, 2015. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/2-12.pdf> >. Acesso em 02 de outubro de 2020.

TRÁFICO DE PESSOAS: UMA ANÁLISE DO CONTEXTO ATUAL E OS DESAFIOS PARA O ENFRENTAMENTO NO BRASIL

MARIANA DE SOUSA DA SILVA: agente de polícia (Polícia Civil do Distrito Federal); bacharel em direito, com especialização em segurança pública, atividade de investigação e inteligência.

RESUMO: O tráfico de pessoas é um fenômeno crescente em escala mundial que representa uma violação direta aos direitos humanos, submetendo as vítimas a condições degradantes e a diversas formas de exploração. O objetivo deste artigo é discutir o cenário atual a partir das estatísticas internacionais e nacionais em relação ao tráfico de pessoas, as normas que regem o assunto e como o Brasil vem agindo no enfrentamento a esse crime, através de uma análise da evolução legislativa e das alterações trazidas pela Lei nº 13.344 em 2016, considerada o marco regulatório do tráfico de pessoas no país. A pesquisa realizada englobou ampla base de dados, envolvendo ainda a revisão de literatura em livros e periódicos, análise da legislação nacional e estrangeira e consultas em páginas oficiais de órgãos que tratam do tema. O estudo indica que houve grande avanço em nossa legislação, entretanto, em linhas gerais, ainda há necessidade de melhorias para o efetivo enfrentamento ao tráfico de pessoas em todos os seus eixos: prevenção, repressão e atenção à vítima.

Palavras Chave: Tráfico de Pessoas. Contexto atual. Protocolo de Palermo. Lei nº 13.344/2016. Enfrentamento.

ABSTRACT: Human trafficking is an increasing phenomenon on a global scale, representing an explicit violation of human rights, exposing victims to degrading conditions and different forms of exploitation. The aim of this article is to discuss the current scenario from the international and national statistics related to human trafficking, the rules about this subject and how Brazil has been acting to combat this crime, through an analysis of the legislative development and the changes introduced by Law nº 13.344 in 2016, considered the regulatory mark on trafficking in persons in the country. The research encompassed a large database, also involving a bibliographic review of books and periodicals, analysis of national and foreign legislation and consultations on official websites which deal with this issue. The study indicates a great progress in the national legislation, however, there is still a need for improvements to effectively combat trafficking in persons in all of its strands: prevention, repression and victim attention.

Key Words: Trafficking in Persons. Current context. Palermo's Protocol. Law nº 13.344/2016. Combat.

SUMÁRIO: Capítulo 1 – INTRODUÇÃO. Capítulo 2 – REVISÃO DE LITERATURA. 2.1 – Contexto Atual. 2.1.1 – O Tráfico de Pessoas no mundo. 2.1.2 – O Tráfico de Pessoas na América do Sul. 2.1.2 – O Tráfico de Pessoas no Brasil. 2.2 – Evolução Legislativa sobre a matéria. 2.2.1 – Legislação internacional: O Protocolo de Palermo e o conceito do Tráfico de Pessoas. 2.2.2 – Legislação brasileira: A Política Nacional de Enfrentamento e a edição da Lei nº 13.344 em 2016. 2.2.2.1 – Aspectos penais da Lei nº 13.344/2016. Capítulo 3 – CONCLUSÃO. Capítulo 4 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1.INTRODUÇÃO

O tráfico de pessoas é uma das formas mais graves de violação dos direitos humanos, atingindo especialmente a liberdade e a dignidade da pessoa. Os traficantes equiparam as vítimas à mercadorias e as comercializam visando auferir lucros, demonstrando total desrespeito à condição humana desses indivíduos.

Trata-se de um crescente fenômeno mundial, chamando a atenção da comunidade internacional nos últimos anos em virtude da frequência de casos de exploração divulgados pela mídia em diversos países, com milhares de vítimas detectadas anualmente em todo o mundo.

O aumento dos movimentos migratórios e a recessão econômica experimentada atualmente em virtude da pandemia da COVID-19 coloca uma parcela cada vez maior da população em condições de vulnerabilidade, propiciando a atuação de criminosos no comércio de pessoas, transportando-as de países mais pobres para outros de economia mais forte, ou de comunidades mais fragilizadas para áreas mais desenvolvidas dentro de um mesmo país.

De igual modo, o isolamento provocado pela pandemia estimulou o uso da internet pelos traficantes de pessoas, não somente para atrair e recrutar vítimas, mas também para se conectar e realizar negócios entre si. Sites e aplicativos são utilizados por redes de comércio e exploração virtuais que operam das mais diversas localidades, especialmente para fins de exploração sexual e trabalho forçado.

O presente artigo analisou as tendências verificadas nos últimos anos em relação ao tráfico de pessoas através do estudo de dados compilados em relatórios de órgãos e organismos oficiais que tratam do tema. As estatísticas visam auxiliar a compreensão do

fenômeno, indicando os grupos mais vulneráveis, as formas de exploração mais frequentes, entre outros dados que servem de base para a elaboração de medidas efetivas de enfrentamento.

Paralelamente foi realizado o exame das normas que regem o assunto, com considerações acerca do Protocolo de Palermo, marco jurídico internacional sobre o tráfico de pessoas, que definiu o crime e estabeleceu as diretrizes a serem seguidas pelos países signatários.

A partir da adesão do Brasil ao instrumento internacional procedeu-se à análise da legislação interna, que passou a tratar especificamente do assunto somente em 2016, com edição da Lei nº 13.344, a primeira lei sobre o tráfico de pessoas no país. Foram analisados os aspectos penais da lei, no sentido de verificar sua adequação ao estabelecido no Protocolo de Palermo, bem como os avanços trazidos pela nova legislação.

2. REVISÃO DA LITERATURA

2.1 Contexto atual

2.1.1 O Tráfico de Pessoas no mundo

O Relatório Global Sobre Tráfico de Pessoas 2020⁷ do Escritório sobre Drogas e Crimes das Nações Unidas (UNODC), ao trazer as estatísticas e perspectivas globais do tráfico humano, chamou atenção para o cenário mundial atual, com a pandemia da Covid-19 em curso e o conseqüente aumento da pobreza e das vulnerabilidades que contribuem para o tráfico de pessoas, com a possibilidade de crescimento ainda maior de ocorrências desse crime.

No relatório foram compilados dados oficiais fornecidos pelas autoridades de 148 países referentes a casos detectados no ano de 2018. Os imigrantes representam uma grande parcela no número de vítimas, tendo em vista que os traficantes atuam sobretudo sobre pessoas marginalizadas e empobrecidas. Segundo o UNODC, pelo menos metade dos casos analisados demonstrou que as vítimas eram escolhidas e abordadas em razão de suas perceptíveis necessidades econômicas.

Foi reportada por cada país uma média de 13 vítimas detectadas para cada 100.000 habitantes, mais do que o triplo da média informada pela maioria dos países em 2003.

⁷ UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2020* (United Nations publication, Sales No. E.20.IV.3).

Em 2018 os números mostram a detecção de 49.032 vítimas globalmente, sendo que em 48.478 casos foi incluída a informação de gênero e idade das vítimas, que são em maioria mulheres adultas, correspondendo a 46% do total e confirmando a tendência dos últimos anos, de prevalência no número de mulheres traficadas mundialmente.

Entretanto, a quantidade de vítimas mulheres vem diminuindo com o passar dos anos enquanto o número de crianças vem aumentando, conforme se observa no gráfico a seguir:

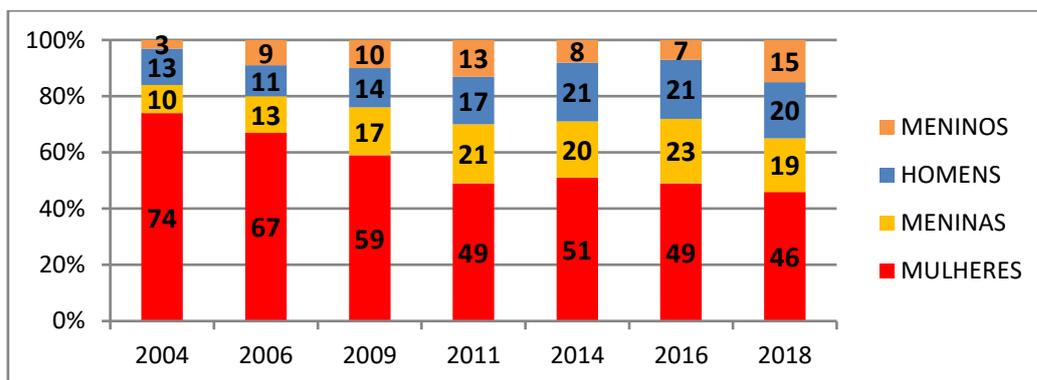


Gráfico 1 – Relação do percentual de vítimas detectadas x Gênero

Fonte: Global Report on Trafficking in Persons 2020 – UNODC

As crianças representam 1/3 do número total das vítimas detectadas, predominando em países pobres, nos quais o tráfico está intimamente ligado à exploração do trabalho infantil. Contudo, na América Central e Caribe, o tráfico tem sua finalidade voltada à exploração sexual, com a predominância de meninas.

Entre os fatores pré-existentes que contribuem para o tráfico infantil, a necessidade econômica apareceu como a vulnerabilidade mais explorada, relacionada a 51% dos casos, seguida de ambiente familiar disfuncional, presente em 20% dos 233 casos de um total de 489 coletados pelo UNODC.

Quanto à finalidade pretendida com o tráfico de pessoas, a exploração sexual permanece como a mais comum, representando 50% dos casos detectados em 2018. No entanto, notou-se um expressivo crescimento no tráfico humano para fins de trabalho forçado, que cresceu de 18% para 38%, no período de 2006 a 2018.

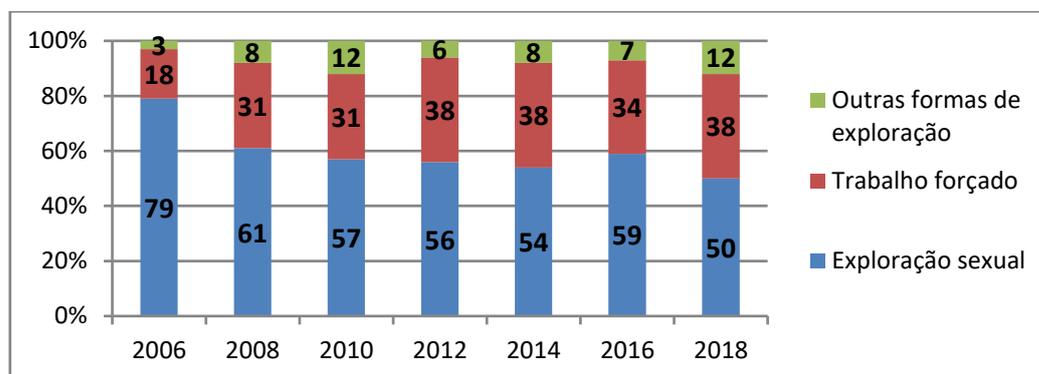


Gráfico 2 – Relação do percentual de vítimas detectadas x Forma de exploração

Fonte: Global Report on Trafficking in Persons 2020 – UNODC

Para a exploração sexual a predominância é de mulheres, correspondendo a 77% dos casos verificados, enquanto os homens predominam como vítimas para o trabalho forçado, em 67% dos casos.

Nas diversas formas de exploração detectadas, geralmente não é relatado o emprego de violência física na fase de recrutamento ou aliciamento, sendo comum a atuação de pessoas próximas às vítimas e o uso de táticas enganosas, como promessas de oportunidades e ganhos financeiros, além de outras formas de abuso das condições de vulnerabilidade dos alvos.

Já na fase de exploração propriamente dita, é mais comum o uso da violência, ressaltando que, em se tratando de tráfico internacional, é significativo o número de casos nos quais os traficantes confiscam passaportes ou tiram vantagem do *status* de imigrante da vítima como forma de exercer o controle sobre ela.

Foi apontado um incremento dos casos de tráfico interno nos últimos anos, sendo responsável por 65% das vítimas detectadas em 2018, que geralmente são exploradas em locais próximos ao do recrutamento. Pessoas de comunidades mais pobres ou menos desenvolvidas são transportadas para áreas turísticas e regiões com maior atividade econômica dentro de um mesmo país.

No que diz respeito às respostas institucionais e os resultados que vem sendo alcançados nos últimos anos, o UNODC reporta um número pequeno de condenações por tráfico de pessoas, uma média global de três condenações para cada 100.000 habitantes em 2018. A região das Américas apresenta os menores índices, tendo apenas uma ou duas pessoas condenadas para a mesma razão de habitantes.

Mesmo com números tímidos a quantidade de criminosos condenados mundialmente quase triplicou desde 2003, quando foi introduzido o Protocolo de Palermo. Países da Europa sempre concentraram o maior índice de condenações.

Os homens são maioria, chegando a 62% do total de condenados. Contudo, esse percentual varia de acordo com a região, por exemplo, em países da Ásia Central e do Leste Europeu, foi verificado que as mulheres corresponderam a 80% das condenações em 2018.

O relatório informa que até agosto de 2020, 161 países entre os 181 avaliados possuíam em seu ordenamento jurídico interno legislação criminalizando o tráfico de pessoas em consonância com o Protocolo de Palermo. Entretanto, ressalta que países da Ásia e da América Latina ainda possuem leis que definem o tráfico de pessoas de forma diferente do protocolo, considerando apenas alguns aspectos do crime.

2.1.2 O Tráfico de Pessoas na América do Sul

De acordo com o Relatório do UNODC, a América do Sul vem acompanhando a tendência mundial do tráfico de pessoas, com um percentual de 69% de vítimas mulheres, seguido por 25% de homens. Já as crianças representaram 6% das vítimas identificadas em 2018.

A exploração sexual é a principal finalidade do tráfico de pessoas na região, sendo constatado um aumento no número de vítimas detectadas, que em 2016 totalizava 58% e, em 2018, passou para 64% do total.

O trabalho forçado aparece como a segunda forma de exploração mais frequente, relacionado a 35% das vítimas observadas. Todavia, Argentina, Brasil e Chile reportaram mais vítimas para esse propósito do que para a exploração sexual.

Os homens predominam entre as pessoas condenadas pelo crime, correspondendo a 67% do número total de condenações no ano de 2018.

O fluxo do tráfico na região da América do Sul é complexo, não há um padrão entre os países que exportam ou recebem vítimas. No Brasil e Chile, por exemplo, detectou-se um maior fluxo de entrada de vítimas vindas especialmente da Bolívia e do Peru.

O número de condenações na América do Sul, por 100.000 habitantes, embora inferior ao da América Central, apresentou um incremento ao longo dos últimos 15 anos, segundo o UNODC.

A maioria dos países sul americanos introduziu leis em seus ordenamentos jurídicos tipificando o tráfico de pessoas como crime de acordo com o Protocolo de Palermo, entre os anos de 2004 e 2012. No Brasil, somente em 2016 foi editada lei específica sobre o crime.

2.1.3 O Tráfico de Pessoas no Brasil

O Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: Dados 2017 a 2020⁸, apresentado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública em parceria com o UNODC é o primeiro relatório que analisa o delito segundo a Lei nº 13.344/2016, que ampliou as finalidades de exploração decorrentes do tráfico, aumentando, consequentemente, as perspectivas de análise do fenômeno.

O documento traz informações com base em dados quantitativos apresentados por diversos órgãos e instituições públicas envolvidos com o tema, bem como relatos descritivos de profissionais que atuam no enfrentamento ao tráfico de pessoas.

É ressaltada a questão da vulnerabilidade socioeconômica como um dos principais fatores de risco para o tráfico. Entre os profissionais consultados, 95% indicaram a pobreza como a principal vulnerabilidade, levando, por exemplo, muitas pessoas a aceitarem propostas abusivas e circunstâncias precárias de trabalho que posteriormente são classificadas como situações de exploração.

Por outro lado, especialmente relacionadas ao tráfico internacional para exploração sexual e casamento servil, foram identificadas vítimas de classe média e com maior nível de escolaridade.

Os dados fornecidos pela Polícia Federal sobre inquéritos instaurados de 2018 a 2020 e o número de atendimentos realizados pelos Centros de Referência Especializados da Assistência Social (CREAS) do Ministério da Saúde, de 2017 a 2020, indicam uma média de 63 a 65% de vítimas masculinas.

Entretanto o mesmo Ministério da Saúde, ao verificar dados de possíveis vítimas de tráfico que foram atendidas pelo sistema de saúde apresentou um maior número de mulheres. Em um total de 615 pessoas atendidas no período mencionado, 456 eram mulheres e 159 eram homens.

⁸ Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: Dados 2017 a 2020. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime; Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2021.

Os Núcleos de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (NETPs) e os Postos Avançados de Atendimento Humanizado ao Migrante (PAAHMs) indicam 111 homens e 45 mulheres atendidos em 2020.

De igual modo, os números da Defensoria Pública da União (DPU) demonstram a prevalência de vítimas masculinas, correspondendo a 54% do total de 87 casos reportados no período de 2018 a 2020. Observou-se, no entanto, que em todos os 04 casos de tráfico internacional registrados no mesmo período, as vítimas eram mulheres com a finalidade de exploração sexual.

Os dados provenientes dos canais de denúncia Ligue 180, destinado a casos de violência de gênero, e Disque 100, destinado a violações de direitos humanos, exibiram um alto número de vítimas mulheres e crianças no período de 2017 a 2019.

Pelo Ligue 180, foram recebidas 388 denúncias de vítimas do sexo feminino no intervalo de tempo mencionado.

No Disque 100, canal que tem enfoque em casos que envolvem a proteção da criança e do adolescente, o número de denúncias envolvendo crianças chegou a 40% em 255 casos relatados, um percentual alto e que ultrapassa a média global de crianças traficadas, que é de 34%, de acordo com o relatório do UNODC.

No entanto, a Polícia Federal informou um percentual de apenas 16% de crianças e adolescentes entre as vítimas resgatadas no período de 2018 a 2020. Paralelamente, os dados apresentados pelo CREAS apontaram que 14,25% das vítimas atendidas entre 2017 e 2020 tinham até 18 anos.

Em relação às formas de exploração, os atendimentos realizados pelos NETPs e PAAHMs demonstram maior incidência de vítimas para o trabalho escravo, correspondendo a 61,9% de um total de 499 atendimentos realizados entre 2017 e 2020. Os casos relacionados à exploração sexual das vítimas aparecem em segundo lugar, com 20,6% dos registros.

Segundo o Ministério Público do Trabalho - MPT, foram registrados 15.857 procedimentos referentes a situações de tráfico com fins de trabalho escravo entre os anos de 2017 e 2020, sendo São Paulo e Minas Gerais os dois principais estados com maior número de procedimentos vinculados ao tráfico de trabalhadores.

O Ligue 180, de um total de 237 denúncias referentes ao tráfico de mulheres entre os anos de 2017 e 2019, reportou que 61% dos casos tinham a finalidade de exploração sexual enquanto 31% se relacionavam ao trabalho escravo.

Seguindo a tendência global apresentada no relatório do UNODC, no Brasil as mulheres e meninas (cis e trans) continuam como as principais vítimas para fins de exploração sexual, enquanto os homens predominam para o trabalho escravo.

A finalidade de exploração sexual é mais detectada no tráfico internacional, enquanto no tráfico interno prevalece o fim do trabalho escravo.

Nesse sentido, os números indicados pelo Ministério Público Federal (MPF), que atua principalmente em casos internacionais, demonstram a predominância da exploração sexual nos processos instaurados por tráfico de pessoas.

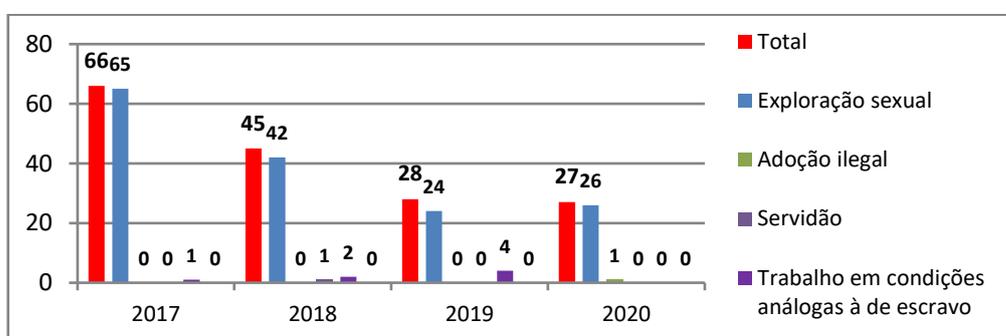


Gráfico 3 – Número de processos por modalidade de tráfico de pessoas no MPF.

Fonte: Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: dados 2017 a 2020. Escritório das Nações Unidas sobre Droga e Crime; Ministério da Justiça e Segurança Pública

Segundo a Polícia Federal, a exploração laboral é a principal finalidade relatada nos inquéritos instaurados para apuração do tráfico de pessoas, sendo responsável por 30% dos procedimentos no ano de 2020.

Apesar da falta de dados em relação a algumas modalidades do tráfico de pessoas, a Polícia Federal apresentou um número significativo de casos envolvendo remoção de órgãos, representando 20% do total de inquéritos em 2020 e superando até mesmo as situações de exploração sexual. Verificou-se também a ocorrência de casos de adoção ilegal e servidão nos inquéritos instaurados.

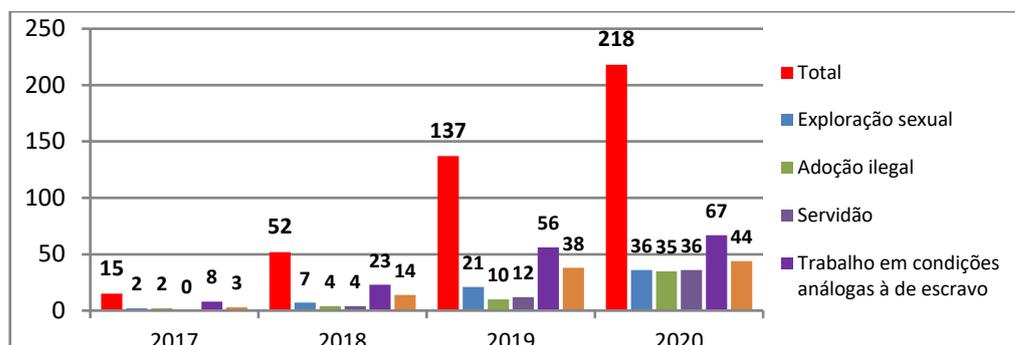


Gráfico 4 – Número de inquéritos por modalidade de tráfico de pessoas na PF.

Fonte: Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: Dados 2017 a 2020. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime; Ministério da Justiça e Segurança Pública

O fator migratório é considerado um fator de risco para 71% dos entrevistados. A crise humanitária pela qual vem passando a Venezuela intensificou a entrada de venezuelanos no Brasil nos últimos anos.

Foi informada a existência de inquéritos e processos judiciais relacionados ao tráfico de venezuelanos para casos de mendicância forçada e exploração laboral. Apurou-se, ainda, que mulheres trans se encontram em uma situação especial de vulnerabilidade, sendo identificadas travestis e transexuais exercendo a prostituição em cidades como Boa Vista, no estado de Roraima.

Nos anos de 2017, 2018 e 2019 foram relatados resgates de vítimas venezuelanas que se encontravam em situações degradantes de trabalho em Roraima.

Acerca das formas de aliciamento utilizadas no tráfico de pessoas, geralmente não há emprego de violência física, como afirmado pela maioria dos entrevistados. Uma das principais estratégias dos criminosos é o estabelecimento de uma relação de proximidade que gere a confiança da vítima, sendo cada vez mais comuns as relações que surgem através da internet.

Inclusive, uma das principais mudanças relatadas na forma de agir dos traficantes nos últimos anos é a utilização de recursos tecnológicos, como a internet, tanto para a persuasão como para o controle da vítima, que passam a ser feitos à distância, substituindo o contato direto do criminoso com seu alvo.

Os dados fornecidos pelos NETPs e PAAHMS indicam que, em 2020, um percentual de 38% das vítimas atendidas possuía uma relação laboral com o explorador, seguido de

37% dos casos onde havia uma relação de confiança, sendo os exploradores familiares, amigos ou pessoas próximas. Apenas 11% das vítimas relataram não possuir nenhuma relação com o criminoso.

Em relação ao perfil dos traficantes que atuam no Brasil, há impressões variadas nas respostas apresentadas, dificultando a criação de um consenso no sentido da prevalência de grupos organizados ou de atuações isoladas.

Quanto ao gênero das pessoas condenadas pelo crime, o Departamento Penitenciário Nacional (DPN) indica que 78% dos condenados são homens e 22% são mulheres, em um total de 146 condenações entre os anos de 2017 e 2020, havendo uma maior participação das mulheres nos casos de tráfico internacional.

2.2. Evolução legislativa sobre a matéria

2.2.1 Legislação internacional: O Protocolo de Palermo e o conceito do Tráfico de Pessoas

Em novembro de 2000 foi aprovada pela Assembléia-Geral da ONU a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional⁹, conhecida como Convenção de Palermo, que se tornou o principal instrumento global de combate ao crime organizado transnacional, entrando em vigor em 29 de setembro de 2003.

Como complemento à Convenção, foram adotados protocolos que abordam áreas específicas do crime organizado. O Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças¹⁰, trouxe o conceito do tráfico de pessoas, visando facilitar a definição de infrações penais nas legislações nacionais, estabelecer diretrizes de ação e reforçar a cooperação internacional.

O Protocolo de Palermo, como o documento é conhecido, é considerado o marco legislativo internacional na regulamentação do tráfico de pessoas. Além de conceituar o crime e prever medidas de prevenção e repressão, é um instrumento que se baseia na ideia

9 UNITED NATIONS ON DRUGS AND CRIME (UNODC). Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. 2000.

10 UNITED NATIONS ON DRUGS AND CRIME (UNODC). Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. 2000.

de “promoção dos direitos humanos à dignidade, à liberdade e à autodeterminação das vítimas”. (SANTARÉM, 2018, p.38)

O artigo 3º traz a definição do tráfico de pessoas:

Para efeitos do presente Protocolo:

- a) Por “tráfico de pessoas” entende-se o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração. A exploração deverá incluir, pelo menos, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a extração de órgãos;
- b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente artigo, deverá ser considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);
- c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração deverão ser considerados “tráfico de pessoas” mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos na alínea a) do presente artigo;
- d) Por “criança” entende-se qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos.

Assim, tem-se como elementos constitutivos do tráfico de pessoas: o ato (ação), o meio (como se executa) e a finalidade.

O ato é o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento e o acolhimento de pessoas.

Os meios de execução são: ameaça, uso da força ou outras formas de coação, rapto, fraude, engano, abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade, entrega ou

aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra.

A exploração é sempre a finalidade do tráfico de pessoas, compreendendo a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a extração de órgãos, bastando restar comprovada a intenção manifesta de explorar a pessoa, não sendo necessária a concretização desta exploração.

Embora elencadas as principais formas de exploração, o rol da alínea item “a” do artigo 3º não é exaustivo. Para Vivian Santarém, situações como mendicância forçada, casamento servil, exploração de adolescentes no futebol, entre outras que explorem a vulnerabilidade humana, podem de igual forma configurar o crime de tráfico de pessoas. (SANTARÉM, 2018, p.40)

Em regra, é irrelevante o eventual consentimento dado pela vítima quando presentes os três elementos que definem o tráfico de pessoas (ato, meio e finalidade).

Para que o consentimento seja válido devem estar presentes a capacidade de discernimento e a liberdade para agir conforme a vontade. (MARTINELLI, 2011, p.7)

A violência, a ameaça, o engodo, o abuso de autoridade ou de uma situação de vulnerabilidade são fatores que podem viciar o consentimento. Para Thaís de Camargo Rodrigues, a vulnerabilidade tem um conceito muito amplo e “pode se apresentar como qualquer fator que dificulte ou impeça que a vítima rechace a exploração a que é submetida”, merecendo um enfrentamento com cuidado especial. (RODRIGUES, 2014, p. 175)

Sendo a vítima menor de 18 anos, “seu recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou acolhimento serão considerados tráfico de pessoa mesmo que o criminoso não recorra à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração.” (PIOVESAN, KAMIMURA, 2013, p. 106)

A idade por si só é entendida como uma causa de vulnerabilidade, determinando que uma tutela especial seja concedida às crianças e adolescentes em consideração ao seu desenvolvimento evolutivo.¹¹

A desnecessidade do consentimento da vítima (alínea “b” do artigo 3º) e a tutela diferenciada concedida às pessoas menores de 18 anos (alínea “c” do artigo 3º) demonstram a atenção dispensada pelo Protocolo à estreita relação existente entre as vulnerabilidades e o tráfico humano.

A vulnerabilidade gerada por desigualdades sociais e econômicas, entre outras, coloca indivíduos e até mesmo grupos em situação de fragilidade, deixando-os mais expostos à riscos. Segundo João Paulo Martinelli:

“Trata-se de indicador de desequilíbrio nas relações pessoais e, portanto, para que o equilíbrio seja estabelecido é necessário que haja interferências externas. O vulnerável, assim, é a pessoa a quem se deve dar maior atenção para uma vida mais digna, pois sua fragilidade a impede de fazê-lo por conta própria.” (MARTINELLI, 2011, p.7)

Nessa perspectiva, ao tratar da prevenção do crime, o Protocolo dispõe que a pobreza, o subdesenvolvimento e as desigualdades sociais tornam as pessoas vulneráveis ao tráfico, determinando aos Estados membros que reforcem as medidas que visem reduzir esses fatores.¹²

2.2.2 Legislação brasileira: A Política Nacional de Enfrentamento e a edição da Lei nº 13.344 em 2016

O Brasil ratificou o Protocolo de Palermo através do Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004.

Dois anos depois, em 2006, foi instituída a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas¹³, considerada um marco histórico em termos de política pública

¹¹ Conforme Regra 5 das Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade. Brasília, 2008.

¹² Nos termos do art. 9º, itens 4 e 5, do Protocolo de Palermo.

¹³ Decreto nº 5.948, de 26 de outubro de 2006.

relacionada ao tema em nosso país, consolidando princípios, diretrizes, ações de prevenção, repressão e responsabilização deste crime, além do atendimento às vítimas.

Para a implementação desta política e a estruturação de uma rede de enfrentamento ao tráfico, estabeleceu-se a importância da cooperação internacional, a necessidade de desenvolvimento de ações integradas entre as áreas da justiça, segurança pública, direitos humanos, educação, saúde, assistência social, relações exteriores, trabalho e emprego, entre outras, além da atuação de organizações da sociedade civil junto às entidades governamentais.

Entre as diretrizes específicas de prevenção¹⁴, a ação do legislador voltou-se para a busca da erradicação da condição de vulnerabilidade das vítimas, determinando a implementação de políticas públicas integradas e intersetoriais, visando a promoção de direitos econômicos, sociais e culturais, diminuindo as desigualdades que tornam pessoas ou grupos específicos mais vulneráveis, em conjunto com campanhas socioeducativas para conscientização da existência e dos perigos do tráfico humano, reforçando a importância da participação da sociedade civil junto às entidades governamentais.

No tocante às medidas repressivas e de responsabilização dos autores, ressalte-se a determinação para o aperfeiçoamento da legislação brasileira referente ao tráfico de pessoas¹⁵.

Em relação às vítimas, restou estabelecida a necessidade de ações objetivando atenção, assistência e proteção integrais, tendo como norte o respeito à dignidade humana e a promoção e garantia da cidadania e dos direitos humanos.

Com a finalidade de implementar as ações estabelecidas na política nacional, em 2008 foi instituído o I Plano de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (PNETP), através do Decreto nº 6.347/2008, dividido em três eixos estratégicos: prevenção do crime, atenção às vítimas, repressão e responsabilização dos autores.

A aplicação do I PNETP resultou em um aumento nos estudos e pesquisas sobre o tema e ampliou os serviços de assistência às vítimas. Verificou-se, ainda, crescimento no número de denúncias sobre o crime, resultando em um aumento de inquéritos instaurados e condenações, conforme concluído no Relatório Final de Execução do Plano Nacional de

¹⁴ Nos termos do art. 5º do Anexo ao Decreto nº 5.948/2006.

¹⁵ Nos termos do art. 8º, I, "b" do Anexo ao Decreto nº 5.948/2006.

Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, elaborado pela Secretaria Nacional de Justiça – SNJ.16

Seguindo-se aos resultados trazidos no plano nacional e visando atender novas demandas, foi decretado o II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas em 2013¹⁷, inovando ao se organizar em linhas operativas transversais aos três eixos da política nacional, somando esforços através de ações articuladas entre sociedade civil e Estado, levando em consideração a complexidade do crime de tráfico de pessoas e a necessidade de uma participação intersetorial em seu enfrentamento.

Foi instituída a Coordenação Tripartite da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, composta pelo Ministério da Justiça, Secretaria de Políticas Públicas para as Mulheres e Secretaria de Direitos Humanos, com as funções de coordenar a gestão estratégica e integrada da política nacional e dos planos nacionais, bem como o Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico (CONATRAP), cuja função é a de articulação dos órgãos e entidades públicas e privadas.

Estabeleceu-se que o II PNETP seria implementado entre os anos de 2013 a 2016, e, após este período, seria iniciado um novo ciclo de enfrentamento ao tráfico de pessoas no país.

No contexto desse novo ciclo foi aprovado em 2018 o III PNETP¹⁸, em vigência atualmente. O plano se divide em seis eixos temáticos: gestão da política, gestão da informação, capacitação, responsabilização, assistência à vítima e prevenção e conscientização pública. As metas que compõe esses eixos devem ser implementadas e monitoradas por ações articuladas entre as esferas de governo com a participação de organizações da sociedade civil e órgãos internacionais.

Entretanto, mesmo com as novidades trazidas pelos planos nacionais de enfrentamento e com os resultados alcançados, até o ano de 2016 a falta de legislação específica ainda era considerada “um dos maiores desafios para a execução da Política Nacional”. (SANTARÉM, 2018, p. 39)

16 Relatório Final de Execução do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, 1ª ed. Brasília: 2010.

17 Decreto nº 7.901, de 04 de fevereiro de 2013.

18 Decreto nº 9.440 de 03 de julho de 2018.

Isso porque o tráfico humano era reprimido somente quando a conduta praticada pelo agente tinha a finalidade de exploração sexual das vítimas, conforme artigos 231 e 231-A do Código Penal¹⁹:

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

¹⁹ Código Penal Brasileiro de 1940, com redação dada pela Lei nº 12.015/2009, de 07 de agosto de 2009.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude;

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

Para Thalita Ary, a legislação brasileira descumpria as recomendações emanadas do Protocolo das Nações Unidas para o combate do tráfico de seres humanos (ARY, 2009, p.107), uma vez que o legislador pátrio não contemplava outras finalidades de exploração caracterizadoras do tráfico humano, como o trabalho forçado, a escravatura e a servidão, demonstrando a incompatibilidade do nosso ordenamento aos preceitos do Protocolo de Palermo e as falhas na repressão deste crime complexo, sendo punidas somente as condutas com a finalidade de prostituição ou outra forma de exploração sexual da vítima.

Assim, diante da necessidade de adequação ao pacto internacional no enfrentamento ao tráfico de pessoas, foi publicada, em 2016, a Lei nº 13.344, cuja vigência se deu a partir de 21 de novembro de 2016, sendo a primeira lei específica sobre o assunto no Brasil.

Tendo como base o instrumento internacional e a Política Nacional, a lei surgiu para tipificar o crime de tráfico de pessoas, além de prever medidas de repressão, prevenção e proteção às vítimas.

Com a introdução da referida lei em nosso ordenamento jurídico, passaram a ser punidas outras formas de exploração, visando a adaptação ao disposto no art. 3º do Protocolo de Palermo.

2.2.2.1 Aspectos penais da Lei nº 13.344/2016

Ao dar uma nova tipificação ao crime, a lei revogou os artigos 231 e 231-A do Código Penal Brasileiro, que estavam dispostos no Título VI, que trata dos crimes contra a liberdade sexual.

A inclusão do novo tipo penal no Capítulo IV, que trata dos crimes contra a liberdade individual, dentro do Título I (dos crimes contra a pessoa), ampliou a proteção aos direitos fundamentais.

O crime de tráfico de pessoas atualmente encontra-se previsto no art. 149-A do referido diploma legal²⁰, com definição mais ampla:

“Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:

- I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;
- II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;
- III - submetê-la a qualquer tipo de servidão;
- IV - adoção ilegal; ou
- V - exploração sexual.

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de um terço até a metade se:

- I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las;
- II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência;
- III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou

²⁰ Código Penal Brasileiro de 1940, com redação dada pela Lei nº 13.344/2016, de 06 de outubro de 2016.

IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

§ 2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa.”

Não houve grande mudança com relação às condutas incriminadas, entretanto os meios de execução e novas formas de exploração passaram a integrar o tipo penal, sendo necessário o emprego de grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, para o alcance de uma ou mais finalidades de exploração elencadas nos itens I a IV do artigo acima transcrito.

Contudo, há quem entenda que a lei ainda não alcança algumas modalidades de exploração importantes. Vivian Santarém aduz que “A tipificação *numerus clausus* exclui, assim, outras formas de exploração da vulnerabilidade humana, como, por exemplo, a do casamento forçado e a mendicância” (SANTARÉM, 2018, p.43)

De igual modo, a mesma autora entende que a lei falhou ao excluir o aproveitamento da situação de vulnerabilidade da vítima e a aceitação de pagamentos na previsão dos meios de execução do crime, continuando em relação à vulnerabilidade: “O maior problema nesse aspecto é que estando o Direito penal subsumido ao Princípio da Taxatividade, a lei nova acaba por excluir da proteção legal parcela considerável de potenciais vítimas do crime”. (SANTARÉM, 2018, p. 44)

Entretanto, para Luiz Regis Prado a situação de vulnerabilidade da vítima não foi excluída pela lei. O autor entende que o abuso como forma de execução da conduta “ocorre quando há aproveitamento de uma condição de especial vulnerabilidade da vítima, como no caso de extrema pobreza ou penúria, dramas familiares ou pessoais, luto etc.” (PRADO, 2017, p. 337)

Em relação à pena a ser aplicada, esta passou a ser de quatro a oito anos de reclusão e multa, tanto para o tráfico interno como para o internacional.

Entretanto, no que se refere às causas de aumento de pena, evidencia-se o tratamento desigual concedido pelo legislador na punição dos casos de tráfico internacional, uma vez que a lei estabelece que a pena será aumentada de um terço até a metade somente nos casos em que a vítima sai do país, silenciando quanto aos casos de entrada.

Como afirmado por Henrique de Castro, “[...] o legislador considerou como majorante apenas a retirada da vítima do país, olvidando-se de sua colocação no território nacional, em lamentável equívoco.” (CASTRO, 2016).

De igual modo a causa de diminuição de pena estabelecida na lei é alvo de críticas. A determinação legal de redução da pena de um a dois terços, se o agente for primário e não integrar organização criminosa, é vista como mitigadora da discricionariedade do juiz.

Acerca desse assunto, Guilherme de Souza Nucci aduz que: “Se o piso da pena (quatro anos) já é brando para a gravidade do crime, imagine-se a aplicação da causa de diminuição, que é obrigatória e não fica ao critério subjetivo do magistrado julgador.” (NUCCI, 2021, p.616)

E o autor continua, neste aspecto:

Em nosso entendimento, essa causa de diminuição de pena é despropositada e ingressa na contramão do esforço para punir, efetivamente, o traficante de pessoas. Ser *primário* é o oposto de ser *reincidente* (tornar a praticar o crime, depois de já ter sido definitivamente condenado por delito anterior, no prazo de cinco anos). Não se menciona possuir o agente *maus antecedentes*, o que nos parece uma falha grave. (NUCCI, 2021, p.616)

Segundo Nucci, a causa de diminuição de pena vai beneficiar o criminoso que, mesmo possuindo inúmeras condenações anteriores, será considerado primário caso pratique o tráfico de pessoas cinco anos após a extinção de punibilidade de sua última condenação, considerando a causa de diminuição “um prêmio absurdo da legislação”. (NUCCI, 2021, p.616)

Em contrapartida, merece destaque a previsão legal²¹ de uso subsidiário da Lei do Crime Organizado²², que permite a utilização dos meios de prova previstos naquele diploma legal, como a colaboração premiada, a ação controlada, a infiltração de agentes e a captação ambiental de comunicações, técnicas de investigação imprescindíveis frente aos meios cada vez mais sofisticados empregados pelos criminosos.

²¹ Nos termos do art. 9º da Lei nº 13.344/2016.

²² Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013.

A nova lei também estabelece a ação integrada entre os diversos atores envolvidos no enfrentamento ao tráfico de pessoas, sendo considerada indispensável a comunicação e o intercâmbio de informações entre as Polícias Judiciárias, já que a atribuição para a investigação do crime é tanto da Polícia Federal quanto das Polícias Cíveis dos Estados e do Distrito Federal.

3 CONCLUSÃO

Nos últimos anos tem-se acompanhado o crescimento do número de casos de tráfico de pessoas mundialmente, havendo ainda uma possibilidade de piora no cenário atual em virtude principalmente da recessão econômica desencadeada pela pandemia da Covid-19.

Isso porque a necessidade econômica é verificada como a principal vulnerabilidade explorada pelos traficantes de pessoas, sendo a pobreza o principal facilitador para aproximação e aliciamento das vítimas.

Não obstante, as mulheres correspondem ao maior número de vítimas detectadas mundialmente e são traficadas preferencialmente para fins de exploração sexual, o que leva a crer que, além de fatores econômicos, questões sociais e culturais também podem influenciar na escolha de potenciais alvos pelos criminosos.

No Brasil, de maneira contrária, as estatísticas mais recentes apontam para uma maioria de homens entre as vítimas do tráfico de pessoas, recrutados para trabalho em regime de escravidão, sendo esta a finalidade de exploração mais detectada nos casos de tráfico interno. Já a exploração sexual é mais frequente no tráfico internacional.

Cabe ressaltar, entretanto, que os dados apresentados em relação ao gênero e idade das vítimas no Brasil, bem como às formas de exploração mais frequentes trazem algumas contradições, havendo divergências entre os números fornecidos pelas diferentes instituições e órgãos envolvidos com a temática.

Assim, as informações trazidas pelo relatório do Ministério da Justiça podem não refletir a real situação do Brasil, uma vez que não existe um sistema unificado de registro e coleta de dados, gerando omissões e acarretando na imprecisão do resultado apresentado.

Quanto à análise da legislação brasileira relacionada ao tema, observou-se que a Lei nº 13.344/2016 possui algumas lacunas e até mesmo falhas em seu texto, especialmente em aspectos relacionados às causas de aumento e diminuição da pena. No entanto, é

cedição que trouxe avanços consideráveis na resposta estatal à prática do delito, com a ampliação da proteção aos direitos humanos.

O art. 149-A, incluído ao Código Penal Brasileiro pela referida lei, passou a tipificar o crime de tráfico de pessoas de forma mais ampla, punindo outras formas de exploração além da sexual.

A inclusão da exploração da vítima para o trabalho escravo, em especial, foi de extrema importância para uma resposta mais efetiva ao crime. Isso porque a situação de pobreza e desemprego experimentada pelo país vem contribuindo sobremaneira para que um grande número de pessoas sejam traficadas com este fim, justificando a necessidade de uma maior repressão estatal nesse sentido.

Além da repressão, entretanto, é fundamental que o Brasil execute medidas eficazes de prevenção ao crime. Ações visando a diminuição das vulnerabilidades que levam as pessoas a se tornar alvo dos traficantes, por exemplo, são fundamentais. O Estado precisa implantar políticas públicas para redução das desigualdades socioeconômicas constatadas, com educação de qualidade, criação de oportunidades de emprego e programas de inclusão em parceria com entidades privadas.

O tráfico de pessoas é um crime subnotificado, que envolve uma diversidade de situações que dificultam a identificação das condutas praticadas e o levantamento das informações necessárias para sua configuração.

Assim, medidas que fortaleçam o diálogo entre órgãos da segurança pública, instituições sociais e organizações da sociedade civil também podem ajudar a trazer respostas mais eficazes. A conscientização da população, a cooperação intersetorial e a capacitação dos profissionais que atuam no enfrentamento ao tráfico é fundamental.

Verifica-se, por fim, a importância da criação de um sistema nacional de cadastramento de informações para unificação dos dados apresentados pelos órgãos envolvidos no combate ao tráfico de pessoas, bem como na assistência às vítimas. Somente com estatísticas reais e consolidadas o Estado poderá, avaliando as situações e tendências demonstradas, elaborar medidas efetivas de enfrentamento ao crime em todos os seus eixos.

Considerando a importância do tema na atualidade e observando o empenho de muitos países, com a convergência de ações a nível global para o enfrentamento ao tráfico de pessoas, entende-se como imprescindível o envolvimento do Brasil nesse esforço

coletivo. Além de melhorias na legislação interna, é essencial o planejamento e a implementação de políticas públicas eficazes, fundamentadas principalmente na proteção aos direitos humanos das vítimas.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARY, Thalita C. **O tráfico de pessoas em três dimensões: evolução, globalização e a rota Brasil-Europa**. Dissertação em Relações Internacionais, Programa de Pós-graduação em Relações Internacionais - UnB. Brasília, 2009. Disponível em:

<https://repositorio.unb.br/handle/10482/4359> Acesso em: 20 ago. 2021

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública; Escritório das Nações Unidas sobre Droga e Crime. **Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: dados 2017 a 2020**. Brasília, 2021. Disponível em:

<https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/relatorio-de-dados-2017-2020.pdf> Acesso em: 20 ago. 2021

_____. Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça. **Relatório Final de Execução do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas**. 1ª ed. Brasília: 2010. Disponível em:

<https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-relatorios/etprelatorioplanonacional.pdf> Acesso em: 20 ago. 2021

_____. Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Brasília, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm Acesso em: 23 set. 2021

_____. Decreto nº 5.948, DE 26 de outubro de 2006. Aprova a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e institui Grupo de Trabalho Interministerial com o objetivo de elaborar proposta do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - PNETP. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5948.htm Acesso em: 23 set. 2021

_____. Decreto nº 6.347/2008. Aprova o Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - PNETP e institui Grupo Assessor de Avaliação e Disseminação do referido Plano. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6347.htm Acesso em: 23 set. 2021

_____. Decreto nº 7.901, de 04 de fevereiro de 2013. Institui a Coordenação Tripartite da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e o Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - CONATRAP. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7901.htm Acesso em: 23 set. 2021

_____. Decreto nº 9.440, de 03 de julho de 2018. Aprova o III Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9440.htm Acesso em: 23 set. 2021

_____. Código Penal. Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 23 set. 2021

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 23 set. 2021

_____. Lei nº 13.344, de 06 de outubro de 2016. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13344.htm Acesso em: 20 ago. 2021

_____. Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm Acesso em: 23 set. 2021

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Lei de Tráfico de Pessoas traz avanços e causa perplexidade**. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2016-out-11/academia-policia-lei-traffic-pessoas-traz-avancos-causa-perplexidade>. Acesso em: 23 set. 2021

KAMIMURA, Akemi; PIOVESAN, Flávia. **Tráfico de Pessoas sob a Perspectiva de Direitos Humanos: Prevenção, Combate, Proteção às Vítimas e Cooperação Internacional**.

Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região – Edição Especial 30/07/2019, p. 173-192, 2019. Disponível em:

https://www.trf3.jus.br/documentos/revs/DIVERSOS/REVISTA-ESPECIAL-2019_com_LINKS.pdf Acesso em: 20 ago. 2021

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Tráfico de pessoas e consentimento: uma breve reflexão**. Boletim IBCCrim. nº 221, Abril 2011, p. 7. Disponível em:

<http://arquivo.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim221.pdf> Acesso em: 20 ago. 2021

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**, Volume II, parte especial: arts. 121 a 183. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

RODRIGUES, Thaís de Camargo. **Tráfico internacional de pessoas para exploração sexual**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTARÉM, Vivian Netto Machado. **Tráfico de pessoas: uma análise da Lei 13.344/2016 sob a perspectiva dos direitos humanos**. Revista da Defensoria Pública da União, nº 11, p. 33-50. 2018. Disponível em:

<https://doi.org/10.46901/revistadadpu.i11.p33-50> Acesso em: 20 ago. 2021

United Nations on Drugs and Crime (UNODC). **Global Report on Trafficking in Persons 2020** (United Nations publication, Sales No. E.20.IV.3). Disponível em:

https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf Acesso em: 16 ago. 2021

_____. **Convenção das nações unidas contra o Crime Organizado Transnacional**. 2000.

_____. **Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças**. 2000.

XIV CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA. **Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade**. Brasília, 2008.

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 DIMINUIU O RACISMO CONTRA O NEGRO?

ANA PAULA DOS SANTOS: LLM em Negócios Transnacionais pela University of the Pacific, McGeorge School of Law, advogada, com experiência profissional em consultoria de direito societário, incluindo nas áreas de compliance, contratos, direito ambiental e políticas internas.

RESUMO: A disparidade no contexto racial é tema de grandes discussões a nível social e jurídico. Em um mundo com tantos avanços tecnológicos tornando a sociedade cada vez mais moderna a questão racial ainda está em destaque. O presente artigo visa contextualizar e refletir sobre o racismo, sob o ponto de vista jurídico com foco na constituição federal e outras leis que tratam da questão racial na sociedade brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição- Negro- Questão Racial – Disparidade- Escravidão

ABSTRACT: The disparity in the racial context is subject of great debate at the social and legal level. In a world with so many technological advances making society more and more modern, the racial issue is still highlighted. This article aims to contextualize and reflect about the racism from a legal point of view focusing on the federal constitution and other laws that deal with the racial issue in the Brazilian society.

KEYWORDS: Constitution - Black - Racial Question - Disparity – Slavery

SUMÁRIO: 1. Introdução -2. Principais Leis Relacionadas à Temática Racial 3. Ponderações acerca das Leis 4. Considerações Finais

1. INTRODUÇÃO

Estamos em uma era que os avanços tecnológicos saíram da mente dos cientistas e dos filmes de ficção para as nossas casas, onde inovações inimagináveis fazem parte do nosso cotidiano. Um simples celular que cabe na palma da mão nos conecta com o mundo. Assim, discutir temas como inclusão, diversidade e racismo em uma sociedade moderna é de suma importância, uma vez que se faz necessário que tal avanço seja transferido para outras áreas da sociedade, para que temas como este possam fazer parte da história e não só da realidade brasileira. Provavelmente o melhor caminho a ser seguido nessa reflexão seja voltar ao cerne do problema. Refazendo esse caminho, talvez seja possível encontrar algumas omissões que culminaram no que estamos vivenciando. Assim, faz-se necessário uma linha do tempo com as principais leis atuais que abarcam a questão racial.

2. PRINCIPAIS LEIS RELACIONADAS À TEMÁTICA RACIAL

Em 13 de maio de 1888 através da lei 3.353 foi extinta a escravidão no Brasil, popularmente conhecida como lei Áurea. Tal lei, considerada como marco histórico para negros, foi omissa na questão de integração do negro como ser social dotado de poderes e obrigações. O que se extrai da lei de abolição da escravatura é que políticas sociais adequadas para que negros pudessem ter acesso à educação, alimentação, saúde e lazer não ganharam força ou nem se pensou na criação de tais estatutos e projetos sociais. Assim, encontra-se a primeira lacuna aberta, que poderia explicar a disparidade social entre negros e brancos estampada na sociedade brasileira. Após cem anos da Lei Áurea, a Constituição de 1988, traz em seu texto no título dos princípios e direitos fundamentais art. 3º inciso III – “reduzir a pobreza e a marginalização as desigualdades sociais e regionais”. No inciso IV – “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988, Art. 3º III, IV). A pergunta aqui é: o que foi feito e o que tem sido feito para promover o bem de todos? Tendo em vista que é um direito fundamental impresso no texto constitucional. Mais adiante no art. 4º do regimento das relações internacionais inciso VIII- “repúdio ao terrorismo e ao racismo” (BRASIL, 1988, Art. 4º VII) se o estado repudia o racismo nas relações internacionais pode se inferir que também repudia tal ato dentro do estado. Logo em seguida no artigo 5º da Constituição dos direitos e garantias fundamentais, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...” (BRASIL, 1988, Art. 5º). O questionamento é: ao viver em um estado democrático de direito e nossa Constituição, sendo considerada lei soberana, repudia o racismo e garante direitos a todos, e assegurado que são iguais perante a lei. A indagação do racismo arraigado, enraizado e por muitos negado, não deveria ser pauta ou discussão atual.

Não obstante, na Lei de abolição da escravatura e no texto constitucional, outras leis foram criadas com o intuito de preencher a lacuna das disparidades sociais entre negros e brancos, retratando a sociedade como desigualitária. Dentre elas a Lei nº 12.711, que garante quotas para candidatos negros, reconhecendo que estes não têm as mesmas oportunidades de ingresso a uma universidade federal devido à uma série de fatores, dentre os quais educação de qualidade. Há também o estatuto da Igualdade Racial, Lei nº 12.288, que promoveu o crescimento em número de atores negros em filmes, comerciais e novelas. Outra lei importante na tentativa de sanar o problema do racismo foi a lei nº 12.990, garantindo a reserva de 20% das vagas oferecidas em concursos públicos aos candidatos negros. Com esse breve e superficial quadro de leis apresentado, observa-se que leis para combater o racismo e banir esse mal que assola, desola e degola a população negra.

3. PONDERAÇÕES ACERCA DAS LEIS

No entanto, é importante se ter um posicionamento diante de tais leis, buscando estratégias para fazer valer os direitos e garantias fundamentais. Segundo o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), 56% da população se declara como preta ou parda. 56% da população brasileira é formada por negros então juntos podem ser fiscais das desigualdades, elegendo legisladores e membros do Congresso negros ou aqueles sensíveis à causa racial, que possam representar e auxiliar o governo na implantação de políticas eficazes de investimento mais adequados com vistas a sanar a desigualdade com a população negra e outros grupos étnicos, para que as gerações futuras possam gozar de direitos fundamentais e não de uma utopia.²³

Se o poder emana do povo e considera-se um estado democrático de direito, chegou o momento de refletir, desenvolver e votar para políticas eficazes. Segundo Silvio de Almeida:

não é possível compreender o racismo sem pensar seu funcionamento a partir das estruturas estatais, pois é por meio do Estado que se opera com a classificação e divisão de pessoas. A ideologia nacionalista, por sua vez, apresenta-se como funcional à tentativa de reconstruir uma identidade comum numa tentativa de apagar os conflitos entre os diferentes grupos/classes e as contradições do sistema capitalista, o qual, ao longo do tempo, sofisticava suas estratégias e técnicas de reprodução. (Juliana Harumi apud, Almeida; Silvio, 2019)

Toda a história de anos de escravidão e uma abolição realizada apenas no papel culminaram no retrato social da atualidade. Dessa forma, o que resulta em poucos negros ocupando cargos de liderança, como também, poucos são os que cursam educação

23 Algumas das iniciativas atuais, projeto de lei N.º 1.866-A, de 1999 do Sr. Luiz Salomão. "Dispõe sobre medidas de ação compensatória para a implementação do princípio da isonomia social do negro; tendo parecer: da Comissão de Educação e Cultura, pela aprovação deste, e pela rejeição do de nº 3147/00, apensado (relatora: DEP. CELCITA PINHEIRO); e da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, pela rejeição deste e dos de nºs 3.147/00, 5.293/01, 5.882/05, 2.697/07 e 6.213/02 apensados (relator: DEP. CARLOS SANTANA)."

Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1715071>. Acesso em: 20 jan. 2021.

Recentemente, a Comissão de Educação (CE) em audiência pública debateu sobre o [PL 4656/2020](#) "que propõe a revisão da Lei de Cotas a cada 10 anos. O autor, senador Paulo Paim (PT-RS) explica que uma avaliação da Lei está prevista apenas para 2022 e que a atual legislação poderá deixar de ser aplicada, caso se considere que os seus objetivos já foram alcançados." PINHEIRO, Regina. Debatedores pedem a permanência da Lei de Cotas.

Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2021/12/10/debatedores-pedem-permanencia-da-lei-de-cotas>>. Acesso em: 30 dez.2021.

superior de níveis mais altos de competição. Ações efetivas podem ser colocadas em prática, nas eleições neste ano. É importante eleger deputados sensíveis à causa que poderão desenvolver e votar políticas públicas. Sabe-se que a educação é o esteio de tudo, lutar por uma educação de qualidade às populações mais necessitadas, que se torne prioridade. Desenvolver e oferecer um ensino técnico competente que prepare os jovens, de forma real, para o mercado de trabalho de maneira constante, com a evolução das novas tecnologias. 24

Assim como se fazem cotas para ingressar nas instituições públicas, expandi-las para o setor privado e para mercado de trabalho como um todo, é inevitável, abrindo um leque de oportunidades àqueles discriminados por racismo no Brasil.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao falar em diversidade e inclusão faz-se necessário citar dentro do grupo de negros também temos LGBT, e outros grupos minoritários que sofrem e são menosprezados por opção sexual, deficiência física e condições diversas que fazem com que alguns se achem no direito de tachar, excluí-los ou colocá-los em grupos.

Por fim, acredita-se que uma série de medidas em conjunto podem ser o apogeu de uma nova era onde negros e excluídos devem ser respeitados porque são iguais perante as leis e têm direito a uma vida digna. Entendendo-se por vida digna o direito ao trabalho, de ir e vir, de moradia honrada e acesso a educação. A cor da pele deve deixar de ser um ícone de desigualdade no mundo. É hora de devolver aos negros, e aos excluídos por questão racial, de maneira consciente, toda essa privação histórica que assola a sociedade atual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. O que é racismo estrutural? Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018

BERTULIO, Dora Lucia de Lima. Ação Afirmativa no Ensino Superior: considerações sobre a responsabilidade do Estado brasileiro na promoção do acesso de negros à Universidade –

24 Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada Ipea, um em cada quatro jovens não concluiu o ensino fundamental em 2017 no Brasil e aponta que “As desigualdades de desempenho entre alunas e alunos brancos e negros também é significativa, revelando o caráter interseccional das desigualdades de oportunidades escolares no ensino fundamental.” Assim, é de suma importância que as políticas sejam baseadas na atual realidade. Ipea, disponível em <
https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=38348>.

Acesso em 20.jan.2021.

o sistema jurídico nacional. In: PACHECO, Jairo Queiroz; SILVA, Maria Nilza da (org.). O negro na universidade: o direito à inclusão. Brasília, DF: Fundação Cultural Palmares, 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL, Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm>. Acesso em: 27 fev. 2019.

BRASIL, Lei nº 3.270, de 28 de setembro de 1885 (Lei do Sexagenário). Disponível em: <<https://www.bn.gov.br/explore/curiosidades/28-setembro-1885-promulgada-lei-sexagenarios>> Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL, Lei nº 3.353, de maio de 1888 (Lei Áurea). Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm>, Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL, lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm>. Acesso em: 27 fev. 2019.

BRASIL, Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm> Acesso em: 10 out. 2020.

INDENIZAÇÃO PELA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA POR PERDA DO TEMPO ÚTIL NA INFIDELIDADE CONJUGAL

DIANDRO MONTEIRO MEDEIROS:
Graduando do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

ISA ÔMEGA MACHADO DE FREITAS²⁵
(orientadora).

RESUMO: Este artigo científico tem como questão central visa estudar a possibilidade para o cabimento de Indenização Pela Responsabilidade Civil Objetiva por Perda do Tempo Útil na Infidelidade Conjugal. Assim tem como objetivo estudar a possibilidade de indenização pela perda do tempo útil. Sendo relevante este estudo para a sociedade, para o âmbito do direito, a preservação da dignidade humana, e bons costumes, como a confiança. Foi desenvolvida uma pesquisa metodológica e, exploratória tendo por procedimento fontes bibliográficas, Leis, Jurisprudência e Doutrinas, para fundamentar este estudo. Portanto fora alcançada que é passível a indenização, sendo configurado a responsabilidade civil objetiva, a perda do tempo útil, e o dano moral.

Palavras-chave: Indenização; Perda do tempo útil; Infidelidade.

ABSTRACT: This scientific article has as its central issue to study the possibility of indemnity for Strict Civil Liability for Loss of Working Time in Marital Infidelity. Thus, it aims to study the possibility of compensation for loss of useful time. This study is relevant for society, for the scope of law, the preservation of human dignity, and good customs, such as trust. A methodological and exploratory research was developed, using bibliographical sources, Laws, Jurisprudence and Doctrines as a procedure, to support this study. Therefore, it was reached that indemnity is liable, being the objective civil liability, loss of useful time, and moral damages.

Keywords: Indemnity; Loss of useful time; Infidelity

1 INTRODUÇÃO

Em face do cenário atual, pode –se afirmar que apresenta a responsabilidade civil objetiva independente da comprovação da culpa do indivíduo, e tem sido cada vez mais notada dentro do âmbito jurídico na esfera do matrimônio. Pode-se destacar que a

²⁵ Mestra Direito. Professora da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: isa@unest.edu.br

dignidade da pessoa humana e de fato ferida quando se trata da questão de infidelidade conjugal. Para isso ocorre várias outras consequências jurídicas como o dano moral, previsto no artigo 927, e 186 do Código Civil de 2002. Assim a indenização se torna relevante, quando encontrado a responsabilidade civil e o dano moral refletido na vida do cônjuge no ato infidelidade conjugal do seu parceiro.

Desta maneira pode-se notar a configuração da responsabilidade civil objetiva quando o indivíduo comete o ato de infidelidade, para com, o seu cônjuge. Sendo assim independe da culpa, se houve ou não interesse da parte de descumprir a fidelidade a outra.

Portanto neste estudo cabe demonstra como os princípios e valores tem sido descartado dentro da nova sociedade moderna, e como o direito tem sido desatento a determinadas situações lesivas, tanto as pessoas, quanto para o próprio âmbito jurídico. Frisa-se neste viés que o problema central é se é cabível a indenização pela responsabilidade civil objetiva pela perda do tempo útil na infidelidade. Destacando a comprovação da perda do tempo útil, com teoria desenvolvida dentro do Direito do Consumo, sendo algo prejudicial e indenizatório ao indivíduo atingido.

Por conseguinte, fora realizada uma pesquisa metodológica, dentro do dispositivo da Lei 10.406/2002, doutrinas e jurisprudências, verificando os artigos que fundamentam a reponsabilidade civil, os danos morais, assim como, abordado em doutrinas, para conhecer melhor a sobre a teoria do desvio produtivo ou perda do tempo útil, desenvolvida por Marcos Dessaune em 2011.

Dessa forma é abordado no primeiro capítulo a acerca da responsabilidade civil objetiva, encontrada no artigo 927 do Código Civil e como ela tem sido aplicada dentro do direito, como diverge em as doutrinas e julgados dentro dos tribunais de justiça. No segundo capítulo é abordado sobre a teoria da perda do tempo útil, como tem sido destacada nas doutrinas e quais áreas do direito tem sido aplicada. Desse modo o terceiro capítulo é identificando na doutrinas, leis e jurisprudências o que determina sobre a infidelidade conjugal e a configuração do dano moral. Por fim posso o quarto capítulo aborda sobre a infidelidade conjugal, e suas fontes estabelecidas dentro do direito brasileiro.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA PELAS FONTES DO DIREITO BRASILEIRO

2.1 DA LEI E ACERCA DA DOCTRINA

Desta forma no teor da sua doutrina é enfatizado pelo doutrinador, sobre a noção de responsabilidade civil, como dever jurídico a ser cumprido, mesmo que o fato do dever jurídico tenha sido produzido por ato ilícito ou por ato lícito, vejamos senão:

A responsabilidade civil, no sentido estrito, é efeito do ato ilícito absoluto ou de determinado fato lícito, que origina imputação de deveres jurídicos a alguém de determinado fato lícito, que origina imputação de deveres jurídicos a alguém de dar, de fazer ou de não fazer. Ou seja, o direito, ante a ocorrência ou a probabilidade de ocorrência de consequências por ele repelidas desses atos jurídicos (ilícito ou lícito), atribui a responsabilidade de natureza patrimonial a certa pessoa física, ou pessoa jurídica ou entidade não personificada, que lhe pode ou não ter dado causa. (LÔBO, 2020, p. 762).

Discorre o doutrinador Cavalieri Filho (2014, p. 46), acerca da culpa, não sendo a mesma necessário sua configuração ou à sua existência dentro do da responsabilidade objetiva, veja:

Todas as definições dadas ao ato ilícito, sobretudo entre os clássicos, seguem essa mesma linha - íntima ligação entre o seu conceito e o de culpa. Tal critério, entretanto, cria enorme dificuldade em sede de responsabilidade objetiva, na qual não se cogita de culpa.

Destarte o Código Civil Brasileiro vem a estabelecer que a definição para o ato ilícito está assegurada no artigo 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." (BRASIL, [2021a], não paginado). Sendo assim mesmo que o indivíduo haja de forma involuntária sendo omissor, não deixa de ser responsabilizado pelo dano que causou.

Desta maneira independe se houver omissão, da parte do agente ou negligência, imprudência, será necessário somente a comprovação de conduta culposa do agente, o nexos causal, sendo a ligação entre a conduta do agente e o evento danoso, dano e culpa para configuração da responsabilidade como bem assegurado o artigo 187;

"Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes." (BRASIL, [2021a], não paginado).

Desta forma a lei 10.406 de 2002 em seu artigo 927 fundamenta e assegura a responsabilidade objetiva independentemente do dolo ou da culpa, levando assim, a existência do dever de indenizar os danos causados a outrem por meio de condutas ilícitas ocorridas, mas somente para os casos que sejam previstos em lei ou que ofereça riscos para o direito de outrem, vejamos senão;

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 3 187), causar danos a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, [2021a], não paginado, grifo nosso).

Salienta-se pelo entendimento do artigo 927 previsto na lei 10.406 de 2002, de acordo com o seu parágrafo único pode-se notar que é somente para os casos que estejam previstos em lei ou possa oferecer risco ao direito de terceiro. Porém observa-se que essa questão abordada não está prevista em lei, bem como não oferece risco a terceiros, não se caracterizando como responsabilidade civil objetiva e sim subjetiva, por este dispositivo de lei.

Cabe ressaltar outro entendimento em mesmo sentido dos doutrinadores que sustentam a responsabilidade antecede o dano (ilícito). O dano é resultado de uma violação de normas jurídicas tendo o indivíduo a obrigação de reparação ao dano, vejamos senão: "A noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade dano de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências de seu ato (obrigação de reparar). (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2005, p. 9).

Portanto tem no que se falar da teoria do nexo causal, a culpa é dispensável para que seja configurado a responsabilidade civil objetiva, mas não pode ser configurado a responsabilidade objetiva sem o nexo causal, o nexo entre efeito e resultado como bem-dispões o doutrinador, veja:

Pode-se ainda afirmar que o nexo de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Pode haver responsabilidade sem culpa, como teremos oportunidade de ver quando estudarmos a responsabilidade objetiva, mas não pode haver responsabilidade sem nexo causal. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 88).

Ressalta Schreiber (2007, p. 52 *apud* CAVALIERI FILHO, 2014, p. 94), sobre nexo causal, e a necessidade da sua existência, tendo assim a necessidade de da configuração do nexo causal, pois este é fator indispensável, pois somente se não for encontrado o nexo, poderá ser excluído o dever de indenizar. Nesse ponto adverte Schreiber (2007, p. 52 *apud* CAVALIERI FILHO, 2014, p. 94), descreve:

[...] e com absoluta razão, que o advento da responsabilidade objetiva veio a exigir redobrada atenção no exame do nexa causal, cuja interrupção consiste no único meio para excluir o dever de indenizar; toda a discussão, nas ações de responsabilidade objetiva, passou a gravitar em torno da noção jurídica do nexa causal. Chega-se, hoje, a afirmar que o juízo de responsabilidade, nos casos de responsabilidade objetiva, acaba por traduzir-se no juízo sobre a existência de nexa de causalidade entre o fato e o dano

Discorre em mesmo sentido Diniz (2014, p. 124), em relação a responsabilidade civil objetiva e o nexa causal, pois sem o nexa causal elimina a culpa e o dolo, assim configurando a responsabilidade civil objetiva, vejamos;

Mas há quem entenda que a norma constitucional acolhe a teoria do risco integral, segundo a qual basta, para que o Estado responda civilmente, que haja dano, nexa causal com o ato comissivo do funcionário e que este se ache em serviço no momento do evento prejudicial a direito de particular. Não requer dolo ou culpa do agente público, sendo suficiente que tenha causado danos a terceiros.

Destarte assegura o Conselho de Justiça Federal em seu enunciado do artigo 37 determina, quando encontrado o abuso de direito, a responsabilidade é objetiva, mesmo que não se encontre o fator culpa; "A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico." (BRASIL, [2017], não paginado)

Consequentemente a responsabilidade civil, em seu sentido clássico, traduz-se na obrigação de reparar danos causados a outrem, em virtude de culpa do ofensor ou, em certos casos, por força da lei (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017, p. 34).

Então explana Machado (2013, p. 398 apud MIRANDA, 2021, p. 175), que discorre e discerne em mesmo entendimento, onde a responsabilidade civil é imputada para o responsável, como uma obrigação de fazer ou não fazer, bem como dever de pagar quantia certa.

Destarte o "artigo 927 do Código Civil de 2002" dispõe sobre a responsabilidade civil objetiva, fundamentando em seu teor três requisitos importantes para configuração da responsabilidade civil, são eles; conduta (ação ou omissão) independente se o indivíduo agiu ou não, dano (prejuízo causado) e nexa de causalidade, sendo este o suposto vínculo que possa fazer ligação entre o efeito e a causa, para a comprovação efetiva do dano, não sendo exigido a culpa, portanto, desde que o evento esteja previstos em lei, ou ofereça

riscos ao direito de terceiros, assim se haverá a caracterização da responsabilidade civil objetiva. (BRASIL, 2021, não paginado)

Consequentemente é encontrado no teor da doutrina, sobre a excludente de reponsabilidade civil objetiva, efetivando-se somente quando não se encontra os três elementos apresentados, veja;

Enfrentando, porém, a questão da responsabilidade civil objetiva, a assunção de riscos somente poderia afastar a responsabilização no caso de comprovação efetiva, pelo sujeito responsabilizado, de absoluta ausência dos elementos essenciais da responsabilidade civil (conduta humana, nexos causal e dano). (PAMPLONA FILHO; STOLZE, 2019, p. 176).

Gonçalves (2021, p. 98), sustenta em sua tese doutrinária que a lei pode condicionar as pessoas em situações que possam vir a ocorrer, determinando com que venham a reparar por danos cometido independentemente da culpa. Desta maneira acontecendo estas situações dar-se o nome de responsabilidade legal ou podendo ser chamada de responsabilidade objetiva. Portanto nesta teoria dada por objetiva ou do risco, traz no seu teor que todo dano é passível de indenização, sendo assim, surge o dever de indenização por aquele que obtiver um nexo de causalidade, mesmo com a ausência de culpa.

Deste modo Gonçalves, (2021, p. 98), ressalta-se ainda, que em casos que seja verificável a responsabilidade objetiva, não se faz necessário a comprovação da culpa, sendo assim o agente passa a ter a obrigação de repará-lo, desde que haja a comprovação do nexo de causalidade. Cabendo então destacar que a responsabilidade objetiva é fundamentada no risco.

Por conseguinte, traz em seu entendimento doutrinário a doutrinadora acerca da responsabilidade civil objetiva e sua relação com a teoria do risco, assim a conduta efetuada pelo indivíduo pode ser lícita, mas o risco é existente, como para algumas atividades, ou para determinadas situações vejamos;

Substitui-se a culpa pela ideia do risco. Essa responsabilidade civil objetiva funda-se na teoria do risco criado pelo exercício de atividade lícita, mas perigosa, como produção de energia nuclear ou produtos químicos; distribuição de combustíveis; fabricação de explosivos; manuseio de máquinas ou utilização de veículos em transporte de mercadorias ou de pessoas etc. (DINIZ, 2014, p.690).

Dessa maneira preceitua-se sobre o nexos causal, e outro motivo para excludente da responsabilidade, são estes dois elementos, o evento fortuito ou de força maior, estes eventos ocorrem de forma imprevistas, não podendo ser evitados, mesmo gerando danos e consequências, não há o que se falar de responsabilidade e indenização.

Admitida, portanto, a responsabilidade civil objetiva, o proprietário somente se eximirá se provar a quebra do nexos causal por uma das excludentes de responsabilidade, como, por exemplo, evento fortuito ou de força maior ou, ainda, culpa exclusiva da vítima. (PAMPLONA FILHO; STOLZE, 2019, p. 247).

Tendo em vista este capítulo sobre a responsabilidade civil objetiva, incumbe em destacar uma forma do indivíduo se responsabilizar, pela sua conduta dolosa ou não, sendo necessário somente a comprovação, para o evento dano, e se houver ligação com a sua conduta.

Porém mediante a temática apresentada, é possível notar que o conteúdo apresentado, conformes bem-dispões e é fundamentado pelo dispositivo da lei 10.406 de 2002 em seu artigo 927, a responsabilidade civil passa a ser subjetiva, pois somente haveria a identificação da responsabilidade objetiva, se o conteúdo apresentado houve –se previsão legal, ou estivesse previsto em lei, assim então oferece –se o risco a terceiro como bem assegura o dispositivo de lei.

2.1.1 DA JURISPRUDÊNCIA

Desta maneira pode-se notar em um julgado do Superior Tribunal de Justiça, que deu provimento ao recurso especial em ação de indenização por danos materiais pela responsabilidade civil:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO EM VEÍCULO OFICIAL. CONDENAÇÃO EM FAVOR DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL (CREDORA). JUROS DE MORA. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 1ºF DA LEI 9.494/97. INCIDÊNCIA DA REGRA GERAL DO ART. 406, DO CC/02.

1. O art. 1º-F da Lei 9.494/97, consoante expressamente disposto na norma, aplica-se exclusivamente às condenações impostas à Fazenda Pública.
2. Assim, considerando que o caso dos autos diz respeito à condenação decorrente de responsabilidade extracontratual de particular em favor da Fazenda Pública, ou seja, em que o Estado é

credor, não há o que se falar em aplicação do regime previsto no referido artigo 1º-F da Lei 9.494/97, de forma que os juros de mora devem ser regidos pelo artigo 406 do CC, que, segundo a jurisprudência desta Corte, se refere à Taxa Selic. Precedentes.

3. Recurso especial provido. (BRASIL, 2021, não paginado).

Destarte em mesmo sentido discorre o Superior Tribunal de Justiça 2021, dando provimento ao Agravo Interno, pelo atraso em obra, sendo caracterizado e reconhecida a responsabilidade civil:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.DECISÃO DA PRESIDÊNCIA DO STJ. SÚMULA N. 182 DO STJ. RECONSIDERAÇÃO.RESPONSABILIDADE CIVIL. ATRASO EM OBRA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. AGRAVO INTERNO PROVIDO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.O recurso especial não comporta exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmulas n. 5 e 7 do STJ). 2. No caso concreto, o acolhimento das teses de exclusão da responsabilidade por força maior e de ausência de danos materiais e morais, exigiria reexame de cláusulas contratuais e de matéria fática, vedado em recurso especial. 3. Agravo interno a que se dá provimento para reconsiderar a decisão da Presidência desta Corte e negar provimento ao agravo nos próprios autos. (BRASIL, 2021, não paginado).

Cabe ressaltar outro julgado do Superior Tribunal de Justiça em 2021, que reconheceu a responsabilidade civil, em ação por danos morais e materiais de lucros cessantes;

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL.RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. LUCROS CESSANTES. COMPROVAÇÃO. PROVA PERICIAL INDEFERIDA. ESSENCIALIDADE.ÔNUS DA PROVA (CPC/1973, ART. 333, I; CPC/2015, ART. 373, I). CERCEAMENTO DE DEFESA. AGRAVO INTERNO PROVIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. 1. Os lucros cessantes devem ser efetivamente comprovados, não se admitindo lucros presumidos ou hipotéticos.2. Não cabe ao réu, ora recorrente, requerer contra si prova pericial quanto aos lucros cessantes alegados pelo autor, porquanto essa providência cabe mesmo ao promovente, nos termos do art. 333, I,

do CPC/1973 (CPC/2015, art. 373, I). Entender em sentido contrário seria admitir devesse o réu provar fato de interesse do autor.³ Reconhecida, pelo eg. Tribunal de origem, a essencialidade da prova pericial requerida pelo interessado (o autor), mas indeferida na instância a quo, impunha-se a anulação do processo por cerceamento de defesa, determinando-se o retorno dos autos à origem para possibilitar a instrução probatória, notadamente a colheita da prova pericial, sob o crivo do contraditório, para a efetiva comprovação dos alegados danos materiais sofridos, conforme fora pleiteado pelo autor, ora recorrido.⁴ Agravo interno provido para dar provimento ao recurso especial. (BRASIL, 2021, não paginado).

De mesmo modo o Tribunal de Justiça do Distrito Federal reconheceu em (2021), apelação por danos morais e materiais, sendo reconhecida a responsabilidade civil;

APELAÇÃO CÍVEL. REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. CONDOMÍNIO. ENTIDADE NÃO AUTORIZADA A COMERCIALIZAR PACOTES DE HOSPEDAGEM. LOCAÇÃO DE UNIDADE IMOBILIÁRIA PARTICULAR POR TEMPORADA. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CONFIGURADA. PACOTE DE HOSPEDAGEM FALSO. FRAUDE PERPETRADA POR TERCEIRO SEM QUALQUER VÍNCULO COM O CONDOMÍNIO. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROCEDER ILÍCITO DO ENTE CONDOMINIAL NÃO CARACTERIZADO. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. PRELIMINAR ACOLHIDA. CASSAÇÃO PARCIAL DA SENTENÇA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. 1. É cediço que a relação entre condomínio e condômino, em regra, não é regida pelo direito consumerista, pois não se enquadram nos conceitos de fornecedor e consumidor. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 2. Afastada a aplicação das normas consumeristas, a averiguação da responsabilidade civil da parte condomínio deve ser realizada por intermédio da interpretação das normas civis e processuais de regência. 3. O art. 927 do Código Civil estabelece o dever de indenizar para aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187 do mesmo codex), causar dano a outrem. A conduta humana, a culpa genérica ou latu sensu, o nexo de causalidade e o dano/prejuízo causado à vítima consubstanciam os pressupostos (elementos) do dever de indenizar. O nexo causal constitui a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. A culpa ou fato exclusivo de terceiro consubstancia uma das excludentes de nexo de causalidade -

juntamente a com culpa ou fato exclusivo de terceiro e caso fortuito e força maior. Constatada dita excludente no caso concreto, afasta-se o dever de indenizar. 4. Comprovada a ausência de nexo causal entre a conduta ilícita perpetrada por terceiro, consubstanciada na venda de pacote de hospedagem falso, firmado pelo meio de contrato de locação por temporada eivado de vício de dolo, e os danos sofridos pela vítima, reconhece-se a ausência do dever de indenizar do condomínio réu. Consequência lógica de tal resolução impõe o reconhecimento da ilegitimidade passiva do condomínio para compor a demanda, uma vez que restou demonstrada a total ausência de elementos identificadores de sua participação nos fatos narrados na inicial. 5. Apelação conhecida e provida. Preliminar de ilegitimidade passiva acolhida. (BRASIL, 2021, não paginado).

Portanto pode-se notar os julgados dos tribunais onde tem reconhecido a responsabilização por dano moral e material, quando identificado a responsabilidade civil objetiva, bem como o nexo de causalidade, elemento importante para reponsabilidade se objetiva, pois, este elemento importante exclui o fator culpa.

3 DA TEORIA DA PERDA DO TEMPO ÚTIL DESENVOLVIDA POR MARCOS DESSAUNE

A teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, criada por um advogado, propõem em sua teoria que todo tempo desperdiçado pelo consumidor para a solução de problemas gerados por maus fornecedores constitua dano indenizável; "O desvio produtivo do consumidor é um evento danoso induzido pelos fornecedores que, de modo abusivo, se eximem da sua responsabilidade pelos problemas de consumo que eles próprios criam no mercado." (DESSAUNE, 2017, não paginado).

Enfatiza ainda sobre o dever de indenizar devido ao tempo vital que é desperdiçado quando o indivíduo disponibiliza do seu tempo de vida para solucionar problemas, vejamos senão;

A Teoria sustenta que o consumidor, ao desperdiçar o seu tempo vital e se desviar das suas atividades existenciais para tentar resolver problemas de consumo, sofre necessariamente um dano extrapatrimonial de natureza existencial, que é indenizável in re ipsa. A Teoria afirma ainda que, nessas situações de desvio produtivo, o consumidor também pode sofrer danos materiais, que são ressarcíveis em face de comprovação. (DESSAUNE, 2017, não paginado).

Por tanto vem a retratar em sua teoria da perda do tempo útil ou desvio produtivo, que tempo é uma atividade existencial, sendo estes comportamentos, escolhas, atitudes, possuído um valor que inestimável, impossível de ser calculado, vejamos;

Afinal, enfatize-se, o tempo é o suporte implícito da vida, que dura certo tempo e nele se desenvolve, e a vida constitui-se das próprias atividades existenciais que nela se sucedem. Esse tempo vital tem valor inestimável, visto que é um bem econômico escasso que não pode ser acumulado nem recuperado ao longo da vida. Por sua vez, as atividades existenciais não admitem adiamentos nem supressões indesejadas, uma vez que são interesses suscetíveis de prejuízo inevitável quando deslocados no tempo. (DESSAUNE, 2019, pág.31)

Cabe ressaltar que o tempo é considerável, irrecuperável, irretroatável e ininterrupto, portanto pode-se até mesmo equiparar-se a um bem, valioso onde não é possível haver a sua reparação, vejamos senão;

Tem-se que o tempo detém as seguintes características: a) escassez: as pessoas detêm menos tempo do que desejam; b) intangibilidade: não é passível de ser tocado; c) ininterrompibilidade: não pode ser interrompido, parado; d) irreversibilidade: não pode ser revertido; e) irrecuperabilidade: não pode ser recuperado. Assim, diferentemente dos bens materiais, o tempo não pode ser acumulado nem recuperado durante uma vida humana. (DELMONI, 2015, não paginado).

Enfatiza ainda que está perda de tempo pode ser encontrada corriqueiramente dentro do direito do consumidor, mas tem o seu resultado abrangente, assim o tempo é considerado como princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a perda reflita em sua vida, veja;

Tal comportamento principal do consumidor – despende tempo vital e se desviar de atividades existenciais – viola os seus mais legítimos interesses e configura uma renúncia antijurídica ao direito fundamental à vida, que é indisponível, bem como uma renúncia antijurídica ao direito fundamental à educação, ao trabalho, ao descanso, ao lazer, ao convívio social, aos cuidados pessoais ou ao consumo – enquanto expressão individual, social ou coletiva da liberdade de ação em geral –, dos quais ninguém poderia abdicar por força de circunstâncias que aviltem o princípio da dignidade humana, que apoia esses direitos. (DESSAUNE, 2019, p. 26).

Dessa forma o doutrinador apresenta que é passível ao consumidor a indenização, configurando assim a responsabilidade civil, causada pela perda do tempo útil ou desvio produtivo:

Assim, ao arbitrar a indenização do dano extrapatrimonial de cunho existencial decorrente de desvio produtivo do consumidor, o juiz, verificando que o caso envolve um grande fornecedor que notoriamente lesa consumidores de modo intencional e reiterado, deve considerar o grau de culpa e a condição econômica desse agente ofensor, elevando o valor da indenização casuisticamente para que sejam alcançados não só o efeito satisfatório e o punitivo da condenação, como, também, o seu efeito preventivo. (DESSAUNE, 2019, p. 31).

Enfatiza ainda sobre o que a perda de tempo pode provocar e causar quando atingido a razão e dando lugar a estímulos sentimental como a irritação, cansaço, vem a violar a integridade e saúde do indivíduo;

As observações do magistrado ilustram bem o caminho pelo qual a questão transita. Quando a má prestação de um serviço extravasa as fronteiras da razoabilidade, dando lugar à irritação, a frustração, o desgaste, ao sentimento de descaso, é que ocorre a violação do direito à paz, à tranquilidade, à prestação adequada dos serviços contratados. (DELMONI, 2015, não paginado)

Dessa forma Gagliano (2013) ressalta em seu entendimento sobre a perda do tempo útil, "Em verdade, o que não se pode mais admitir é o covarde véu da indiferença mesquinha a ocultar milhares (ou milhões) de situações de dano, pela usurpação injusta do tempo livre, que se repetem, todos os dias, em nossa sociedade."

Diante disso enfatiza mais a perda do tempo livre, como fato importante e merecedor de atenção nos dias atuais, vejamos senão;

Por outro lado, não se pode negar, que, por se tratar, "a responsabilidade pela perda do tempo livre" ou pelo "desvio produtivo do consumidor", de uma tese relativamente nova - ao menos se levarmos em conta o atual grau de penetração no âmbito das discussões acadêmicas, doutrinárias e jurisprudenciais -, impõe-se, a todos nós, uma mais detida reflexão acerca da sua importância compensatória e, sobretudo, utilidade punitiva e pedagógica, à luz do princípio da função social. Isso tudo porque o intolerável desperdício do nosso tempo livre, agressão típica da

contemporaneidade, silenciosa e invisível, mata, aos poucos, em lenta asfixia, valor dos mais caros para qualquer um de nós. (GAGLIANO, 2013, p. 8).

Toda via pode-se notar que o tempo é precioso, uma vez perdido não pode ser recuperado, não sendo possível a reversão. Portanto o tempo se torna um bem valioso ao ser humano, um princípio de dignidade humana, uma vez que reflete na vida social, na sociedade, sendo assim, o tempo é útil, passando a ser compensados quando ocorre a indenização pelo tempo perdido, quando o tempo de vida existencial é desvalorizado.

3.1 ONDE TEM SIDO CONFIGURADA A PERDA DO TEMPO ÚTIL

Desta forma pode-se notar que a teoria do tempo útil é facilmente encontrada dentro do direito Consumo, sendo notada em atrasos de fornecedores, ou demoras em filas bancárias, na solução de um problema de fábrica sobre um produto comprado, veja;

A teoria da perda do tempo livre ou perda do tempo útil se baseia no abuso da perda involuntária do tempo do consumidor, causado pelas empresas fornecedoras em situações intoleráveis, em que há desídia e desrespeito aos consumidores, que muitas vezes se veem compelidos a sair de sua rotina e perder o seu tempo livre para solucionar problemas causados por atos ilícitos ou condutas abusivas dos fornecedores. (DELMONI, 2015, não paginado).

Então pode ser identificado dentro do direito do consumidor, onde os profissionais liberais respondem pela responsabilidade civil em conjunto, com o desvio produtivo ou perda do tempo útil, veja;

Mediante a ressalva de que os profissionais liberais respondem subjetivamente pelo fato do serviço, nos termos do art. 14, § 4º, do CDC, os requisitos ou pressupostos necessários para que o fornecedor faltoso possa ser civilmente responsabilizado pelo Desvio Produtivo do Consumidor, independentemente da existência de culpa, são estes: (1) o problema de consumo potencial ou efetivamente danoso ao consumidor, (2) a prática abusiva do fornecedor de se esquivar da responsabilidade pelo problema de consumo, (3) o fato ou evento danoso de desvio produtivo do consumidor, (4) o nexo causal existente entre a prática abusiva do fornecedor e o evento danoso dela resultante, (5) o dano extrapatrimonial de índole existencial sofrido pelo consumidor e, eventualmente, (6) o dano emergente e/ou o lucro cessante sofrido

pelo consumidor (requisito facultativo) e (7) o dano coletivo (requisito facultativo). (DESSAUNE, 2019, p. 31).

Dessaune (2011, p. 377 apud DEIRÓ, 2015 não paginado), em sua obra esclarece que o desvio produtivo do consumidor é caracterizado quando o indivíduo tem seu tempo desperdiçado ou desviados de uma determinada atividade:

Diante de uma situação de mau atendimento, o consumidor precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências – de uma atividade necessária ou por ele preferida – para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irrecuperável. Em outra perspectiva o desvio produtivo evidencia-se quando o fornecedor, ao descumprir sua missão e praticar ato ilícito, independentemente de culpa impõe ao consumidor um relevante ônus produtivo indesejado pelo último ou, em outras palavras, onera indevidamente os recursos produtivos dele (consumidor).

Por conseguinte, o Superior Tribunal de Justiça deu provimento a um julgado referente a perda de tempo útil em filas bancárias, configurando assim ofensa e dano moral:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. TEMPO DE ATENDIMENTO PRESENCIAL EM AGÊNCIAS BANCÁRIAS. DEVER DE QUALIDADE, SEGURANÇA, DURABILIDADE E DESEMPENHO. ART. 4º, II, "D", DO CDC. FUNÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE PRODUTIVA. MÁXIMO APROVEITAMENTO DOS RECURSOS PRODUTIVOS. TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR. DANO MORAL COLETIVO. OFENSA INJUSTA E INTOLERÁVEL. VALORES ESSENCIAIS DA SOCIEDADE. FUNÇÕES. PUNITIVA, REPRESSIVA E REDISTRIBUTIVA. 1. Cuida-se de coletiva de consumo, por meio da qual a recorrente requereu a condenação do recorrido ao cumprimento das regras de atendimento presencial em suas agências bancárias relacionadas ao tempo máximo de espera em filas, à disponibilização de sanitários e ao oferecimento de assentos a pessoas com dificuldades de locomoção, além da compensação dos danos morais coletivos causados pelo não cumprimento de referidas obrigações. 2. Recurso especial interposto em: 23/03/2016; conclusos ao gabinete em: 11/04/2017; julgamento: CPC/73. 3. O propósito recursal é determinar se o descumprimento de normas municipais e federais que estabelecem parâmetros para a adequada prestação do serviço de atendimento presencial em agências bancárias é capaz de

configurar dano moral de natureza coletiva.4. O dano moral coletivo é espécie autônoma de dano que está relacionada à integridade psico-física da coletividade, bem de natureza estritamente transindividual e que, portanto, não se identifica com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), amparados pelos danos morais individuais.5. O dano moral coletivo não se confunde com o somatório das lesões extrapatrimoniais singulares, por isso não se submete ao princípio da reparação integral (art. 944, caput, do CC/02), cumprindo, ademais, funções específicas.6. No dano moral coletivo, a função punitiva - sancionamento exemplar ao ofensor - é, aliada ao caráter preventivo - de inibição da reiteração da prática ilícita - e ao princípio da vedação do enriquecimento ilícito do agente, a fim de que o eventual proveito patrimonial obtido com a prática do ato irregular seja revertido em favor da sociedade.7. O dever de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho que é atribuído aos fornecedores de produtos e serviços pelo art. 4º, II, d, do CDC, tem um conteúdo coletivo implícito, uma função social, relacionada à otimização e ao máximo aproveitamento dos recursos produtivos disponíveis na sociedade, entre eles, o tempo.8. O desrespeito voluntário das garantias legais, com o nítido intuito de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade do serviço, revela ofensa aos deveres anexos ao princípio boa-fé objetiva e configura lesão injusta e intolerável à função social da atividade produtiva e à proteção do tempo útil do consumidor.9. Na hipótese concreta, a instituição financeira recorrida optou por não adequar seu serviço aos padrões de qualidade previstos em lei municipal e federal, impondo à sociedade o desperdício de tempo útil e acarretando violação injusta e intolerável ao interesse social de máximo aproveitamento dos recursos produtivos, o que é suficiente para a configuração do dano moral coletivo.10. Recurso especial provido. (BRASIL, 2021, não paginado).

Portanto a perda do tempo útil apresenta-se como um fator irrecuperável, irretratável, ininterrupto, não sendo possível recuperá-lo. Assim este tempo é corriqueiramente perdido, sendo notado a sua perda dentro do direito consumerista, configurada nas entregas de produtos efetuados por seus fornecedores, ou pelos atrasos causados por vícios nos produtos, que são enviados para garantia e devolvidos por apresentar defeitos.

Por conseguinte, ocorre que estes produtos demoram muito tempo para retornar ao consumidor, bem como pode-se notar a demora para o estorno do valor efetuado na

compra do produto, configurando assim a responsabilidade civil objetiva, a perda do tempo útil, os danos morais para com o consumidor, ou seja, a obrigação do (dever) de indenizar.

4 DA INFIDELIDADE CONFORME AS FONTES DO DIREITO BRASILEIRO

4.1 DA LEI E A DOCTRINA

Desse modo a infidelidade conjugal está completamente ligada ao casamento. Sendo assim os doutrinadores Mal e Maluf (2021), explica que a Constituição República Federativa Brasileira de 1988, traz em seu artigo 5º o direito de igualdade bem como o de obrigações entre homens e mulheres, sendo o direito de família constituído através do matrimônio, dado surgimento para novos valores para ambos no âmbito da sua liberdade ou privacidade, sendo de modo, igualitário para com a suas vidas íntimas (sexualidade).

Por conseguinte, podemos notar os deveres dos cônjuges estabelecido dentro do Código Civil em seu "Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. " (BRASIL, [2021a], não paginado). Assim é passível de entendimento que a infidelidade não é admitida entre as partes.

Portanto também é disposto no "Art. 1.556. O casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro. " (BRASIL, [2021a], não paginado). Cabe ressaltar que o vício da vontade se trata do (erro, dolo, coação, lesão), sendo o erro essencial relacionado com (enganar sua identidade, honra, boa fama), são circunstâncias encontradas quando configurada a infidelidade conjugal.

Tendo em vista o Código Civil bem-dispõe sobre o erro essencial, vejamos;

Art. 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

I - o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;

II - a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal. (BRASIL, [2021a], não paginado).

Destarte a fidelidade é a base da união entre ambos, sendo essa qualidade de comportamento e carácter do indivíduo assegurada no dispositivo de lei, veja;

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

- I - fidelidade recíproca;
- II - vida em comum, no domicílio conjugal;
- III - mútua assistência;
- IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
- V - respeito e consideração mútuos. (BRASIL, [2021a], não paginado).

Desse modo, enfatizando ainda sobre a fidelidade, como uma das cláusulas recíprocas de ambos em matrimônio, se faz presente no ato do divórcio como critério a ser analisado para dissolução da união, assim é fundamentado no “Art. 1.576. A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens.” (BRASIL, [2021a], não paginado).

Sendo assim ainda sustenta como cláusula que leva a dissolução do matrimônio, o adultério (infidelidade) ou conduta desonrosa:

Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

- I - Adultério;
- II - Tentativa de morte;
- III - sevícia ou injúria grave;
- IV - Abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;
- V - Condenação por crime infamante;
- VI - Conduta desonrosa.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum. (BRASIL, [2021a], não paginado).

Deste modo a infidelidade é considerado uma conduta desonrosa, sendo assegurado em lei, que a sua prática fere as normas vigentes, de mesmo modo fere os princípios e os bons costumes da sociedade. A infidelidade conjugal reflete na vida do cônjuge, causando –lhe transtornos, em sua vida social, sua moral, honra, conduta, saúde mental, entre outras muitas áreas, dependendo da gravidade dos fatos.

4.1.1 DA JURISPRUDÊNCIA E O DANO MORAL

Tendo em vista a respeito da infidelidade o Tribunal de Justiça do Distrito Federal em (2021), julgou parcialmente procedente, reconhecendo os deveres e obrigações entre os cônjuges com base o artigo 1.566:

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO CIVIL. PROCESSO CIVIL. ASSUNÇÃO DE RISCO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DESCABIMENTO. VIOLAÇÃO AOS DEVERES DO CASAMENTO. INFIDELIDADE. RESPONSABILIDADE DE TERCEIRO. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. 1. Embora a Constituição Federal tenha resguardado a inviolabilidade da intimidade; da vida privada; da honra e da imagem, em observância ao próprio Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, consagrado em seu artigo 1º, inciso III, faz-se necessária uma análise casuística acerca da correta adequação dos direitos da personalidade. 2. O dano decorrente da violação ao direito de imagem não pode ser ocasionado pela conduta da própria vítima, o que afastaria o nexo causal entre o ato causador do infortúnio e o próprio dano. 3. O artigo 1.566, I, do Código Civil estabelece ser dever dos cônjuges a fidelidade recíproca, enfatizando assim, a responsabilidade de ambos no compromisso assumido. 4. Terceiro estranho à relação conjugal não tem o dever legal de fidelidade, sendo exigível apenas dos cônjuges entre si. 5. Recurso da autora parcialmente provido. Recurso da ré desprovido. (BRASIL, 2021, não paginado)

Diante disso outro julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (2021), traz em seu teor o reconhecimento e a configuração do adultério (infidelidade), veja:

Indenização por danos morais – Infidelidade em relacionamento amoroso entre as partes - Sentença de procedência – Insurgência de ambas as partes. Requerido/reconvinte buscando a condenação da autora/reconvinda ao pagamento de indenização pela sua exposição nas redes sociais - Recurso da autora buscando a majoração da indenização. Autora que manteve relacionamento com o requerido, depois vindo a saber que ele também se relacionava com outras mulheres, além de ser casado, embora tivessem assumido o compromisso de relação monogâmica – Alegação de ter sofrido danos psicológicos, quer pela exposição nas redes sociais e mesmo pelo processo criminal ajuizado pelo requerido, além de ter sido exposta a riscos de contrair doenças – Reconvenção na qual o requerido afirma ter sido exposto em redes sociais, causando-lhe

danos. Danos morais configurados – Montante bem estabelecido, não comportando reforma - Sentença mantida - Recursos desprovidos. (BRASIL,2021, não paginado)

Enfatiza o Tribunal de Justiça do Distrito Federal (2021) um pouco mais a respeito da exposição das imagens do cônjuge com amante, trazendo assim a humilhação, ofensa a honra, e integridade mental, para como o outro cônjuge, sendo assim possível indenizar, veja:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. INFIDELIDADE CONJUGAL. PROVA. OFENSA A ATRIBUTO DA PERSONALIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO NO CASO.

1. O simples descumprimento do dever jurídico da fidelidade conjugal não implica, por si só, em causa para indenizar, apesar de consistir em pressuposto, devendo haver a submissão do cônjuge traído a situação humilhante que ofenda a sua honra, a sua imagem, a sua integridade física ou psíquica. Precedentes.

2. No caso, entretanto, a divulgação em rede social de imagens do cônjuge, acompanhado da amante em público, e o fato de aquele assumir que não se preveniu sexualmente na relação extraconjugal, configuram o dano moral indenizável.3. Apelação conhecida e não provida. (BRASIL, 2021, não paginado).

Destarte assegura o artigo, referentes ao dano moral, que pode sim ser identificados dentro da infidelidade conjugal, como o constrangimento, o abalo ao psicológico, o tempo investido e valores, sendo irrecuperáveis como bem adverte o “Artigo. 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.” (BRASIL, [2021a], não paginado).

Ressalta –se o artigo 187 do código civil que sustenta em seu teor que “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” (BRASIL, [2021a], não paginado). Claramente pode ser notado que o ato da infidelidade vai contra a boa-fé e os bons costumes dentro da sociedade.

Aduz ainda sobre ao deve de indenizar, ou repara os danos causados a outrem, tem a obrigação de reparar por dano, mesmo estando isento de culpa:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Portanto estabelece o doutrinador Amaral (2018), explana esclarecendo que o dano moral se trata de um dano extrapatrimonial, podendo este dano ser apresentado de várias formas com sexual, assédio moral, humilhação, constrangimento, pressão coação e etc.

Frisa destacar a doutrina respeito dos danos morais, "Compreende o dano à vida e ao corpo (integridade Física), e também ao dano o dano psíquico, que é a lesão as funções psíquicas do ser humano." (AMARAL, 2018, p. 1201).

Desta maneira Amaral (2018) afirma que o dano moral está ligado ao patrimônio e em seu sentido espiritual do ser humano, sendo passível de compreensão a liberdade do indivíduo a sua honra, ou imagem (quando tem a sua imagem exposta, causando-lhe ofensa a sua honra e boa imagem ou conduta, acrescentado a publicação mensagens).

Dessa forma sustenta o Código Civil que havendo grave violação nos deveres do cônjuge, será passível de ação judicial da dissolução do matrimônio, , "Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum." (BRASIL, [2021a], não paginado) sendo assim a fidelidade uma destes deveres a serem cumpridos.

Sobre a indenização por danos morais que decorrem das relações conjugais, Dias (2013, p.128 *apud* ROCHA, 2019) afirma condutas de ofensa e desonra pode ser motivação e causa para que seja configurado o dever reparatório por meio de indenização, vejamos;

Quanto à violação dos demais deveres do casamento, como adultério, abandono do lar, condenação criminal, conduta desonrosa, que podem servir de motivação para a ação de separação (1.573 I, IV a VI), não geram por si só obrigação indenizatória. Porém, se tais posturas ostentarem de maneira pública, comprometerem a reputação, a imagem e a dignidade do par, cabe a indenização por danos morais. No entanto, é mister a comprovação dos elementos caracterizadores da culpa: dano, culpa e nexos de causalidade, ou seja, que os atos praticados tenham sido martirizantes, advindo profundo mal-estar e angústia.

Neste viés, é preciso quantificar o dano, fixar o valor da indenização. Diante disso, Cavaliere Filho (2014, p. 123 *apud* ROCHA, 2019, pág.16) conclui, veja;

Não há, realmente, outro meio mais eficiente para se fixar o dano moral a não ser pelo arbitramento judicial. Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral.

Enfatiza um pouco mais sobre o dever de indenizar, na medida do dano causado, evitando o enriquecimento sem causa do indivíduo, vejamos;

A indenização a ser designada deve ser suficiente para que o dano seja reparado da melhor forma possível, atendendo sempre o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro, pois qualquer quantia além do necessário para a reparação ocasionaria o enriquecimento sem causa (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 125 *apud* ROCHA, 2019, pág.16).

Toda via o Superior Tribunal de Justiça traz em seu teor a súmula vinculante 37 que dispõe, "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato." (BRASIL, 2021, não paginado). Frisa destacar a indenização por sua vez pode ser configurada tanto dentro do âmbito material quanto ao dano moral do agente.

Portanto pode-se notar que o ato de infidelidade conjugal, fere normas, e princípios, assim refletindo como um comportamento inadequado aos bons costumes dentro da sociedade. Tal ato proporciona repercussão dentro da área do direito, sendo de fato, que no rompimento do matrimônio por configuração da infidelidade, geralmente se observa, o danos que o cônjuge vem adquirir, como a sua hora, a sua moral quando possui vazamento de imagens ou mensagens, ao dano a sua saúde mental desenvolvendo depressões profundas, ansiedades e assim os danos relevantes referentes a tempo e valores materiais investidos, sendo estes irrecuperáveis, irretatáveis, impossíveis de serem restaurados.

Toda via pode ser destacada que a conduta de infidelidade é ato desonroso dentro do matrimônio, ou seja, o ato de infidelidade é contrário ao contrato estabelecido entre os cônjuges. Sendo este ato contrário a boa-fé e, independe do dolo ou culpa, causa dano a outrem, desde ao cônjuge, bem como os possíveis filhos, familiares.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto neste estudo, aborda sobre a infidelidade conjugal, que tem se tornado uma prática desonrosa, antes considerada como crime, se tornou hoje uma atitude banal e rotineira dentro do nosso cotidiano.

Destarte a luz da legislação do Código Civil nota-se que o ato da infidelidade tem burlado a legislação vigente, ferindo a dignidade das pessoas, princípios e bons costumes. Sendo o a fidelidade critério essencial exigido dentro do matrimônio com fulcro no artigo 1.566 inciso I ao IV assegurando a fidelidade recíproca, bem como o respeito mútuo entre ambos.

Dessa forma se trata de responsabilidade civil, possuindo de mesmo modo um caráter indenizatório, evidentemente está assegurada pelo artigo 186 e 187 do Código Civil. Estabelecendo assim que a não se trata de responsabilidade civil objetiva disposto no artigo 927, e sim da responsabilidade civil subjetiva, pois a temática apresentada não tem previsão legal, nem caracteriza o risco ao direito de terceiros, passando assim a sua caracterização para responsabilidade subjetiva.

Aduz a existência da perda do tempo útil, teoria desenvolvida por Dessaune e publicada em 2011. Encontrada e, constantemente aplicada dentro do direito do consumo, podendo ser enquadrada ao direito civil. A perda do tempo útil é apresentada como, elemento irretroatável e irrecuperável dentro do direito do consumo, bem como, dentro do direito civil, configurando assim danos que não podem ser restaurados.

Destarte o tempo que fora investido dentro do matrimônio não pode ser recuperado quando encontrada a infidelidade entre uma das partes. Enfatiza-se ainda para construção de uma família, ou conquistar bens materiais, patrimônios, entre outros, é necessário a aplicação de bastante tempo da vida humana, sendo este tempo irrecuperável, quando configurado a infidelidade. Destaca –se assim o valor que possui o tempo perdido, quando se nota que o dano é imensurável para o indivíduo.

Por isso, a teoria da perda do tempo útil ou teoria ou desvio produtivo usada dentro do Direito do Consumo, pode ser perfeitamente identificada no rompimento do matrimônio quando a infidelidade. Por isso a infidelidade conjugal, tem fundamentação e é assegura no artigo 1.573, inciso I, do Código Civil, onde um dos motivos para impossibilitar a comunhão é o adultério (infidelidade).

Portanto é identificado dentro do ato de infidelidade conjugal o dano moral para como o outro indivíduo, ou seja, o dano moral vem a ser manifestado de diversas formas, desde a imagem do cônjuge que sofreu com a deslealdade, a sua honra, ao bom nome, o constrangimento ou até, como encontrado em alguns casos, danos à saúde mental (psíquica) da pessoa, assim como a perda de tempo. Assegurando na legislação pelos artigos 186,187 e 927 do Código Civil, sendo sustentado com decisões dos magistrados

em tribunais e por doutrinadores. Desta maneira sendo caracterizado a indenização aos danos causados a outrem, a depender da gravidade de cada caso concreto.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/630977>. Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a], não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 1 out. 2021.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB)**, artigo 5º, inciso V, Diário Oficial da União, Brasília – DF (2021), disponível em; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1601652/MG**. Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 21 de setembro de 2021, Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 23 set. 2021b. não paginado. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1291439829/recurso-especial-resp-1601652-mg-2016-0124665-8/inteiro-teor-1291439846>. Acesso em: 09 out. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Agravo Interno no Agravo em **Recurso Especial 1679420/MT**. Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, Rel. p/ Acórdão Ministro Raul Araújo, 14 de setembro de 2021, Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 04 set. 2021c. não paginado. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1292456166/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1679420-mt-2015-0005540-4/inteiro-teor-1292456503>. Acesso em: 09 out. 2021.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. I Jornada de Direito Civil. **Enunciado 37**. Brasília, DF: Conselho de Justiça Federal, [2017]. não paginado. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/698>. Acesso em: 09 set. 2021.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. AgInt no AREsp 1871482/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, quarta turma, julgado em 20/09/2021, DJe 23/09/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 09 set. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, súmula 37, corte especial, julgado em 12/03/1992, repdj 19/03/1992, p. 3201, dj 17/03/1992, p. 3172. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp>. Acesso em: 08 set. 2021.

BRASIL, **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**. Acórdão 1357673, 07011727420188070020, Relator: Diva Lucy De Faria Pereira, 1ª Turma Cível, data de julgamento: 21/7/2021, publicado no DJE: 4/8/2021. Pág. Sem Página Cadastrada. Disponível em <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia>. Acesso em: 09 set. 2021.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1737412/SE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 08/02/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL, **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**. Acórdão 1199439, 07045196320188070005, Relator: EUSTÁQUIO DE CASTRO, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 4/9/2019, publicado no DJE: 13/9/2019. Pág. Sem Página Cadastrada. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia>. Acesso em: 18 out 2021.

BRASIL, **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**. TJSP; Apelação Cível 1008889-92.2020.8.26.0011; Relator (a): A.C.Mathias Coltro; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/08/2021; Data de Registro: 27/08/2021. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL, **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**. Acórdão 1084472, 20160310152255APC, Relator: Fábio Eduardo Marques, 7ª Turma Cível, data de julgamento: 21/3/2018, publicado no DJE: 26/3/2018. Pág. 415-420. Sem Página Cadastrada. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia>. Acesso em: 18 out. 2021.

CALIXTO, Marcela Furtado. A Responsabilidade civil objetiva no Código Civil Brasileiro: Teoria do risco criado, prevista no parágrafo único do artigo 927. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, n. 21, Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/PDF-D11-13.pdf>. Acesso em: 10 set. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. Revista e Ampliada. São Paulo: Atlas, 2014.

DELMONI, Jéssica Ferreira. A Responsabilidade Civil pela perda do tempo útil nas relações de consumo. **Âmbito Jurídico**, 1 ago. 2015. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-139/a-responsabilidade-civil-pela-perda-do-tempo-util-nas-relacoes-de-consumo/>. Acesso em: 14 out. 2021.

DEIRÓ, Jussara Meirelles, Responsabilidade civil pela perda do tempo. **Âmbito Jurídico**, 1 jan. 2015. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-132/responsabilidade-civil-pela-perda-do-tempo/>. Acesso em: 15 out. 2021.

DESSAUNE, Marcos. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor. **JusBrasil**, [2017]. não paginado. Disponível em:
<https://marcosdessaune.jusbrasil.com.br/noticias/475697698/marcos-dessaune-lanca-2-edicao-do-livro-com-sua-teoria-aprofundada-do-desvio-produtivo-do-consumidor>. Acesso em: 22 out. 2021.

DESSAUNE, Marcos. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: um panorama. **Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 15-31, 2019. Disponível em:
https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume17_numero1/volume17_numero1_15.pdf. Acesso em: 14 out. 2021.

DINIZ, Maria Helena, **Código civil anotado**. 17. ed. São Paulo, Saraiva, 2014. Disponível em; <https://docero.com.br/doc/xccnxsxv>. Acesso em: 16 out. 2021

FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe, **Actio Revista de Estudos Jurídicos**, n. 31, v. 1, p. 175, jan./jun. 2021. Disponível em:
www.actiorevista.com.br. Acesso em: 08 set. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Escola da Magistratura – Responsabilidade Civil**, São Paulo, 2015. p. 426. Disponível em:
<https://www.tjsp.jus.br/DownloadEPMObrasResponsabilidadeCivil.pdf>. Acesso em: 09 set. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/nscne18>. Acesso em: 16 out. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade civil pela perda do tempo. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**, n. 168, 2014. Disponível em:
<https://docero.com.br/doc/xenec15>. Acesso em 18 out. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em:
<https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books?query=responsabilidade%20civil>. Acesso em: 10 set. 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. Disponível em:
<https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/719243>. Acesso em: 21 jul. 2021.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MAL, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books?query=Do%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia>. Acesso em: 18 out. 2021.

MIRANDA, Ana Elisa Silva. Responsabilidade civil por dano ambiental: uma análise do nexo de causalidade. **Actio Revista de Estudos Jurídicos**, n. 31, v. 1, p.175. jan./jun. 2021. Disponível em:
<http://www.actiorevista.com.br/index.php/actiorevista/article/view/199/168>. Acesso em: 08 set. 2021.

ROCHA, Isabela Ferreira, **Responsabilidade civil por descumprimento do dever de fidelidade conjugal**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Instituto Ensinar Brasil, Serra, 2019. Disponível em:
<https://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/3183/1/DANOS%20MORAIS%20PELO%20DESCUMPRIMENTO%20DO%20DEVER%20CONJUGAL%20DE.pdf> Acesso em: 10 de out. 2021.

SILVÉRIO, Giulia Feitosa e SILAS, Pedro, **Responsabilidade civil pela perda do tempo**. [2015]. Disponível em:
<http://www.repositoriodigital.univag.com.br/index.php/rep/article/viewFile/1139/1095>. Acesso em: 15 out. 2021.

A ESSENCIALIDADE DA MINERAÇÃO FRENTE À PANDEMIA COVID-19

MATHEUS HENRIQUE MORAIS ALMEIDA:

Tecnólogo em Administração de Empresas e Graduando em Direito pelo Centro Universitário Una, membro do Grupo de Estudos em Direito Minerário (GEDIMIN) e do Grupo de Estudos em Direito Ambiental (GEDA) pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

EDUARDO RODRIGUES DE MELO SOUSA

(orientador)

RESUMO: Essa pesquisa tem como tema principal o estudo da essencialidade da mineração no Brasil em decorrência da pandemia Covid-19 e tem como objetivo geral demonstrar a importância econômica e socioeconômica da atividade minerária em face da atipicidade trazida por estes tempos. A mineração incontestavelmente é uma das maiores fontes geradoras de renda e de empregos no país, além de ser uma grande fornecedora de insumos com efeito cascata a diversas cadeias produtivas no nosso país, envolvendo agricultura, alimentação, eletroeletrônica, geração e transmissão de dados, produção e transmissão de energia, entre outros. Com este pressuposto, é apresentado neste trabalho uma análise da legislação atribuída à atividade minerária, a sua participação na economia, além do papel exercido no combate à disseminação do Covid-19. Para atingir este objetivo, a proposta utiliza a análise de dados estatísticos de instituições governamentais, os pronunciamentos oficiais, a legislação histórica e contemporânea, além de reportagens jornalísticas que trataram do assunto ao longo do período analisado. A partir das informações obtidas, foi possível realizar uma reflexão acerca da importância que a mineração exerceu e exerce em prol do desenvolvimento econômico e social do país, principalmente no contexto pandêmico.

Palavras-chave: Mineração. Covid-19. Utilidade Pública. Interesse Nacional. Economia

ABSTRACT: This research has as its main purpose the study of mining essentially in Brazil as a result of COVID-19 pandemic and has as its general objective to demonstrate the economic and socioeconomic importance of mining activity in face of the atypically caused by this period. Mining is undoubtedly one of the largest sources of income, employment and provider of raw materials with cascading effect to many production chains in Brazil, involving agriculture, food, electronics, transmission and generation of data, transmission and production of energy, among others. On the basis of this assumption, it is presented in this paper an analysis about the mining activity legislation, its participation in the economy, and the role played combating the spread of Covid-19. To achieve this goal, the

proposal makes use of the analysis of statistical data from governmental institutions, official statements, historical and contemporary legislation, as well as journalistic reports that dealt with this subject through the analyzed period. From the information gathered, it was possible to do a reflection about the importance that mining had and still has for the economic and social development of the country, especially given the pandemic situation.

Keywords: Mining. Covid-19. Public Utility. National Interest. Economy.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2. HISTÓRIA DA MINERAÇÃO NO BRASIL. 3 O DESEMPENHO ECONÔMICO DO SETOR DURANTE A PANDEMIA. 3.1 A importância socioeconômica. 4. ARCABOUÇO LEGAL. 4.1 Jurisprudência e doutrina. 4.2 Direito Comparado. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo abordar a essencialidade da atividade minerária como geradora de renda e empregos, e também como fornecedora de insumos a diversas cadeias produtivas no contexto da pandemia Covid-19. Desta forma, serão analisados os dados estatísticos de instituições governamentais, os pronunciamentos oficiais, a legislação histórica e contemporânea, além das reportagens jornalísticas que trataram do assunto ao longo do período analisado.

O trabalho abordará a essencialidade da mineração e atividades acessórias, assim consideradas desde o primeiro código de mineração e incluídas em portaria ministerial, bem como decreto presidencial no auge do período pandêmico. A continuidade das atividades foi fundamental para a preservação das condições de saúde e de saneamento necessárias à população, destacando-se, neste contexto, a produção em larga escala de equipamentos médico-hospitalares, que necessitam de insumos minerais básicos para sua produção.

Os bens minerais, desde a água mineral aos materiais radioativos, são imprescindíveis à manutenção da vida humana. O interesse nacional e a utilidade pública são princípios norteadores da pesquisa e da exploração das minas e jazidas, especialmente em situações de calamidade, no suprimento de bens primários.

No Brasil são extraídas centenas deles, aplicados a diversas cadeias produtivas, atuando como insumos, além das aplicações mais óbvias, tais como agricultura, alimentação, eletroeletrônica, geração e transmissão de dados, produção e transmissão de energia, dentre outros exemplos.

Neste sentido, tendo em vista as possíveis crises financeiras no cenário pós-pandemia e a conseguinte escassez de insumos fundamentais para prevenção ao Covid-

19, o governo brasileiro reconheceu a essencialidade e legitimou a continuidade das atividades minerárias.

2.HISTÓRIA DA MINERAÇÃO NO BRASIL

A extração de recursos minerais está associada (em maior ou menor grau) a todos os fenômenos sociais e há centenas de anos está intimamente ligada ao crescimento e desenvolvimento do país e, claro, do estado de Minas Gerais. A história não nos deixa mentir!

No período colonial (1500-1822), Portugal, como país colonizador, tinha grande expectativa de encontrar metais preciosos no Brasil, porém, nos primeiros anos, a exploração nas terras brasileiras se destinou, majoritariamente, ao pau-brasil e ao açúcar, como observa Guimarães e Cebada (2015). Assim, a história da mineração no território brasileiro teve seu início, de fato, em 1521, por meio das Ordenações Manuelinas, que destinavam a posse dos “veeiros de ouro ou qualquer outro metal”, como descreve Teixeira (1993), a Coroa Portuguesa, e os descobridores eram incumbidos ao direito à lavra mediante pagamento do quinto (a quinta parte dos metais extraídos).

Por conseguinte, com a independência do Brasil em 1822, temos a instauração do período imperial, que já em 1824 propõe, por meio da Constituição, a separação entre propriedade territorial e propriedade mineral, ambas sobre domínio estatal. Todavia, a exploração das minas foi exacerbadamente fomentada pela iniciativa privada, que, mediante pagamentos de altas taxas ao Estado, extraíam ferro e ouro.

Teixeira (1993) observa que a Constituição promulgada em 1891, que é marco histórico da transição da monarquia para a república, inovou adotando o sistema norte-americano de acessão, que visava ao fomento da exploração dos minérios pelos proprietários de terras. Nesses moldes o responsável pela mina também detinha posse sobre a terra que explorava, como dispõe o próprio artigo 72, parágrafo 17, da Constituição supracitada:

Art. 72, § 17. O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

a) A minas pertencem ao proprietário do solo, salvo as limitações estabelecidas por lei, a bem da exploração das mesmas. (BRASIL, 1891).

Entretanto, devido à escassez cada vez maior dos metais preciosos, que eram ávidos aos colonizadores, e os possíveis sinais de esgotamento destes, surge, em contrapartida, o interesse por diversos minerais (TEIXEIRA, 1993). Assim, impulsionados por novos métodos

de extração, destinaram seus esforços à exploração das jazidas de ferro. Com isso, existe uma mudança nos eixos da história da mineração, que era tão somente dedicada a metais preciosos, como o ouro, pois passa a empregar uma exploração mais abrangente aos vários minerais, como o ferro, que, uma vez transformado em aço, impulsionou a criação de diversas siderúrgicas destinadas à expansão da malha ferroviária no Brasil.

Nesse sentido, a ascensão das grandes siderúrgicas demandou “a extração do carvão mineral para obtenção do coque, muito utilizado na redução dos minérios de ferro nos altos-fornos.” (TEIXEIRA, 1993, p.16). Assim, surgiram, por consequência da abertura da exploração mineral, diversas pesquisas com enfoque em descobrir novos minerais.

Outro momento importante na história da mineração se dá no governo de Getúlio Vargas, pois, em 1931, o ex-presidente já manifestava a importância da nacionalização das reservas minerais, principalmente das jazidas de ferro. Com efeito, várias foram as medidas implementadas no campo da mineração durante a presidência de Vargas, como o Decreto nº 20.223, que foi o primeiro ato visando ao desenvolvimento da economia no Brasil mediante a extração de minerais. Em 1934, foi criada a Diretoria Geral da Produção Mineral, conhecida como Departamento Nacional da Produção Mineral (DNPM), que atuou na regulamentação da mineração no país. Além disso, houve a criação do Código de Minas no mesmo ano.

Outrossim, no ano de 1937, com a ascensão do Estado Novo, a política estatal interveio mais intensamente na economia. Assim repercutiu no setor minerário, restringindo o aproveitamento industrial das jazidas e minas a companhias brasileiras, proibindo, assim, a exploração para empresas estrangeiras. Ademais, destaca-se, no governo Vargas, a criação da Companhia Vale do Rio Doce, mineradora multinacional brasileira e uma das maiores empresas de mineração do mundo, formada por Brasil, Estados Unidos e Inglaterra.

Em outra análise, no período das três primeiras repúblicas no Brasil, ou seja, antes do golpe de 1964 que instaurou a Ditadura Militar, a mineração era predominantemente voltada para atender ao mercado interno. Todavia, com o advento da Ditadura, o sistema minerário não se destinava apenas ao abastecimento interno – extensa demanda devido à crescente infraestrutura no país –, pois com a inserção do capital estrangeiro, surgem exorbitantes empreendimentos minerários, que levam a um crescimento econômico jamais visto no país (GUIMARÃES e CEBADA, 2015).

Todavia, vale destacar que, de acordo com Guimarães e Cebada (2015), a população brasileira não desfrutou desse crescimento econômico, pois “a ideia central da Ditadura era de que o bolo precisava primeiro crescer para só depois ser dividido. Essa segunda etapa nunca chegou a acontecer e parte expressiva da população brasileira viveu abaixo da linha da pobreza.” (VILLAS-BÔAS, 1995).

Por fim, no que tange a ocupação territorial no Brasil, Guimarães e Cebada (2015) apresentam dados que atribuem à atividade minerária como uma importante fonte propulsora do crescimento estrutural e econômico do país. Nesse viés, graças a sua rica história na mineração, hoje, o Brasil figura entre os países que mais produzem e exportam metais, materiais e minérios do mundo, o que faz da mineração, juntamente com o agronegócio, um dos pilares da economia brasileira.

3 O DESEMPENHO ECONÔMICO DO SETOR DURANTE A PANDEMIA

Trazendo a narrativa para os dias atuais, de acordo com a Agência Nacional de Mineração (ANM)²⁶, a indústria mineral brasileira teve o melhor desempenho entre setores econômicos, no ápice da pandemia da Covid-19, com crescimento em todos os Estados, para além dos produtores de minério de ferro. No período, as exportações aumentaram 11% e atingiram a marca de R\$ 37.000.000.000,00 (trinta e sete bilhões de reais), com 371.000.000 (trezentos e setenta e um milhões) de toneladas em remessas. O saldo da balança comercial cresceu em 28%, com superávit de US\$ 32.000.000 (trinta e dois milhões de dólares).

A Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais, mais conhecida como CFEM, é o nome dado ao cálculo sobre o valor do faturamento líquido quando na venda do produto mineral. Nesse viés, para calcular o faturamento líquido, são deduzidos valores destinados a tributos, despesas com seguro e transporte, que, normalmente, incidem no ato da comercialização do minério.

Esse cálculo é feito pela Agência Nacional de Mineração (ANM), autarquia vinculada ao Ministério de Minas e Energia (MME), que cumpre a função de fiscalização e contabilização do que é arrecadado pela comercialização dos bens minerais. Assim, depois de contabilizados, são disponibilizados em seu site para consulta pública os números atualizados da arrecadação total da CFEM.

Nesse contexto, como destaca a matéria de Mara Bianchetti, no jornal Diário do Comércio²⁷, o estado de Minas Gerais registrou um aumento de 111% na arrecadação do CFEM, no primeiro bimestre de 2021, devido à alta no preço do minério no cenário internacional e à variação cambial – que gerou valorização da moeda. Não obstante, mesmo com a recente ascensão do estado do Pará como grande explorador mineral,

26 BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional de Mineração. **PDAC 2021: setor mineral reconhece progressos da ANM para alavancar o setor.** Disponível em: <<https://www.gov.br/anm/pt-br/assuntos/noticias/pdac-2021-setor-mineral-reconhece-os-avancos-da-anm-para-alavancar-o-setor>>. Acesso em: 05 jun. 2021.

27 BIANCHETTI, Mara. Diário do Comércio. **Arrecadação da Cfm dá salto de 111% no Estado.** Disponível em: <<https://diariodocomercio.com.br/economia/arrecadacao-da-cfm-da-salto-de-111-no-estado>>. Acesso em: 06 jun. 2021.

cabe ressaltar que Minas Gerais foi, ao longo da história, o maior produtor mineral e o estado com maior arrecadação na CFEM, desde a criação dessa base de dados.

Por consequência lógica, o setor mineral também tem uma participação expressiva no recolhimento de taxas e tributos (IRPJ/CSLL, IOF, PIS/COFINS/PASEP, II, IPI, CIDE Combustíveis, IRRF Rendimento do Trabalho, IRRF Outros Rendimentos, ICMS, Taxas e Alvarás estaduais e municipais). Destaca-se que, no período analisado, o setor foi responsável pelo recolhimento recorde de cerca de R\$ 1.000.000.000 (um bilhão de reais) a título apenas de Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM) no final de 2020, segundo a ANM²⁸. No geral, estima-se que em 2020 o setor tenha recolhido 36% a mais de tributos do que em 2019²⁹, repassando aos cofres públicos R\$ 72.000.000.000,00 (setenta e dois bilhões de reais) resultado da matriz de investimentos do setor privado no sentido da ampliação da participação da atividade extrativa mineral, na criação de valor no Brasil, intensificando a exploração de minas já operacionais, iniciando a exploração de novas jazidas, menos acessíveis e dotadas de teor mineral inferior; assim como facilitando a implantação e a ampliação de sistemas logísticos.

3.1 A importância socioeconômica

Em se tratando dos números de empregos formais, conforme dados do Ministério do Trabalho e Emprego apresentados pela Associação de Municípios Mineradores de Minas Gerais e do Brasil (AMIG)³⁰, o setor de extração mineral iniciou o segundo semestre de 2019 com 173.642 (cento e setenta e três mil, seiscentos e quarenta e dois) trabalhadores diretos e finalizou com 175.942 (cento e setenta e cinco mil, novecentos e quarenta e dois), gerando 2.300 (dois mil e trezentos) novos postos de trabalho, o que representou um crescimento do setor de 1,3% no período.

Afora os expressivos números econômicos citados acima, que influenciam diretamente o Produto Interno Bruto (PIB), é importante dizer que, além de gerar empregabilidade direta, esse número é incrementado por diversos empregos indiretos decorrentes das atividades acessórias à mineração.

28 BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional de Mineração. **Comunicado aos estados e municípios beneficiados pela CFEM.** Disponível em: <<https://www.gov.br/anm/pt-br/assuntos/noticias/comunicado-aos-estados-e-municipios-beneficiados-pela-cfem>>. Acesso em: 06 jun. 2021.

29 IBRAM. Instituto Brasileiro de Mineração. **Mineração brasileira doa cerca de R\$ 1 bilhão para prevenir e combater a covid-19.** Disponível em: <<https://ibram.org.br/noticia/mineracao-brasileira-doa-cerca-de-r-1-bilhao-para-prevenir-e-combater-a-covid-19/>>. Acesso em: 06 jun. 2021.

30 AMIG. Associação dos Municípios Mineradores de Minas Gerais e do Brasil. **O QUE A MINERAÇÃO REPRESENTA PARA A ECONOMIA BRASILEIRA.** Disponível em: <<https://www.amig.org.br/noticias/o-que-a-mineracao-representa-para-a-economia-brasileira>>. Acesso em: 13 jul. 2021.

Outrossim, baseado no Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM) de diversas cidades que possuem extração minerária, é possível concluir que a presença da mineração ocasiona números superiores no IDHM, em comparação a locais que não possuem essas atividades.

Um recente estudo publicado pela revista científica americana *Journal of Environmental Science and Engineering* 31 (em tradução livre, Jornal de Engenharia e de Ciência Ambiental), denominado “A Contribuição da Mineração para o Desenvolvimento dos Municípios”, demonstrou que os municípios mineradores alcançam índices mais elevados em comparação com os demais de seu estado. A média geral dos municípios brasileiros é de 0,659, ao passo que, nos municípios mineradores do estado do Pará, o indicador totaliza-se em 0,670. Isso faz com que os municípios mineradores estejam em até 93% a frente dos demais do estado do Pará. No estado de Minas Gerais, o número é ainda maior: o IDHM dos municípios com atividade mineral é de 0,731, superando o indicador de 91% dos municípios do estado que não têm atividade mineral.

De modo geral, estes dados evidenciam que, nas cidades com vocação mineral, os habitantes têm maiores oportunidades de acesso à saúde, educação, cultura e lazer. Ainda, a presença da atividade é vital para o município, pois permite que seja prestado um serviço público de qualidade à população e cria uma fonte de financiamento para o desenvolvimento local, atrelada ao fomento de políticas públicas adotadas com o objetivo de ampliar a matriz produtiva do município.

No que se refere aos impactos positivos, é impossível também não citar que, durante a pandemia do Covid-19, segundo o Instituto Brasileiro de Mineração (IBRAM)³², o setor de mineração industrial brasileiro já fez doações que totalizam aproximadamente R\$ 1.000.0000.000 (um bilhão de reais), visando tanto reduzir os riscos de contágio da população quanto proporcionar melhores condições para o atendimento aos acometidos pelo vírus, sendo um dos principais doadores nesse sentido.

Como se pode perceber, a importância da mineração para o desenvolvimento humano vai muito além do cenário econômico, pois os recursos minerais são indiscutivelmente um dos pilares da existência humana, sendo inimaginável a manutenção da sociedade (seja a passada, a contemporânea ou a futura) sem que haja tal atividade.

31 COMPANY, David Publishing. From Knowledge to Wisdom. **Revista de Ciência Ambiental e Engenharia B**. Disponível em: <<http://www.davidpublisher.com/index.php/Home/Journal/jese-B>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

32 IBRAM. Instituto Brasileiro de Mineração. **Mineração brasileira doa cerca de R\$ 1 bilhão para prevenir e combater a covid-19**. Disponível em: <<https://ibram.org.br/noticia/mineracao-brasileira-doa-cerca-de-r-1-bilhao-para-prevenir-e-combater-a-covid-19/>>. Acesso em: 06 jun. 2021.

4 ARCABOUÇO LEGAL

A extração mineral realizada no Brasil sempre esteve atrelada a algum arcabouço jurídico que especificasse as normas para uso e exploração da propriedade mineral. Seja no período colonial, imperial, republicano democrático ou ditatorial, esse setor sempre despertou disputas na elaboração dos marcos legais e institucionais (ANTONINO, 2019).

Segundo Marques Neto (2001, p 87), “toda elaboração normativa sofre fortes influências do sistema político e ideológico dominante em cada sociedade, às quais não está isenta, por seu turno, a própria elaboração teórico-científica, que não é absolutamente neutra”.

A base normativa da mineração encontra respaldo jurídico na Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 176, “caput”, definiu-a como de “interesse nacional”: “§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional.” (BRASIL, 1988).

De acordo com artigo 5º, “f”, do Decreto-Lei 3.365, de 21/6/1941, a atividade é considerada também como de “utilidade pública”: “Art. 5º. Consideram-se casos de utilidade pública: f) o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica;” (BRASIL, 1941).

E ainda o recente Regulamento do Código de Mineração, que instituiu normas sobre a pesquisa e o aproveitamento das minas e jazidas, instituído pelo Decreto nº 9.406, de 12 de junho de 2018, estabelece que: “Art. 2º São fundamentos para o desenvolvimento da mineração: I - o interesse nacional; II - a utilidade pública.” (BRASIL, 2018).

Em seara ambiental, retiramos da Resolução CONAMA 369, de 2006, a possibilidade do órgão ambiental, em casos excepcionais, autorizar a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente – APP fulcro a utilidade pública:

Art. 2º O órgão ambiental competente somente poderá autorizar a intervenção ou supressão de vegetação em APP, devidamente caracterizada e motivada mediante procedimento administrativo autônomo e prévio, e atendidos os requisitos previstos nesta resolução e noutras normas federais, estaduais e municipais aplicáveis, bem como no Plano Diretor, Zoneamento Ecológico-Econômico e Plano de Manejo das Unidades de Conservação, se existentes, nos seguintes casos:

I - utilidade pública:

c) as atividades de pesquisa e extração de substâncias minerais, outorgadas pela autoridade competente, exceto areia, argila, saibro e cascalho. (...)33

Como cita brilhantemente o autor José Ângelo Remédio Júnior, o novo Código Florestal inovou na matéria ao prever a mineração como uma das hipóteses para a utilização da área de preservação permanente como utilidade pública ou interesse social, de acordo com a substância objeto da mineração. Conforme disposição clara, da letra “b” do inciso VIII do art. 3º, do Novo Código Florestal, a mineração é definida como atividade de utilidade pública:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

VIII - utilidade pública:

b) as obras de infraestrutura destinadas às concessões e aos serviços públicos de transporte, sistema viário, inclusive aquele necessário aos parcelamentos de solo urbano aprovados pelos Municípios, saneamento, energia, telecomunicações, radiodifusão, bem como mineração, exceto, neste último caso, a extração de areia, argila, saibro e cascalho; (BRASIL, 2012).

Em tempos de Covid-19, foi editado o Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, que regulamentou a Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, definindo os serviços públicos e as atividades essenciais, consideradas indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, ou seja, aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

No dia 28 de março de 2020, o Ministério de Minas e Energia (MME), por meio da Portaria 135/2020, reiterou a essencialidade da produção dos insumos minerais, protegendo a sua pesquisa, lavra, beneficiamento, transformação, comercialização, transporte e entrega:

Art. 1º É considerada essencial a disponibilização dos insumos minerais necessários à cadeia produtiva das atividades essenciais arroladas nos incisos do § 1º, do art. 3º, do Decreto nº 10.282, de 20

33 CONAMA. **RESOLUÇÃO CONAMA Nº 369, DE 28 DE MARÇO DE 2006**. Disponível em: <<http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=5486#:~:text=RESOLU%C3%87%C3%83O%20CONAMA%20N%C2%BA%20369%2C%20DE%2028%20DE%20MAR%C3%87O,Permanente-APP.%20%28Publica%C3%A7%C3%A3o%20-%20Di%C3%A1rio%20Oficial%20da%20Uni%C3%A3o%209%2F03%2F2006%29>>. Acesso em: 23 ago. 2021.

de março de 2020, e realizada, dentre outros, pelos seguintes serviços e atividades:

I - pesquisa e lavra de recursos minerais, bem como atividades correlatas;

II - beneficiamento e processamento de bens minerais;

III - transformação mineral;

IV - comercialização e escoamento de produtos gerados na cadeia produtiva mineral; e

V - transporte e entrega de cargas de abastecimento da cadeia produtiva. (BRASIL, 2020).

4.1 Jurisprudência e doutrina

A jurisprudência brasileira é cediça no sentido de reconhecer a atividade minerária como de interesse nacional e de utilidade pública, decidindo pela manutenção da continuidade das operações em face dos conflitos de interesses, tendo reconhecida este caráter até mesmo pelo Código Florestal: “[...] que é considerado como atividade de interesse nacional e de interesse público. Tanto o é, que a matéria está prevista no texto constitucional, no Decreto-Lei nº 3.365/41 e, até mesmo, no Código Florestal.” (BRASIL, 2012).

Em Minas Gerais e Pará, são inúmeras as decisões nesse sentido:

A atividade minerária é de utilidade pública, devendo o interesse público prevalecer sobre o privado. (TJ-MG - AI: 10672120311101001 MG, Relator: Leite Praça, Data de Julgamento: 22/08/2013, Câmaras Cíveis / 17ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 03/09/2013).

(...)

A instituição de servidão minerária conforma-se ... nos termos do artigo 5º, alínea f, do Decreto-Lei nº 3.365/41, em que prevalece o interesse maior dos benefícios econômicos e sociais resultantes da atividade extrativa. (TRF-1 - AMS: 19113 MG 2000.38.00.019113-0, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 24/07/2006, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 10/08/2006 DJ p.75).

Contudo, ainda que diversos textos legais tenham atribuído tamanha relevância à mineração e a atividades acessórias, isso não foi suficiente para protegê-la e, por vezes, durante o cenário de crise provocada pela Covid-19, foi necessária a judicialização de questões atinentes à continuidade da atividade minerária. Várias foram as decisões judiciais em que, reconhecendo o caráter essencial da atividade, foram providas a sua manutenção durante os períodos de isolamento social, como se depreende dos julgados a seguir, citados por William Freire (2020), em seu artigo “Retrospectiva judicial de demandas ligadas à mineração”:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA (COVID-19). DECRETO MUNICIPAL Nº 3.675/20. MUNICÍPIO DE PATROCÍNIO. COMPETÊNCIA MATERIAL COMUM DOS ENTES FEDERADOS. PRECEDENTES NO STF. LEI FEDERAL Nº 13.979/20. DECRETO Nº 10.282/20. DEFINIÇÃO DE “ATIVIDADE ESSENCIAL”. CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRODUÇÃO DE FERTILIZANTES. CADEIA PRODUTIVA DE ALIMENTOS. ATIVIDADE ESSENCIAL. PERMISSÃO DE FUNCIONAMENTO PARCIAL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 3. A definição de “atividade essencial” (conceito jurídico indeterminado) pelo administrador caracteriza-se como ato vinculado nas hipóteses em que há certeza de que determinada atividade se enquadra ou não no conceito de essencialidade (zonas de certeza positiva e negativa). Noutro giro, quando a aplicação do conceito ao caso concreto gera dúvidas (zona cinzenta), o agente detém certa margem de liberdade ou discricionariedade na escolha da solução a ser adotada, e, em hipóteses tais, o ato administrativo não é passível de controle jurisdicional, em razão do princípio da separação dos poderes. 4. Não há dúvidas quanto à essencialidade da atividade de mineração, no tocante à produção de fertilizantes (zona de certeza positiva), porquanto integra a cadeia produtiva de alimentos, de forma que, aos gestores, não se apresenta possível restringir seu exercício. 5. Desse modo, a restrição completa de funcionamento da mineradora recorrente não merece prosperar, até porque vai de encontro às diretrizes estabelecidas em âmbito federal para o combate da pandemia (art. 21, XVIII, CF/88), notadamente as normas insertas no art. 3º, §2º, do Decreto Federal nº 10.282/20; art. 1º, inciso X, da Portaria nº 116, do MAPA e art. 1º, da Portaria nº 135/GM, do Ministério de Minas e Energia que, em suma, estabelecem serem considerados essenciais à cadeia produtiva de alimentos, os estabelecimentos destinados à produção de insumos agropecuários, sendo eles fertilizantes, defensivos, sementes e mudas, suplementação e saúde animal, rações e suas matérias primas. 6. O próprio Município de Patrocínio, no ato normativo impugnado (Decreto Municipal nº 3.675/20), resguardou a manutenção das atividades industriais essenciais no ramo de

alimentação e, posteriormente, editou o Decreto Municipal nº 3.677, no qual permitiu o funcionamento das lojas de insumos e defensivos agrícolas, donde se conclui até mesmo o Poder Público Municipal reconhece serem essenciais as atividades relacionadas à produção agrícola, devendo ser permitido o funcionamento parcial da recorrente.³⁴

Ainda, neste contexto:

Deste modo, entendo que o novo decreto emanado pelo Poder Público Municipal possui o mesmo condão de inviabilizar as atividades de mineração desempenhadas pela impetrante, haja vista que não poderá transportar seus funcionários nos horários especificados. Como é cediço, a mineração é uma atividade complexa, que foi reconhecida como essencial, e que não pode sofrer interrupções sob pena não só de prejuízos financeiros, mas sobretudo de segurança para os trabalhadores e para a comunidade. E neste sentido, a impetrante demonstrou devidamente situação fático-jurídica a demandar a intervenção do Poder Judiciário para suspender os efeitos de decreto editado pelo poder público Municipal que, torna impossível a continuidade da atividade de mineração desenvolvida pela impetrante. (...)³⁵

Conforme cita o autor Tiago Mattos (2020), em seu artigo publicado na Revista Jota, as decisões oriundas de disputas sobre a continuidade operacional das minas representam um posicionamento inicial interessante da resposta dada pelo Poder Judiciário aos desafios enfrentados pela mineração durante a crise. Sendo possível identificar, por meio delas, duas tendências:

(a) Os magistrados, de maneira geral, parecem sensíveis às dificuldades enfrentadas pelo setor mineral. Eles reconhecem a necessidade de sua manutenção operacional (desde que cercada de cuidados de saúde para proteção dos envolvidos) para evitar crises de abastecimento de produtos que dependam de insumos minerais.

(b) Ainda há espaço para a indústria mineral trabalhar, tanto em frente dos julgadores quanto em todas as instâncias, consideradas suas características especiais que justificam os instrumentos constitucionais e legais responsáveis por protegê-las e privilegiá-las.

4.2 Direito Comparado

34 FREIRE, William. Advogados Associados. **Retrospectiva judicial de demandas ligadas à mineração**. Disponível em: <<https://williamfreire.com.br/areas-do-direito/contencioso-estrategico/memorando-no-912020-assunto-retrospectiva-judicial-de-demandas-ligadas-mineracao/>>. Acesso em: 25 ago. 2021

35 Ibid.

Em breve análise do regime jurídico atribuído ao exercício da atividade minerária em países da América Latina, é identificado, com destaque expresso nas leis que instituem o Código de Mineração de nações com potencial mineral, como Argentina, Colômbia e Peru, a definição da mineração como de utilidade pública e de interesse nacional, conforme se pode extrair abaixo.

O autor, Renato Evaristo da Cruz Gouveia Neto³⁶, narra que na Argentina o código de minas impõe às lavras certas características especiais. Em sua análise a exploração das minas, sua exploração, concessão e outros atos consequentes, têm o caráter de utilidade pública e a operação não pode ser impedida ou suspensa, exceto nas hipóteses relativas à segurança pública, pela conservação dos bens e pela saúde ou existência dos trabalhadores. Conforme se depreende abaixo:

Art. 13. – La explotación de las minas, su exploración, concesión y demás actos consiguientes, revisten el carácter de utilidad pública.

La utilidad pública se supone en todo lo relativo al espacio comprendido dentro del perímetro de la concesión.

La utilidad pública se establece fuera de ese perímetro, probando ante la autoridad minera la utilidade inmediata que resulta a la explotación. (ARGENTINA, 1886).

Segundo William Freire³⁷, na Colômbia os recursos minerais são considerados como de utilidade pública, adotando-se ainda regras de arbitragem internacional:

Artículo 13. Utilidad pública. En desarrollo del artículo 58 de la Constitución Política, declárase de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases. Por tanto podrán decretarse a su favor, a solicitud de parte interesada y por los procedimientos establecidos en este Código, las expropiaciones de la propiedad de los bienes inmuebles y demás derechos constituidos sobre los mismos, que sean necesarios para su ejercicio y eficiente desarrollo. (COLOMBIA, 2001).

36 NETO, Renato Evaristo da Cruz Gouveia. **O Regime de Concessão de Lavra na Argentina**. LinkedIn. Disponível em: <<https://www.linkedin.com/pulse/o-regime-de-concess%C3%A3o-lavra-na-argentina-da-cruz-gouveia-neto/?originalSubdomain=es>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

37 FREIRE, William. Advogados Associados. **Direito Minerário Comparado**. Disponível em: <<https://williamfreire.com.br/areas-do-direito/direito-minerario/direito-minerario-comparado/>>. Acesso em: 25 ago. 2021.

No Peru, especificamente no prefácio do seu código de minas é atribuído o princípio da utilidade pública à indústria mineral:

PERU – Decreto Supremo n. 014- 92

Título Preliminar

(...)

V. La industria minera es de utilidad pública y la promoción de inversiones en su actividad es de interés nacional. (PERU, 1992).

Tem-se, pois, desta forma consignado a elevada importância em matéria jurídico-constitucional, no que concerne ao tratamento dado por países Sul-Americanos à mineração, que a consideram como de utilidade pública e de interesse nacional de forma expressa em seus textos normativos.

5 CONCLUSÃO

Em síntese conclusiva, cumpre enfatizar que em tudo o que pensemos a mineração estará presente: não há como imaginar o mundo sem a mineração. É público e notório a indispensabilidade da atividade mineral e devido à vasta utilização dos bens minerais, a atividade é considerada responsável pelo desenvolvimento nacional e econômico do Brasil, possibilitando ao país o desenvolvimento regional e a ocupação do território, além de outras nações mundo afora.

O contexto trago pela pandemia do Covid-19, apenas evidenciou a interdependência existente entre a sociedade e a mineração, na medida em que o setor é o fornecedor de insumos, com efeito cascata às diversas outras cadeias produtivas, ao passo que também depende dos mais variados insumos intrínsecos à sua manutenção operacional.

Em tempos de pandemia, a mineração foi considerada como atividade essencial e teve a continuidade das atividades asseguradas por decreto presidencial e portaria ministerial. As empresas do setor, duramente criticadas, foram essenciais no combate à Covid-19 pela manutenção das suas operações, com inúmeras ações de prevenção à disseminação empreendidas, que evitou um colapso no sistema econômico, além das doações bilionárias ao setor público de saúde, que fomentaram as políticas de combate à propagação do vírus.

Portanto, tem-se que o objetivo proposto foi atingido, uma vez que o estudo deste artigo demonstrou ser indubitável a importância social, econômica e histórica da mineração, concluindo-se que a atividade possui respaldo jurídico para manutenção da

continuidade de suas operações, ainda que em tempos atípicos, desde que respeitadas todas as medidas de saúde recomendadas pela Organização Mundial da Saúde - OMS e demais diretrizes do Ministério da Saúde, para contenção da disseminação da Covid-19.

REFERÊNCIAS

AMIG. Associação dos Municípios Mineradores de Minas Gerais e do Brasil. **O QUE A MINERAÇÃO REPRESENTA PARA A ECONOMIA BRASILEIRA**. Disponível em: <<https://www.amig.org.br/noticias/o-que-a-mineracao-representa-para-a-economia-brasileira>>. Acesso em: 13 jul. 2021.

ARGENTINA. **Código de Mineria**. Ley 1919. 25 de noviembre de 1886. Disponível em: <<http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/arg140853.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03 jun. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. De 24 de fevereiro de 1891. Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 03 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 9.406, de 12 de junho de 2018**. Regulamenta o Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, a Lei nº 6.567, de 24 de setembro de 1978, a Lei nº 7.805, de 18 de julho de 1989, e a Lei nº 13.575, de 26 de dezembro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9406.htm>. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2021**. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm>. Acesso em: 23 ago. 2021.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Gabinete do Ministro. **Portaria nº 135, de 28 de março de 2020**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/PRT/Portaria-135-20-MME.htm>. Acesso em: 24 ago. 2021.

BIANCHETTI, Mara. **Arrecadação da Cfem dá salto de 111% no Estado**. Diário do Comércio, Belo Horizonte, 5 de março de 2021. Disponível em: <<https://diariodocomercio.com.br/economia/arrecadacao-da-cfem-da-salto-de-111-no-estado>>. Acesso em: 16 jul. 2021.

BRASIL. Governo do Brasil. Retomada da Economia. **Produção mineral gera milhares de empregos no 1º trimestre de 2021**. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/energia-minerais-e-combustiveis/2021/04/producao-mineral-gera-milhares-de-empregos-no-1o-trimestre-de-2021>>. Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional de Mineração. **PDAC 2021: setor mineral reconhece progressos da ANM para alavancar o setor**. Disponível em: <<https://www.gov.br/anm/pt-br/assuntos/noticias/pdac-2021-setor-mineral-reconhece-os-avancos-da-anm-para-alavancar-o-setor>>. Acesso em: 05 jun. 2021.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional de Mineração. **Comunicado aos estados e municípios beneficiados pela CFEM**. Disponível em: <<https://www.gov.br/anm/pt-br/assuntos/noticias/comunicado-aos-estados-e-municipios-beneficiados-pela-cfem>>. Acesso em: 06 jun. 2021.

BIANCHETTI, Mara. Diário do Comércio. **Arrecadação da Cfem dá salto de 111% no Estado**. Disponível em: <<https://diariodocomercio.com.br/economia/arrecadacao-da-cfem-da-salto-de-111-no-estado>>. Acesso em: 06 jun. 2021.

COMPANY, David Publishing. From Knowledge to Wisdom. **Revista de Ciência Ambiental e Engenharia B**. Disponível em: <<http://www.davidpublisher.com/index.php/Home/Journal/jese-B>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

CONAMA. **RESOLUÇÃO CONAMA Nº 369, DE 28 DE MARÇO DE 2006**. Disponível em: <<http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=5486#:~:text=RESOLU%C3%87%C3%83O%20CONAMA%20N%C2%BA%20369%2C%20DE%2028%20DE%20MAR%C3%87O,Permanente-APP.%20%28Publica%C3%A7%C3%A3o%20-%20Di%C3%A1rio%20Oficial%20da%20Uni%C3%A3o%2029%2F03%2F2006%29>>. Acesso em: 23 ago. 2021.

COLOMBIA. **Ley 685 de 2001**. Agosto 15. Disponível em: <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=9202>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

FREIRE, William. Advogados Associados. **Direito Minerário Comparado**. Disponível em: <<https://williamfreire.com.br/areas-do-direito/direito-minerario/direito-minerario-comparado/>>. Acesso em: 25 ago. 2021.

FREIRE, William. Advogados Associados. **Retrospectiva judicial de demandas ligadas à mineração.** Disponível em: <<https://williamfreire.com.br/areas-do-direito/contencioso-estrategico/memorando-no-912020-assunto-retrospectiva-judicial-de-demandas-ligadas-mineracao/>>. Acesso em: 25 ago. 2021.

GUIMARÃES, Paulo Eduardo e CEBADA, Juan Diego Pérez. **Conflitos Ambientais na Indústria Mineira e Metalúrgica: o passado e o presente.** Centro de Investigação em Ciência Política (CICP), Portugal; Centro de Tecnologia Mineral, Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (CETEM/MCTI), Brasil: Évora e Rio de Janeiro, dezembro de 2015.

IBRAM. Instituto Brasileiro de Mineração. **Mineração aumenta produção em 15% no 1º trimestre e confirma 92 projetos.** Disponível em: <<https://ibram.org.br/noticia/mineracao-aumenta-producao-em-15-no-1o-trimestre-e-confirma-92-projetos/>>. Acesso em: 15 ago. 2021.

IBRAM. Instituto Brasileiro de Mineração. **Mineração brasileira doa cerca de R\$ 1 bilhão para prevenir e combater a covid-19.** Disponível em: <<https://ibram.org.br/noticia/mineracao-brasileira-doa-cerca-de-r-1-bilhao-para-prevenir-e-combater-a-covid-19/>>. Acesso em: 06 jun. 2021.

MATTOS, Tiago de. **Mineração, De Re Metallica, COVID-19 e a resposta preliminar do Poder Judiciário.** A essencialidade da atividade mineral, desde Georg Bauer até as decisões judiciais durante a pandemia de 2020. JOTA. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/mineracao-de-re-metallica-covid-19-e-a-resposta-preliminar-do-poder-judiciario-26042020>>. Acesso em: 25 ago. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento. **AI 0413011-43.2013.8.13.0000/MG.** 17ª Câmara Cível. Relator: Leite Praça. 22 de agosto de 2013. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116958974/agravo-de-instrumento-cv-ai-10672120311101001-mg/inteiro-teor-116959024>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança. **AMS 19113 MG 2000.38.00.019113-0.** Relator: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. 24 de julho de 2006. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2223720/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-19113-mg-20003800019113-0/inteiro-teor-100732262>>. Acesso em: 22 ago. 2021.

NETO, Renato Evaristo da Cruz Gouveia. **O Regime de Concessão de Lavra na Argentina.** LinkedIn. Disponível em: <<https://www.linkedin.com/pulse/o-regime-de-concess%C3%A3o-lavra-na-argentina-da-cruz-gouveia-neto/?originalSubdomain=es>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Índice de Desenvolvimento Humano**. Disponível em: <<https://www.br.undp.org/>>. Acesso em: 15 ago. 2021.

PERU. **Decreto Supremo nº 014-92-EM**. Jueves, 04 de junio de 1992. Disponível em: <https://www.peru.gob.pe/docs/PLANES/94/PLAN_94_DS%20N%C2%BA%20014-92-EM_2008.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2021.

TEIXEIRA, Ib. **Uma pequena história da mineração brasileira**. Revista Conjuntura Econômica (Especial): Volume 47, Número 11. Publicado: 29-11-1993. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rce/article/viewFile/53614/52328>>. Acesso em: 01 jun. 2021.

VILLAS-BÔAS, Ana Lúcia. (1995). **Mineração e Desenvolvimento Econômico: A questão nacional nas estratégias de desenvolvimento do setor mineral**. (1930-1964). Rio de Janeiro, CETEM/MCTI.

ANÁLISE DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NA GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS DOS INDÍGENAS REFUGIADOS DA ETNIA WARAO NO MUNICÍPIO DE PALMAS, TOCANTINS

VINÍCIUS RENATO DE PAULA PIRES:

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Tocantins – Campus Universitário de Palmas.

RENATA RODRIGUES DE CASTRO ROCHA

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo buscou estudar como a imigração forçada dos indígenas venezuelanos da etnia Warao pôs em cheque a promoção dos direitos humanos do refugiado em Palmas, Tocantins, a partir do ajuizamento de uma Ação Civil Pública, pois se encontravam em situação de rua, pedindo por “esmolas” nos semáforos. Para tanto, analisou-se, inicialmente, a relação jurídico-processual da matéria em questão, bem como os reflexos sociais e humanitários concretos, a partir dos ordenamentos jurídicos nacional e internacional. Foram consultados instrumentos normativos, entendimentos jurisprudenciais da Cortes Superiores, atos administrativos e judiciais internos, reportagens de veículos de imprensa locais, estudos sociais e etnológicos a respeito da temática indígena, além da literatura internacional especializada. As considerações finais sugerem que se trata de temática delicada, pela sua própria natureza jurídica, e que a Defensoria Pública da União realizou um trabalho produtivo ao propor a Ação Civil Pública, atendendo absolutamente todos os preceitos e fundamentos necessários.

Palavras-chave: Direitos Humanos dos Refugiados; Defensoria Pública da União; Ação Civil Pública; indígenas venezuelanos da etnia Warao.

ABSTRACT: The current article had sought to study how the forced immigration of Venezuelan Warao indigenous people has questioned the guarantee of the human rights of refugees in Palmas, Tocantins, since the proposal of the Public Civil Suit, because they were in a homeless situation, begging for “handouts” at traffic lights. For this purpose, the legal relationship of the matter in question, as well as the social and humanitarian reflexes, from the national and international legal systems were initially analyzed. Normative instruments, jurisprudential understandings of the Higher Courts, internal administrative and judicial acts, local press reports, social and ethnological studies on the indigenous theme, and specialized international literature were consulted. The final considerations suggest that this is a delicate subject, by its very legal nature, and that the Office of the Federal Public Defender did an efficient work in proposing the Public Civil Suit, fulfilling absolutely all the necessary precepts and foundations.

Keywords: Human Rights of Refugees; Federal Public Defender; Public Civil Suit; Venezuelan Warao indigenous people.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. REFUGIADOS E DIREITOS HUMANOS. 2.1 - Migração dos Refugiados Venezuelanos da etnia Warao para o Brasil e suas implicações para os Direitos Humanos. 3. ÓRGÃOS (LATU SENSU) ENVOLVIDOS NA TUTELA JURISDICIONAL DOS REFUGIADOS WARAO, EM PALMAS/TO. 3.1 - Fundação Nacional do Índio - FUNAI. 3.2 - União, Estados e Municípios. 3.3 - Secretaria de Habitação do Estado do Tocantins e Conselho Estadual do Conselho de Habitação. 4. ANÁLISE PROCESSUAL DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE Nº 1002493-31.2021.4.01.4300 QUANTO AOS PRECEITOS LEGAIS E À TUTELA JURÍDICA DO POVO EM ESTUDO. 4.1 - A adequação do procedimento da ACP. 4.2 - O preenchimento das condições da ação. 4.3 - A possibilidade e legalidade da concessão de tutela provisória de urgência para o amparo dos Warao, em Palmas, Tocantins. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Em virtude da crise sociopolítica, econômica e humanitária vivenciada na Venezuela, amplamente reconhecida pela Organização das Nações Unidas (ONU) e seus órgãos subjacentes, houve um expressivo aumento no fluxo migratório dos povos desse país, dentre eles os indígenas da etnia Warao, aos seus vizinhos da América Latina, a exemplo do Brasil, o que ensejou à motivação do presente trabalho.

Nesse mesmo sentido, o jornal EL PAIS (2020) abordou este aumento abrupto da migração de venezuelanos ao Brasil, cenário que, hoje, faz com que estes constituam a maior população estrangeira em território nacional brasileiro, em número superior a 260 mil pessoas, dos quais mais de 45 mil são refugiados, até o final de 2020, importando no dobro do que se verificava até dois anos atrás.

Porém, justamente pelo fato de que o Estado de Roraima - o original epicentro do fluxo imigratório - não pôde, justificadamente, administrar toda a situação, a União, com incentivos financeiros internacionais, iniciou o procedimento de "interiorização" desses povos, ou, em outras palavras, o incentivo para que outras cidades do Brasil viessem a receber os venezuelanos que foram forçados a deixar os seus lares.

Isso levou o governo brasileiro a tomar providências pautadas na ação interinstitucional direcionada, a partir de 2018, pela Operação Acolhida, com o objetivo de melhor estudar e lidar com os impactos dessa repentina movimentação de cidadãos estrangeiros sob a qualificação de refugiados.

Ao mesmo tempo, o município de Palmas, capital do Estado do Tocantins, foi uma das localidades que passaram a receber os referidos imigrantes, situação em que foi

evidenciada a ausência de políticas públicas e de preparo dos dois Entes supracitados, o que culminou em uma ação multifacetada dos órgãos e entidades competentes, a exemplo das Defensorias Públicas Estadual e Federal, além de representantes do Poder Público das respectivas áreas, a fim de que melhor se compreendesse a conjuntura.

Outrossim, é mister pontuar que o celeuma discutido concerne às aludidas omissões, além de manifestarem expresso descumprimento dos mandamentos maiores da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como daquilo que foi pactuado em Tratados de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, dão caráter de “lei morta” às Legislações Federal e Estadual que foram idealizadas a fim de que se fossem cumpridas as disposições maiores, além de impactar, de forma direta, na dignidade desse povo que já tanto sofreu e hoje apenas clama por uma existência plausível e que é prevista no ordenamento jurídico pátrio.

No que diz respeito ao aspecto processual, ressalta-se que, justamente pela natureza intrínseca ao instituto jurídico da tutela provisória, segundo a lei, a Doutrina e os posicionamentos dos Tribunais, a característica que mais predomina é a precariedade da decisão, uma vez que pode ser modificada e revogada a qualquer tempo, a depender do resultado do contraditório judicial do caso concreto.

Nessa ótica, apenas é evidenciada a atualidade e importância deste trabalho, que não se limitou ao estudo de fatos pretéritos, mas sim de uma conjuntura que é presente e que, inclusive, pode restar ainda mais evidenciada ao passar dos anos, uma vez que os processos migratórios na América do Sul estão longe de se darem por finalizados, em virtude das iminentes crises humanitárias.

Diante do exposto, a partir do método de abordagem hipotético-dedutivo, o presente artigo teve por objetivo analisar a atuação da Defensoria Pública da União na garantia dos direitos fundamentais dos povos indígenas da etnia Warao refugiados no município de Palmas, Tocantins. No que tange aos aspectos metodológicos, foi empregado o método qualitativo e documental na execução do estudo. Isto posto, realizou-se um levantamento bibliográfico e análise processual. Foram consultados instrumentos normativos, entendimentos jurisprudenciais da Cortes Superiores, atos administrativos e judiciais internos, reportagens de veículos de imprensa locais, estudos sociais e etnológicos a respeito da temática indígena, além da literatura internacional especializada.

Por fim, este trabalho buscou contribuir nas áreas dos Direitos Humanos dos Refugiados, bem como do Direito Constitucional e do Direito Internacional, balizados no Direito Processual Civil, tendo como respaldo o Direito Estadual Habitacional, ao melhor analisar e identificar as respectivas afrontas aos direitos fundamentais à saúde, à moradia e à alimentação pertinentes aos povos indígenas da etnia Warao residentes no Município de Palmas, no Estado do Tocantins.

2. REFUGIADOS E DIREITOS HUMANOS

Inicialmente, o refugiado pode ser conceituado como a pessoa humana que procura por asilo em país diverso do de sua origem, almejando proteção do estado estrangeiro (JUBILUT, 2007).

Desta mesma sorte, é imperioso destacar que o refugiado não se confunde com migrante (*latu sensu*), sendo este um gênero do qual aquele é uma de suas espécies. Ora, o migrante é qualquer pessoa que deixa a sua residência original e simplesmente busca por outra, pelos mais diversos motivos, não necessariamente entrelaçados a uma questão de proteção humanitária, comumente impulsionada por crises das mais diferentes naturezas, a exemplo das de cunho socioeconômico.

O refugiado, por outro lado, tem sua motivação no asseguramento de seus direitos básicos, inerentes ao cidadão nele mesmo, como os direitos à alimentação, moradia e saúde que, inclusive, contam com o *status* constitucional de “direitos sociais” conforme a disciplina da Constituição Federal, em seu Art. 6º, *caput* (BRASIL, 2021).

Ademais, nas observações de Masson (2021), é necessário esclarecer que os direitos sociais, por sua vez, também são concebidos como espécie do gênero direitos fundamentais, consistindo sua diferenciação apenas no tocante ao cunho de aplicabilidade. Apesar de existir uma sutil distinção, não é razoável buscar classificar esses dois grupos de direitos como se fossem essencialmente diferentes, pois não o são, uma vez que a Carta Magna disciplina acerca dos direitos fundamentais em capítulos estranhos ao do Artigo 5º.

Nesse mesmo sentido, nas lições de Jubilut (2007), a Constituição Federal elenca, em seu primeiríssimo artigo, os seus fundamentos, dentre eles, a dignidade da pessoa humana, que tem o condão de nortear toda a proteção dos direitos humanos dentro do território brasileiro. Por conseguinte, o artigo 3º diz respeito aos objetivos fundamentais, de modo a obrigar a todos (Administração Pública Direta e Indireta, de todos os níveis, bem como seus agentes públicos e, também, a própria sociedade civil) a se comprometerem com a sua efetivação do referido metaprincípio constitucional.

Quanto à divisão didática e teleológica, Jubilut (2007) também pontua que, apesar de o Direito Internacional dos Refugiados ser um ramo Direito Internacional dos Direitos Humanos, ambos apresentam o mesmo objeto, o mesmo método, os mesmos sujeitos e os mesmos princípios e finalidades, quais sejam: a proteção da pessoa humana na ordem internacional; regras internacionais a fim de assegurar essa proteção; o ser humano enquanto beneficiário e o Estado enquanto destinatário e encarregado principal das regras, pautadas na dignidade da pessoa humana.

Não obstante, o ordenamento jurídico brasileiro conta com uma Lei específica que também se preocupa em fornecer a conceituação legal do termo "refugiado", qual seja a Lei Federal nº. 9.474/1997 (BRASIL, 1997), logo em seu Artigo 1º, *in verbis*:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país (BRASIL, 1997, p.1).

Imperioso, de igual modo, é pontuar que o Brasil é signatário da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (ONU, 1951), posteriormente regulamentada e internalizada pela já citada Lei Federal nº 9.474, que assegura, logo em seus preceitos iniciais, que além de não haver qualquer forma de discriminação, os refugiados têm direito de estar em juízo, gozando do exato mesmo tratamento concedido a um nacional. Assim sendo, ainda que a Lei da Ação Civil Pública não discipline expressamente que também se aplica a refugiados, a legislação internacional resguarda clara e plenamente este direito.

No que tange ao contexto histórico, tem-se que a referida Convenção foi inicialmente adotada em 1951, entrando em vigor em 1954, sendo o Alto Comissariado da Organização das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), localizando-se sua sede em Genebra, Suíça. De acordo com o seu Estatuto, suas funções primordiais, são providenciar proteção internacional e buscar soluções permanentes para o problema dos refugiados. Trata-se, conforme o §2º, de um trabalho puramente humanitário e apolítico. A Convenção é, ainda hoje, a base de toda a legislação internacional sobre os direitos humanos, como um todo.

Ademais, após a edição de seu Protocolo de 1967 (ONU, 1967), concluído em Nova York, em Janeiro de 1967, essa pretensão a nível internacional foi finalmente viabilizada, eliminando a barreira meramente temporal de 1º de Janeiro de 1951, que dificultava o alcance da norma. No Brasil, devido ao fato de ser signatário do daquele, ocorreu a internalização do referido instrumento, por meio do Decreto nº. 70.946/72, que elucida, em seus preceitos iniciais, justamente a superação do marco temporal supracitado:

O Estados partes no presente protocolo,

Considerando que a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados assinada em Genebra, a 28 de julho de 1951 (doravante denominada Convenção), só se aplica às pessoas que se tornaram refugiados em decorrência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951.

Considerando que surgiram novas categorias de refugiados desde que a Convenção foi adotada e que, por isso, os citados refugiados não podem beneficiar-se da Convenção,

Considerando **a conveniência de que o mesmo Estatuto se aplique a todos os refugiados compreendidos na definição dada na Convenção, independentemente da data-limite de 1º de janeiro de 1951** (BRASIL, 1978, p. 1). *Grifo nosso.*

Por fim, ainda no tocante à legislação internacional, também é plausível mencionar a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais (OIT, 1989), que posteriormente foi consolidada e internalizada pelo recente Decreto n.º 10.088 (BRASIL, 2019), postula precisamente quem são considerados povos indígenas tribais, para todos os efeitos:

Artigo 1º

1. A presente convenção aplica-se:

a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos

aos que se aplicam as disposições da presente Convenção (BRASIL, 2019, p.1).

2.1 Migração dos Refugiados Venezuelanos da etnia Warao para o Brasil e suas implicações para os Direitos Humanos

Em virtude da crise sociopolítica, econômica e humanitária vivenciada na Venezuela, amplamente reconhecida pela Organização das Nações Unidas - ONU e seus órgãos subjacentes, houve um expressivo aumento no fluxo migratório dos povos desse país, dentre eles os indígenas da etnia Warao, aos seus vizinhos da América Latina, a exemplo do Brasil.

Segundo Pinto e Obregon (2019), ainda que seja uma tarefa difícil determinar uma data exata, em virtude de sua natureza essencialmente multifacetada e cumulativa, a Venezuela, aproximadamente desde a morte do então Presidente Hugo Chávez, em 2013, veio enfrentando um colapso de naturezas multifatoriais e com consequências diversas, em virtude do completo esgotamento do sistema econômico adotado pelo país.

Nesse sentido, como bem documentado pelo ACNUR (2019, p 10), “muitos venezuelanos buscam tratamento de saúde no Brasil, ou acabam contraindo doenças ou enfermidades durante o deslocamento, em razão da dificuldade de acesso a serviços básicos de saúde no país de origem”, o que apenas evidencia o desespero pela busca do refúgio.

O jornal EL PAIS (2020) abordou esse aumento abrupto da migração de venezuelanos ao Brasil, cenário que, hoje, faz com que estes constituam a maior população estrangeira em território nacional brasileiro, em número superior a 260 mil pessoas, das quais mais de 45 mil são refugiadas, até o final de 2020, importando no dobro do que se verificava até dois anos atrás.

Segundo a reportagem especializada supracitada, a maior parte dos migrantes buscou se situar no Estado de Roraima, devido à condição fronteira com a Venezuela. Porém, justamente pelo fato de que aquele - o original epicentro do fluxo imigratório - não pôde, justificadamente, administrar toda a situação, a União, com incentivos financeiros internacionais, iniciou o procedimento de “interiorização” desses povos, ou, em outras palavras, o incentivo para que outras cidades do Brasil viessem a receber os venezuelanos que foram forçados a deixar os seus lares, devido ao desafio que se tornou manter uma vida digna naquele local.

Isso levou o governo brasileiro a tomar providências pautadas na ação interinstitucional direcionada, a partir de 2018, pela Operação Acolhida, com o objetivo de melhor estudar e lidar com os impactos dessa repentina movimentação de cidadãos

estrangeiros sob a qualificação de refugiados, dentre eles, estavam presentes os indígenas venezuelanos da etnia Warao.

Nessa perspectiva, como bem apresenta Durazzo (2020, p.1), a presença desse povo no território brasileiro vem crescendo de maneira paulatina, sendo naturalmente agravada em tempos recentes, devido à delicada conjuntura supracitada. Segundo o já citado doutor em Antropologia Social pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN:

O povo Warao, tradicionalmente habitantes do delta do rio Orinoco (Venezuela), são um grupo étnico bastante diverso no que tange a suas formas de organização social e costumes, compartilhando uma língua comum, também chamada Warao, e totalizando, atualmente, cerca de 49 mil indivíduos. **No Brasil, há registros de sua presença migratória desde pelo menos 2014, tendo esta se intensificado em anos recentes.** Pela localização geográfica da Venezuela, os primeiros locais de migração para terras brasileiras se deram no **Norte do país** (Roraima, Amazonas, Pará). Tal fluxo logo se expandiu para outras capitais, já no Nordeste, como as do estado do Maranhão, Piauí e Ceará, e mais recentemente Rio Grande do Norte, Paraíba e Pernambuco. **No Rio Grande do Norte, no primeiro semestre de 2020, estima-se a presença de cerca de 40 famílias da etnia**, tanto em Natal quanto em Mossoró (DURAZZO, 2020, p.1).
Grifo nosso.

Ainda nessa perspectiva, a respeito dos indígenas Warao, o Ministério Público Federal (2017, p. 8) possui um parecer antropológico minucioso que buscou estudar as peculiaridades desse povo, a saber: "Na atual conjuntura econômica venezuelana, o deslocamento de indígenas Warao para as cidades brasileiras é motivado fundamentalmente pela busca de alimentos, trabalho fixo ou temporário e dinheiro, além do acesso à saúde".

Em acréscimo, segundo a literatura estrangeira especializada de Yamada e Torelly (2018, p 65): "A heterogeneidade cultural dos Warao, advinda da multiplicidade de povos no período pré-colonial no Delta do Rio Orinoco e suas adjacências e reunida em torno de uma unidade linguística, são características marcantes deste povo indígena".

Por conseguinte, como levantado no bojo da petição inicial da Ação Civil Pública de processo nº 1002493-31.2021.4.01.4300 (2019), que tramita na 3ª Vara Federal, do TRF-1, SJ/TO, o município de Palmas, capital do Estado do Tocantins, foi uma das localidades que passaram a receber os referidos imigrantes, situação em que foi evidenciada a ausência de políticas públicas e de preparo dos dois Entes supracitados, o que culminou em uma ação multifacetada dos órgãos e entidades competentes, a exemplo das Defensorias Públicas

Estadual e Federal, além de representantes do Poder Público das respectivas áreas, a fim de que melhor se compreendesse a conjuntura.

Inclusive, de forma a evidenciar a atualidade do celeuma, alguns veículos de imprensa locais buscaram tratar do assunto, devido ao fato de que os refugiados em questão se encontravam em situação de rua, insistindo em doações e “esmolos” e, infelizmente, valendo-se da condição manifestamente desumana e indigna (TV ANHANGUERA, 2019) ; (JORNAL GAZETA DO CERRADO, 2021); (FRANÇA, 2021).

3. ÓRGÃOS (*LATU SENSU*) ENVOLVIDOS NA TUTELA JURISDICIONAL DOS REFUGIADOS WARAO, EM PALMAS/TO

Nos ensinamentos de Bobbio (1997), em virtude de o direito programático “frio” - aquele que é previsto unicamente na norma - não ter a capacidade de se materializar no campo dos fatos, é natural que o Estado, enquanto entidade, busque criar mecanismos para que se eventuais direitos se tornem uma realidade, no plano concreto.

No caso do sistema jurídico-administrativo brasileiro, a repartição de competências ou atribuições se dá pela Administração Pública Direta e Indireta, bem como pelos seus respectivos agentes públicos, no exercício da função (PIETRO, 1993).

Dessa forma, conforme será explanado a seguir, a articulação de diferentes órgãos, no sentido genérico, se dá de maneira peculiar, a depender do caso concreto, uma vez que determinadas diretrizes normativas precisam ser observadas, a fim de que se atinja a adequada assistência estatal.

3. 1 Fundação Nacional do Índio - FUNAI

A Fundação Nacional do Índio (FUNAI), segundo sua página oficial virtual (BRASIL, 2020) é pessoa jurídica de direito público interno, na modalidade de autarquia federal de regime especial (PIETRO, 1993), sendo o órgão indigenista oficial do Estado Brasileiro. Foi criada por meio da Lei nº 5.371/1967 (BRASIL, 1967), vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, é a coordenadora e principal executora da política indigenista do Governo Federal. Segundo a própria autarquia:

Cabe à Funai **promover estudos de identificação e delimitação** (...). A Funai também coordena e implementa as políticas de **proteção aos povos isolados e recém-contatados**. A atuação da Funai está orientada por diversos princípios, dentre os quais se destaca o **reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas, buscando o alcance da plena autonomia e autodeterminação dos povos indígenas** no

Brasil, contribuindo para a consolidação do Estado democrático e pluriétnico (BRASIL, 2020). *Grifo nosso*.

Contudo, ainda que de certa forma atípico, a FUNAI, em tese, deve ser contatada nos casos de quaisquer ocorrências concernentes a assuntos essencialmente indígenas e, em havendo ações judiciais, deve ser citada para integrar como parte legítima.

Não obstante, é dever da entidade estabelecer a articulação interinstitucional voltada à garantia do acesso diferenciado aos direitos sociais (*latu sensu*) e de cidadania aos povos indígenas, através da execução de políticas voltadas à seguridade social e educação escolar indígena, bem como promover o fomento e apoio aos processos educativos comunitários tradicionais e de participação e controle social.

Nessa ótica, segundo jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça (STJ), é imperioso ressaltar que a Funai é, sim, parte legítima processual nas causas que digam respeito a povos indígenas estrangeiros que se encontram no Brasil, desde que concernente ao interesse indígena.

A título de exemplo, fixa-se a decisão do referido Egrégio Tribunal Superior, sobre uma ação de reintegração de posse:

ADMINISTRATIVO. TERRAS INDÍGENAS. DEMARCAÇÃO. ART. 63 DA LEI Nº 6.001/73. NECESSÁRIA OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. O art. 63 da Lei nº 6.001/73 determina que "**nenhuma medida judicial será concedida liminarmente em causas que envolvam interesse de silvícolas ou do Patrimônio indígena, sem prévia audiência da União e do órgão de proteção ao índio**". Assim, deve ser anulada a decisão que concedeu liminar de reintegração de posse de terras em processo de demarcação sem atentar para a regra insculpida nesse dispositivo legal. 2. Prejudicada a análise do mérito da liminar concedida. 3. Recurso especial provido. (REsp 840.150/BA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/04/2007, DJ 23/04/2007, p. 246) BRASIL, 2007, p.1). *Grifo nosso*.

Frisa-se que, apesar de não ser uma ação idêntica, há perfeita correlação com o objeto do presente trabalho, no que diz respeito à mera legitimidade da autarquia de regime especial em análise. Em consequente, o Relator e Ministro do STJ Castro Meira melhor explora essa questão, ao decidir que:

Malgrado as ponderações deduzidas no julgado, não há dúvida de que se **impõe ao julgador as oitivas obrigatórias da União e da Funai em causas de interesse dos índios**, o que grava de nulidade

insanável a decisão de primeiro grau que deferiu a medida acautelatória. (REsp 840.150/BA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/04/2007, DJ 23/04/2007, p. 246) BRASIL 2007, p.1). *Grifo nosso*.

Não obstante, por força do Estatuto dos Refugiados (Lei n. 9.474/97) e da Lei de Migração (Lei n. 13.445/2017), há o reforço normativo no que diz respeito à garantia de acesso aos serviços públicos essenciais de saúde sem qualquer discriminação entre nacionais e estrangeiros, ficando a Funai, igualmente, vedada de conceber tratamento discriminatório aos refugiados e migrantes. Facilita-se, assim, o acesso à justiça àqueles que mais precisam.

Por fim, no caso concreto que é objeto do presente trabalho, decidiu o Juiz Federal competente que a Funai, a contar da Decisão Interlocutória, passasse a acompanhar a situação enfrentada pelos Waraos, de modo a prestar todo e qualquer suporte técnico que se fizesse necessário, indicando, inclusive, políticas públicas que estão, ou não, sendo aplicadas.

3.2 União, Estados e Municípios

A Carta Magna, em seu Artigo 23, é precisa em elencar o rol de competências comuns dos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), principalmente no que diz respeito à concretização de certos direitos fundamentais. Por “competência comum”, ensina a Doutrina de José Afonso da Silva (2014) que diz respeito a atribuições administrativas e de cunho programático, a exemplo de políticas públicas, não podendo se confundir com a competência concorrente, uma vez que esta mais se relaciona à matéria sujeita à deliberação legislativa.

Conforme o exposto, preceitua o referido dispositivo:

Art. 23. 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;

IX - promover **programas de construção de moradias** e a melhoria das **condições habitacionais** e de saneamento básico;

X - combater as **causas da pobreza e os fatores de marginalização**, promovendo a **integração social dos setores desfavorecidos** (BRASIL, 1988). *Grifo nosso*.

Destarte, também prevê o Artigo 196, da Constituição Federal, que a saúde é direito de todos - inclusive povos indígenas - e dever do Estado, sendo de atribuição deste a viabilização de políticas sociais que venham a concretizar o referido direito.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Em consonância, na decisão do Sr. Ministro Celso de Melo, referente ao **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE**, julgado em 17/03/2010, ficou demonstrado que eventual alegação da cláusula da reserva do possível - o que ocorreu na Contestação da presente ACP em análise - não afasta o dever legal do ente indicado como responsável pela CRFB/88.

O Sr. Ministro, atuando junto ao STF, assim decidiu:

É destacado o fato de que a responsabilidade estatal de efetivação dos direitos fundamentais de caráter social se expressa como determinante limitação à discricionariedade da Administração. Portanto, não é justificável a invocação da **cláusula da reserva do possível** pelo Estado para se desobrigar, de forma dolosa, do adimplemento de seus deveres constitucionais, a não ser quando houver motivação justificada.

A decisão alocativa é caracterizadamente um dilema, que se evidencia no conflito dialético entre o dever estatal de concreção e realização da saúde em favor da população e, do outro, as dificuldades enfrentadas pelo governo para que seja possível adimplir com esses deveres em virtude da escassez de recursos.

Mesmo que se reconheça o caráter programático da norma do art. 196 da Constituição, esta **não pode ser vista como uma promessa irrelevante**. A atuação judicante - de confirmação do direito na jurisprudência - é fundamentada principalmente no desempenho de sua função precípua que é assegurar a prevalência da Lei Maior que, em diversas ocasiões, fora violada por omissões do ente público; daí decorre a necessidade institucional de colmatação dessas omissões institucionais em âmbito jurisdicional. Ademais, reitera-se o **princípio da proibição do retrocesso**, cujo conteúdo impossibilita o regresso (o desfazimento) de conquistas já realizadas pelo cidadão

ou grupo social que integra; desse modo, **não há margem para que sejam desfeitas ou diminuídas**, a não ser em situações de políticas compensatórias. (STA 175-AgR/CE. Rel. MINISTRO CELSO DE MELO. Julgado em 17/03/2010) (BRASIL, 2010, p.1) *Grifo nosso*.

Nesse sentido, na Decisão Interlocutória do órgão jurisdicional de primeiro grau responsável pelo julgamento da ACP em apreço, foi determinado que a União, o Estado do Tocantins e o Município de Palmas, todos estes, tomassem as medidas cabíveis à tutela dos Waraos, a exemplo da garantia de alimentação, acolhimento e inscrição e verificação de cadastro no programa Bolsa Família.

Vislumbra-se, assim, a concretização da supracitada competência comum, no caso concreto.

3.3 Secretaria de Habitação do Estado do Tocantins e Conselho Estadual do Conselho de Habitação

No âmbito do Direito Estadual Tocantinense, com fulcro na Lei Estadual 2.674/97 (TOCANTINS, 1997), existe a previsão de um instrumento denominado “Programa Aluguel Social”, que é definido logo em seu Artigo 1º:

Art. 1º É instituído o Programa Aluguel Social, gerido pela Secretaria da Habitação, com **finalidade de custear, integral ou parcialmente, a locação de imóveis residenciais em caráter de emergência e por tempo determinado** (TOCANTINS, 1997). *Grifo nosso*.

Quanto aos sujeitos passivos desse programa, é importante pontuar que há perfeita correlação dos indígenas Waraos com aquilo que é previsto pela Lei, em seu Artigos 3º, o que evidencia a situação deplorável na qual eles se encontravam. Em destaque, tendo por análise o inciso I, percebe-se que a pandemia do Covid-19 restou por preencher a condição de “calamidade pública ou situação de emergência”, visto que, à época, sequer era a vacinação uma realidade fática. O referido Artigo prevê, *in verbis*:

Art. 3º Tem direito à concessão do benefício o grupo familiar que:

- I - **esteja em perigo, decorrente de calamidade pública ou situação de emergência;**
- II - necessite desocupar imóvel em estado de risco estrutural declarado pelos órgãos competentes;
- III - tenha comprovada situação de **alta vulnerabilidade social;**

IV - não tenha possibilidade de acomodação em casas de parentes (TOCANTINS, 1997). *Grifo nosso.*

Quanto aos requisitos a serem preenchidos para a concessão do benefício, estes se encontram no rol cumulativo do Artigo 4º. Nota-se que os Waraos se enquadram em todos eles, inclusive o previsto no inciso IV, que é o de estar na situação excepcional de estarem alojamento-abrigo provisório.

Nesse sentido, como será posteriormente demonstrado, os Waraos tiveram um abrigo cedido por uma igreja local que, contudo, não poderia conceder o uso do imóvel para sempre, por limitação temporal e assistencial próprias. Além disso, a família não possuía qualquer fonte de renda, vivendo, no máximo, de doações e "esmolas", como já dito anteriormente. Tampouco possuíam imóvel, pois estavam em situação de rua.

Quanto ao cadastro no CadÚnico, ainda que os indígenas ainda não estivessem inscritos, determinou a Justiça Federal que os entes federativos competentes procedessem, com urgência, à sua inscrição. Dessa forma, finalmente, viabilizaria o Aluguel Social.

Art. 4º São requisitos, para adesão do grupo familiar, ao Programa Aluguel Social, cumulativamente:

I - residir no município há pelo menos dois anos, ou **excepcionalmente, estar em alojamento-abrigo provisório por interferência de programas públicos;**

II - ter renda familiar de até três salários mínimos;

III - não possuir outro imóvel;

IV - ser cadastrado no Cadastro Único para Programas Sociais - CadÚnico

(TOCANTINS, 1997, p.1). *Grifo nosso.*

Não obstante, os sucintos Artigos 11 e 12 acabam por estabelecer as atribuições da Secretaria da Habitação e do Conselho Estadual de Assistência Social - CEAS-TO, que podem ser resumidas em ações que viabilizem a devida execução do supracitado programa.

Art. 11. Cumpre à Secretaria da Habitação: I - celebrar convênios e outros instrumentos congêneres com vistas à implementação do Programa Aluguel Social; II - baixar os regulamentos complementares para o cumprimento desta Lei.

Art. 12. Incumbe ao Conselho Estadual de Assistência Social - CEAS-TO acompanhar a realização do Programa Aluguel Social (TOCANTINS, 1997, p.1)

Por fim, cabe ressaltar que a DPU - Defensoria Pública da União expressamente requereu ao Judiciário pela concessão do auxílio, em virtude da delicadíssima situação pela qual os Waraos estavam enfrentando, o que foi, posteriormente, concedido na Decisão Interlocutória.

4. ANÁLISE PROCESSUAL DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE Nº 1002493-31.2021.4.01.4300 QUANTO AOS PRECEITOS LEGAIS E À TUTELA JURÍDICA DO POVO EM ESTUDO

Inicialmente, é imperioso pontuar que o caso em apreço envolve fortemente, sobretudo, três áreas didáticas do Direito, quais sejam: Constitucional, Internacional e Processual Civil, interdependentes entre si, o que apenas denota a complexidade e interdisciplinaridade da causa.

Ademais, o presente trabalho terá por objetivo a análise processual da ACP em estudo, de modo que serão estudados os aspectos concernentes ao processo em si, proposta perante à Justiça Federal.

Dessa forma, serão feitos comentários acerca de alguns institutos jurídicos pleiteados, os quais se destacam **a)** a adequação do procedimento da ACP; **b)** o preenchimento das condições da ação; **c)** a possibilidade e legalidade da concessão de tutela provisória de urgência para o amparo dos Waraos em Palmas, Tocantins.

4.1 A adequação do procedimento da ACP

A Ação Civil Pública (ACP) é disciplinada na Lei n.º 7.347/85 (BRASIL, 1985) e constitui um instrumento processual especial, de natureza não criminal, que visa tutelar interesses metaindividuais, podendo ser proposta, apenas, por aqueles legitimados em seu rol. É nesse sentido que esclarece Mazzilli (2014), inclusive pontuando a referida ação independe do nome atribuído à peça processual proposta:

Sob o enfoque puramente legal, **será ação civil pública qualquer ação movida com base na Lei 7.347/85, para a defesa de interesses transindividuais**, ainda que seu autor seja uma associação civil, um ente estatal, o próprio Ministério Público, ou qualquer outro colegitimado; será ação coletiva qualquer ação fundada no artigo 81 e s. do CDC, que verse a defesa de direitos transindividuais (MAZZILLI, 2014). *Grifo nosso.*

Destarte, a ACP é aplicada de maneira harmônica com CPC, observada a subsidiariedade deste último, conforme a redação do Artigo 19 da Lei da ACP: “Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, **naquilo em que não contrarie suas disposições**”. Grifo nosso.

Contudo, ao artigo supramencionado, apenas deve ser feita a breve observação de que a dinâmica processual civil hoje vigente é regida pelo NCPC, previsto na Lei 13.105/15 (BRASIL, 2015).

Não obstante, a referida Lei, logo em seu Artigo 1º, elege as matérias que podem ser pleiteadas via ACP, sendo que, no infeliz caso dos indígenas refugiados em apreço, nota-se perfeita correlação ao inciso VII, ora transcrito:

Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, **as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais** causados:

VII – **à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos** ou religiosos (BRASIL, 1985, p.1). *Grifo nosso.*

Conforme já explanado nos capítulos iniciais, a situação de hipervulnerabilidade social, causada pelo completo desamparo dos Waraos, que estavam sem quaisquer recursos, inclusive saúde, alimentação e habitação, por si só, já ensejaria à utilização da ACP. Tanto é verdade que a própria Justiça Federal conheceu da ação, procedendo à intimação das partes - o que será estudado em seguida.

4. 2 O preenchimento das condições da ação

O NCPC, por mais que não faça menção expressa às condições da ação, disciplina em seu Artigo 17 que é imprescindível a demonstração do interesse de agir, bem como da legitimidade para o ajuizamento da ação. Nesse sentido, segundo os ensinamentos de Didier (2021) a legitimidade *ad causam* diz respeito às pessoas ou sujeitos que podem ser parte do processo, podendo ser subdividida em ativa (aquele que propõe a ação, sendo autor) ou passiva (aquele contra quem a ação é proposta, figurando como réu).

Por outro lado, também segundo o referido Professor, o interesse de agir está relacionado ao binômio necessidade/adequação. Assim, a necessidade reflete a impossibilidade do conflito ser solucionado por outros meios senão pelo Poder Judiciário, enquanto que, a adequação diz respeito à proporcionalidade, exigindo que a tutela jurisdicional pleiteada e, eventualmente, concedida pelo Estado-juiz, a fim de que se solucione o dano arguido, não seja excessiva.

Não obstante, quanto ao pedido da ação, observa-se que foi, sim, proporcional, uma vez que a DPU apenas pleiteou pelo amparo completamente justificado dos Waraos, dando o valor à causa de R\$20.000,00 (vinte mil reais).

Destarte, de acordo com o explicado anteriormente, o CPC será aplicado subsidiariamente à Lei da ACP, naquilo que não houver contradição com esta. Nessa ótica, a Lei 9.437/85 (BRASIL, 1985), no Artigo 5º, inciso II, expressamente prevê que a Defensoria Pública tem legitimidade para propor a ação civil pública, seja em seu pedido principal, seja em sede de ação cautelar.

Frisa-se, ainda, que, conforme o parágrafo 1º, do referido Artigo, o “Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei”, o que também foi concretizado no caso concreto, o que permitiu, inclusive, que o Ministério Público Federal (MPF) juntasse valiosos documentos sociológicos referentes aos Waraos.

Ademais, a respeito da competência dos juízes federais, de modo a elucidar a cristalina competência federal do processo ora estudado (o que, por consequência, acarreta em causa a ser proposta pela Defensoria Pública da União, e não do Estado), preceitua o Artigo 109, da Carta Magna, em seus incisos correlatos, que:

Art. 109. Aos **juízes federais** compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho

II - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo

XI - a disputa sobre direitos indígenas (BRASIL, 1988, p.1). *Grifo nosso.*

Dessa forma, percebe-se que, sim, estão atendidos as condições da ação, de maneira que a propositura desta se encontrou em perfeita observância aos moldes normais e constitucionais ora vigentes. Não por outro motivo, o juiz federal competente conheceu da ação, como já dito, sem suscitar quaisquer vícios da petição inicial.

4.3 A possibilidade e legalidade da concessão de tutela provisória de urgência para o amparo dos Warao, em Palmas, Tocantins

A tutela jurisdicional, em regra, é concedida em sede definitiva, por meio do ato judicial denominado Sentença. Contudo, excepcionalmente, é cabível o instituto denominado tutela provisória (gênero) - prevista nos Artigos 294 a 311, do NCPC - sendo aquela decidida de modo preliminar, sem que o processo tenha passado por toda a instrução. Conforme ensina Marinoni (2015, p.195), trata-se da “adequada distribuição do ônus do tempo no processo”.

Não obstante, nas preciosas lições do Professor Didier (2021), a tutela provisória possui três características essenciais, quais sejam a sumariedade da cognição, a precariedade e a impossibilidade de se tornar discutível por meio da coisa julgada. Em síntese, essas características apenas denotam uma decisão mais célere que, contudo, não tem os mesmos efeitos que uma sentença condenatória de mérito, de modo que possa ser alterada a qualquer momento.

Isto é, trata-se de uma causa que, se apenas fosse decidida após o exaurimento do contraditório, acarretaria em danos profundos e até mesmo irreparáveis, o que deixaria por deficiente a ação do Poder Judiciário, no caso concreto.

Nesse sentido, a tutela provisória se divide em algumas espécies e subespécies, quais sejam: cautelar ou satisfativa; de urgência ou de evidência; ou antecedente ou incidente. O presente trabalho, no entanto, foca-se no estudo da tutela provisória satisfativa de urgência, por ser o que se verificou no caso concreto da ACP em análise.

Destarte, quanto ao elemento satisfativo, apenas quer dizer que se pleiteia perante o Judiciário uma conduta ativa (ação), geralmente por meio de uma obrigação de fazer; enquanto que, no tangente ao elemento de urgência, analisa-se a existência dos requisitos do “*fumus boni iuris*” (fumaça do bom direito) e do “*periculum in mora*” (perigo da demora), de modo a evidenciar que os direitos arguidos são urgentes e não podem aguardar o contraditório usual.

Ora, conforme amplamente demonstrado na petição inicial proposta pela DPU, o Poder Público, em absolutamente todas as esferas competentes, se demonstrou omissivo em um nível preocupante, visto que a Defensoria tentou todas as vias extrajudiciais, até seu exaurimento, de modo que, infelizmente, não se obteve resposta razoável.

A título de exemplo, cita-se a instauração do PROPAC/DPETO Nº PA000155/2020 (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS, 2020a), em 20 de novembro de 2020, pela instituição da Defensoria Pública do Estado do Tocantins (DPE-TO), sendo um ato

administrativo que demonstra a tomada de conhecimento da situação indígena ora estudada.

Desta sorte, o Núcleo Especializado da Saúde (NUSA/DPE-TO), vinculado à Defensoria do Estado, oficiou à Secretaria Municipal de Saúde de Palmas, através dos Ofícios 282/2020 (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS, 2020b) e Ofício/CAS/DPTO nº 008/2021 (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS, 2021a). Em resposta, o referida Secretaria constatou que:

“a equipe do consultório na rua tem acompanhado e abordado as necessidades dos mesmos [indígenas refugiados]”.

A Secretaria Municipal de Palmas tem ofertado cuidado em saúde a este público [indígenas refugiados], de acordo com suas necessidades (...).

Em meados de novembro de 2019 foi elaborado o Plano integrado de ações de saúde e assistência social para o acolhimento das pessoas em situação de migração e refúgio no município de Palmas, e este vem sendo aplicado em parceria intersetorial”. PALMAS, 16 de Março de 2021 (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS, 2021a, p.1).

Contudo, após atendimento jurídico realizado pelo Núcleo Especializado de Defesa dos Direitos Humanos (NDDH/DPE-TO), vinculado à Defensoria Pública do Estado do Tocantins, o representante da comunidade indígena noticiou o infeliz agravamento da situação, alegando, dentre outras situações, que:

“Estão numa situação muito difícil; que se trata de grupo de 12 adultos, 2 adolescentes e 12 crianças.

Disse ainda que o grupo de venezuelanos estava pedindo dinheiro da rua para custear a diária do hotel, que é de R\$ 100,00 por família, e tudo que apuravam na rua era usado para pagar a diária, **não sobrando dinheiro para as famílias fazerem, ao menos, três refeições diárias**; que **a Prefeitura de Palmas nunca custeou o hotel**; Que um deles conseguiu entrar em contato com a assistente social da Prefeitura, e a servidora conversou com eles e orientou que **“a Prefeitura não ajudaria em nada”**, e que **a ordem era para que eles “pegassem as coisas deles e irem embora”**.

(...) muitos tem formação superior, são professores universitários (formados em educação física); Que **o grupo vem sofrendo ataques**

racistas e xenofóbicos nos sinaleiros em que pedem dinheiro, pois **os carros passam os chamando de “macacos” e os mandando “retornar para a Venezuela”** (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS, 2021b, p,1). *Grifo nosso.*

Por fim, nota-se que foi com sabedoria e razão que a DPU ajuizou a ação já requerendo tutela provisória, pois, a situação, que já era de natureza indígena, tornou-se, também, urgente, de modo a preencher todos os requisitos explicados no início do presente item.

Ademais, o Juiz Federal do caso, em sede de Decisão Interlocutória, deferiu a tutela de urgência, fixando a multa diária no valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) caso a série de exigências não fossem cumpridas de modo justificado, a exemplo da concessão imediata de moradia, alimentos e testes periódicos da COVID-19.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acerca da pesquisa realizada, pôde-se concluir que a Defensoria Pública da União, em consonância aos seus princípios institucionais, atuou de modo exímio na causa analisada, pois antes mesmo da propositura da ação - que atendeu a absolutamente todos os requisitos processuais -, tentou de todos os modos extrajudiciais garantir os direitos básicos dos Waraos, o que não fora atendido de pronto pelos órgãos competentes.

Ademais, frisa-se que os órgãos e entidades foram corretamente elencadas na ACP, de acordo com a legislação federal, estadual e municipal vigentes, de modo que a DPU apenas exigiu respostas e atitudes daqueles que têm obrigações legais de os prestar.

Outrossim, a respeito da atuação do Poder Judiciário, é inegável que o Juiz Federal competente decidiu, ainda que em sede de tutela provisória, no sentido de garantir, sim, a eficácia de todo o ordenamento jurídico interno e externo, de maneira a aplicar os entendimentos dos Tribunais Superiores e da Lei, não deixando margem para que as omissões continuassem a existir e, por consequência, a ferir os direitos humanos dos indígenas.

Nesse mesmo sentido, é interessante mencionar que, em outras localidades que também testemunharam a propositura de ações judiciais sobre os Waraos, a exemplo do Município de Araguaína, Tocantins, o Poder Judiciário vem entendendo no sentido de, igualmente, garantir os direitos fundamentais e sociais desses povos, como a obrigação de o Município empregar esses povos. Ora, apenas fica mais uma vez evidenciado que é importante a aplicação de medidas similares no âmbito do Município de Palmas, Tocantins.

Finalmente, em virtude dos fatos recentíssimos que deram embasamento para este artigo, é de se pontuar que outros trabalhos poderão ser redigidos a fim de melhor

compreender e estudar a matéria de direito relacionada - que sequer consta de decisão judicial transitada em julgado -, uma vez que muito provavelmente terá manifestação específica dos Tribunais sobre o assunto, a fim de que se mitiguem os danos causados.

REFERÊNCIAS

ACNUR, Alto Comissariado da ONU para os Refugiados. **Nota informativa para municípios sobre chegadas espontâneas de população venezuelana, incluindo indígenas**. Brasília: ACNUR/Ministério da Cidadania, 2019.

ARAUJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coords.). **O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BARBOSA, Catarina. **Migrante cidadão: a sobrevivência dos Warao em Belém e Santarém**. Amazônia Real, Belém, 14 mar. 2018. Disponível em: <http://www.amazoniareal.com.br/migrante-cidadaosobrevencia-dos-warao-em-belem-e-santarem>. Acesso em: 08 mar. 2020.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federal do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: agos.2021.

BRASIL. **Decreto nº 10.088**, de 5 de novembro de 2019, de 24 de julho de 1985. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: jul.2021.

BRASIL. **Decreto nº. 70.946**, de 7 de agosto de 1972. Promulga o Protocolo sobre Estatuto dos Refugiados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D70946.htm. Acesso em: jul.2021.

BRASIL. **Lei nº 6.001**, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: jul.2021.

BRASIL. **Lei nº 7.347**, de 24 de julho de 1985. Regulamenta a Ação Civil Pública. Brasília, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: jul.2021.

BRASIL. **Lei nº 9.474**, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm. Acesso em: jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.445**, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: jul.2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). **Ação Civil Pública nº 1002493-31.2021.4.01.4300**. A Defensoria Pública da União no Estado do Tocantins que discute a falta de amparo dos imigrantes indígenas venezuelanos da etnia Warao, no Município de Palmas, Tocantins, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 840.150-BA**. Administrativo. Terras indígenas. Demarcação. Art. 63 da lei n.º 6.001/73. Necessária oitiva do Ministério Público. 1. O art. 63 da Lei nº 6.001/73 determina que “nenhuma medida judicial será concedida liminarmente em causas que envolvam interesse de silvícolas ou do Patrimônio indígena, sem prévia audiência da União e do órgão de proteção ao índio”. Assim, deve ser anulada a decisão que concedeu liminar de reintegração de posse de terras em processo de demarcação sem atentar para a regra insculpida nesse dispositivo legal. 2. Prejudicada a análise do mérito da liminar concedida. 3. Recurso especial provido. Recurso Especial n.º 840.150-BA (2006/0085285-4). Relator: 325 Ministro Castro Meira. Julgamento: 10 abr. 2007. DJ, 23 abr. 2007a. Disponível em: <https://goo.gl/fyQnvN>. Acesso em: out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Agravo Regimental n. 175**. Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (míglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. Relator:

Ministro Gilmar Mendes. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal; Clarice Abreu de Castro Neves; Município de Fortaleza; Estado do Ceará. Brasília, DF, 17 de março de 2010. DJe n. 76, Brasília, DF, 30 de abril de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&-docID=610255>. Acesso em: set. 2021.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Campus; Elsevier, 1992. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf. Acesso em: jul, 2021

CHIAPETTI, Thatiane Barbieri. **O direito internacional dos refugiados e o seu reflexo no ordenamento jurídico brasileiro na análise da lei nº 9.474/97**. Trabalho de conclusão de graduação. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre -RS, 2010. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/24893>. Acesso em: jul.2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS. PROPAC/DPETO Nº PA000155/2020. Palmas, 2020a.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS. **Ofício 282/2020**. Palmas: Núcleo Especializado da Saúde (NUSA/DPE-TO), 2020b.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS. **Ofício/CAS/DPTO nº 008/2021**. Palmas: Núcleo Especializado da Saúde (NUSA/DPE-TO), 2021a

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS. Núcleo Especializado de Defesa dos Direitos Humanos (NDDH/DPE-TO). **Atendimento jurídico**. Palmas: Núcleo Especializado de Defesa dos Direitos Humanos (NDDH/DPE-TO), 2021b.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo. Vol. 4. 4ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Vol. 1. 11ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

DURAZZO, Leandro Marques. **Os Warao**: do Delta do Orinoco ao Rio Grande do Norte. Povos Indígenas do Rio Grande do Norte. 2020. Disponível em: <http://www.cchla.ufrn.br/povosindigenasdorn> Acesso em: jul. 2021.

FRANÇA, GISELE. Em Ação, DPE-TO e DPU requerem atenção integral aos venezuelanos indígenas de Palmas. **Comunicação DPE/TO**, Palmas/Tocantins, 06 de abril.2021. Disponível em: <https://www.defensoria.to.def.br/nddh/noticia/47477-em-acao-dpe->

to-e-dpu-requerem-atencao-integral-aos-venezuelanos-indigenas-de-palmas .

Acesso em: 02.out.2021.

GARCÍA-CASTRO, Alvaro; HEINEN, H. Dieter. **Las Cuatro Culturas Warao**. Tierra Firme. Revista arbitrada de Historia y Ciencias Sociales. Caracas, n° 71, tercer trimestre (Julio-septiembre), 2000.

GRANADOS, Hector. **Fonemas consonanticos del Warao de Arawaimujo (Delta Amacuro)**. Tesis (Maestria en Linguística), Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela, 1991.

GRAJZER, Deborah Esther; DE CASTRO CHAVES, João Freitas. **Crianças venezuelanas em trânsito: a atuação da Defensoria Pública da União em Pacaraima**. **Anais**, p. 1-10, 2020. Disponível em: <http://www.abep.org.br/~abeporgb/publicacoes/index.php/anais/article/viewFile/3488/3346> . Acesso: jul.2021.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

JUBILUT, Liliana Lyra; GODOY, Gabriel Gualano de. **Refúgio no Brasil: comentários à Lei 9.474/97**. São Paulo: Quartier Latin/ACNUR, p. 186-187, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIÉRO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil, Vol. 2**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 9.ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 27. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOSONY, Jorge. **Las lenguas indígenas de Venezuela**. Boletín de Linguística, Publicación del Departamento de Linguística de la Escuela de Antropología, y de la Sección de Linguística del Instituto de Investigación, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, UCV, Caracas, 1987.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, Ministério Público Federal. **Parecer técnico n.10/2017**. Manaus: MPF, 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/docs/parecer-tecnico-warao>. Acesso em: out. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: jul. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951**, 28 de julho de 1951. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados. Acesso em: jul.2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados de 1967**, 31 de janeiro de 1967. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967. Acesso em: jul.2021.

“O meu hoje é o Brasil”: A saga dos venezuelanos que se tornaram cidadãos brasileiros. **Jornal El País**. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-12-15/o-meu-hoje-e-o-brasil-a-saga-dos-venezuelanos-que-se-tornaram-cidadaos-brasileiros.html> . Acesso: jul.2021.

OSBORN, Henry. “Warao I: Phonology and morphonemics”. *International Journal of American Linguistics (IJAL)*, vol. 32, p. 108-123, 1966.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 1993.

ROGUET, Patrícia et al. **Direitos e deveres dos refugiados na Lei nº 9747/97**. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie ,2009. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1261> . Acesso em: jul.2021.

ROMERO-FIGEROA, Andrés. **A reference grammar of Warao**. Munchen: LINCOM, 2003.

SEM assistência, venezuelanos indígenas perambulam pelas ruas de Palmas de Palmas e ação cobra atenção. **Jornal Gazeta do Cerrado**, Tocantins, 06 abril. 2021. Disponível em: <https://gazetadocerrado.com.br/sem-assistencia-venezuelanos-indigenas-perambulam-pelas-ruas-de-palmas-e-acao-cobra-atencao/> . Acesso em : 02.out.2021.

SOUZA, Júlia Henriques. **Janokos brasileiros**: uma análise da imigração dos Warao para o Brasil. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a. 17 – n. 52, p. 71-99, jul./dez. 2018.

TOCANTINS. **Lei nº 2.674**, de 19 de dezembro de 2012. Institui o Programa Aluguel Social, e adota outras providências. Palmas, 2012. Disponível em: <https://www.al.to.leg.br/arquivos/31538.pdf#:~:text=Institui%20o%20Programa%20Alugu>

[el%20Social%2C%20e%20adota%20outras%20provid%C3%AAscias.&text=%C3%89%20i nstitu%C3%ADdo%20o%20Programa%20Aluguel,emerg%C3%AAncia%20e%20por%20te mpo%20determinado](#). Acesso em: jul.2021.

UNICEF, BRASIL. **Crise migratória venezuelana no Brasil**: O trabalho do UNICEF para garantir os direitos das crianças venezuelanas migrantes, 2019. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/crise-migratoria-venezuelana-no-brasil>. Acesso: jul.2021.

VAQUERO, Antonio. **Idioma Warao**: Morfología, Sintaxis y Literatura. Caracas: Editorial Sucre, 1965.

Venezuelanos que estão em Palmas tentam se fixar em algum lugar do Brasil há dois anos. **TV ANHANGUERA**, Tocantins, 22.nov.2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2019/11/22/venezuelanos-que-estao-em-palmas-tentam-se-fixar-em-um-lugar-do-brasil-ha-dois-anos.ghtml> . Acesso em : 02.out.2021.

SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, Malheiros Editores, 9ª edição 4ª tiragem, 1994, São Paulo.

YAMADA, Erika; TORELLY, Marcelo (org.). **Aspectos jurídicos da atenção aos indígenas migrantes da Venezuela para o Brasil**. Brasília: Organização Internacional para as Migrações (OIM), Agência das Nações Unidas para as Migrações, 2018

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direito**. 3ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2008.

A MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

FERNANDA OLIVEIRA SILVA: Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestranda de Direito Penal. Núcleo Efetividade do Direito. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (desde 10/2016 - atual)

Resumo: A mulher, ao largo da história, foi subjugada pelo homem e vítima de violência doméstica por ele perpetrada. A violência doméstica era aceita, e, por vezes, regulamentada pelo ordenamento jurídico, sobretudo era considerada questão inerente à esfera privada. Contemporaneamente, a violência contra mulher tem sido combatida pelo Estado, precipuamente por meio da incidência do direito penal e será tema de objeto deste estudo.

Palavras-chave: Vitimologia. Vítima. Violência Doméstica. Estado.

Sumário: 1. Considerações iniciais sobre criminologia e vitimologia – 2. Quem é a vítima? – 3. Quem é a vítima de violência doméstica? – 4. Violência doméstica contra a mulher e a atuação do Estado – 5. Conclusão – 6. Referências.

1. Considerações iniciais sobre criminologia e vitimologia

A criminologia, conforme ensinamentos de Sergio Shecaira, é ciência que se dedica ao estudo e explicação da infração legal, dos meios formais e informais que a sociedade se utiliza para lidar com o crime e com os atos desviantes, das posturas com que as vítimas desses crimes são atendidas pela sociedade e do enfoque sobre o autor desses fatos desviantes³⁸. Estuda o meio, o crime e o criminoso.

Ao passo que, a vitimologia é a ciência que se debruça sobre o estudo da vítima e do fenômeno da vitimização, busca detectar a interação entre o criminoso e a vítima, eventual contribuição da vítima para o cometimento do delito; apurar se a vítima poderia evitar o crime ou se seu comportamento teria o condão de, em determinados casos, abrandar a responsabilidade do criminoso ou mesmo afastá-la. Busca identificar as atitudes e reações determinantes da vítima, sua vulnerabilidade, seleção e aumento de riscos com o escopo, notadamente, de evitar que a pessoa se torne vítima.

Na obra Vitimologia e Direitos Humanos, Vanessa Mazzutti apresenta classificação formulada por Benjamin Mendelson - tido por parte da doutrina como pai da vitimologia

³⁸ SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 7ª Edição. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018. p. 39.

-, a saber: (i) vítima completamente inocente ou vítima ideal, (ii) vítima de culpabilidade menor ou por ignorância, (iii) vítima voluntária e tão culpada quanto o infrator que se divide em vítima provocadora e vítima por imprudência, (vi) vítima unicamente culpada que se divide em vítima infratora e vítima simuladora³⁹.

Por meio desta classificação, seria possível identificar a atuação e participação da vítima no evento criminoso, o motivo de ela ter se tornado vítima.

Ainda, segundo Mazzutti, em referência aos ensinamentos apresentados por Heitor Piedade Júnior, explica que:

A vitimologia deve ter como meta a orientação para maior proteção dos indivíduos. O seu propósito deveria ser contribuir, tanto quanto possível, para tornar a vida humana mais segura, principalmente a salvo de ataque violento de outro ser humano: 1 – Explorando meios para descobrir vítimas latentes ou em potencial e situações perigosas que levam à morte, lesões e danos à propriedade. 2 – Promovendo direitos humanos para os que sofram em resultado de ato ilegal e de acidente. 3 – Incentivando as pessoas e as autoridades nos seus esforços para reduzir os perigos e estimulando novos programas para prover condições seguras de vida. 4 – Provendo meios para pesquisa na área de segurança humana, incluindo fatores criminológicos, psicológicos e outros, e, desenvolvendo métodos e enfoques inovadores para tratar da segurança humana. 5 – Promovendo um programa efetivo não só para proteger a sociedade de atos ofensivos através da condenação, castigo e correção, mas também para proteger as vítimas reais e em potencial de tais atos. 6 – Facilitando a denúncia de atos vitimizadores, o que contribuirá para atingir o objetivo de prevenção de danos futuros.⁴⁰

Essas considerações, em nosso sentir, são os objetivos perseguidos na atualidade, notadamente pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e ordenamentos jurídicos internos para proteção das mulheres vítimas de violência doméstica.

2. Quem é a vítima?

A Declaração das Nações Unidas de Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Delitos e de Abusos de Poder aduz que "Entendem-se por "vítimas" as pessoas que,

³⁹ MAZZUTTI, Vanessa de Biassio. **Vitimologia e Direitos Humanos**: o processo penal sob a perspectiva da vítima. Curitiba, Juruá, 2012. p. 70.

⁴⁰ Idem 4. p. 60/61

individual ou coletivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder.”⁴¹.

No âmbito interno, a Resolução n.º 253, do ano de 2018, do Conselho Nacional de Justiça define que vítimas são as pessoas que tenham sofrido dano físico, moral, patrimonial ou psicológico em razão de crime ou ato infracional cometido por terceiro, ainda que não identificado, julgado ou condenado⁴².

E nas palavras de Edgard de Moura Bittencourt, citado por Sérgio Schecaira, vítima é a pessoa que sofre os resultados infelizes dos próprios atos, dos de outrem ou do acaso⁴³. Já Annunziata Iulianello faz referência aos autores David Lorenzo Morillas Fernández, Rosa María Patró Hernández e Marta María Aguilar Cárceles que apontam que vítima é aquela que terá um bem jurídico, pessoal ou material sacrificado por outrem⁴⁴.

Por fim, destaca-se a definição de Guilherme Costa Câmara que indica que vítima é “Todo indivíduo, atingido direta ou reflexamente pela delinquência, na sua pessoa ou no seu patrimônio tendo suportado lesões físicas ou mentais, como consequência, inclusive, de ações ou omissões que violem seus direitos fundamentais.”⁴⁵.

Ao longo da história, a vítima vivenciou relevante papel na resposta aos crimes, notadamente na fase da vingança privada, ao sofrer o ato violento, a pessoa atacada (ou sua tribo) poderia reagir, revidar, como forma de retribuição do mal com o mal.

Após aludida fase, por relevante período (que em certa monta perdura até a atualidade), a vítima não foi objeto de atenção do direito penal; abandonada a ideia meramente retribucionista, a ideia de Talião – olho por olho, dente por dente, o Estado passou a impor a pena e exercer o *ius puniendi*, momento no qual a vítima passou a ser considerada mero objeto de direito, informante do fato delituoso para apuração da

41 Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev29.htm#:~:text=1.,2>. Acesso em: 02.nov.2021

42 Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2668>. Acesso em: 02.nov.2021

43 Idem 3. p. 53.

44 IULIANELLO, Annunziata Alves. **Depoimento Especial**: um instrumento de concretização da proteção integral de crianças e adolescentes submetidos a abuso sexual. Belo Horizonte: Editora D’Plácido. p. 64.

45 CAMARA, Guilherme Costa. **Programa de Política Criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2008. p. 77.

responsabilidade do criminoso que violou regras impostas pelo Estado-legislador, a pena era imposta para restabelecer a ordem social.

Atualmente, o Estado volta os olhos à vítima, por meio da previsão de medidas para reparação dos danos que experimentou e definição de tratamento no processo penal, a guisa de exemplo, cita-se a previsão da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito consistente prestação pecuniária à vítima (parágrafo 1º do artigo 45 do Código Penal) e os comandos da Lei 14.245/2021 que “coíbe a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo (Lei Mariana Ferrer).”⁴⁶.

3. Quem é a vítima de violência doméstica?

A vítima de violência doméstica é a pessoa que sofre ataque à sua saúde física, psicológica, moral, patrimonial e sexual (artigo 7º da lei 11.340/2006), apresenta acentuada vulnerabilidade, dado que a agressão é praticada por pessoa com quem mantém (ou manteve) relação de afeto, no interior de sua casa (local no qual deveria estar a salvo de atentados contra sua dignidade e integridade).

Todos os integrantes da família podem ser vítimas de violência doméstica – crianças, idosos, homens –, e todas as formas de violência devem ser combatidas pela sociedade e Estado; a Constituição Federal de 1988 é expressa – não fosse suficiente a necessidade de respeito a dignidade da pessoa preconizada no inciso III do artigo 1 – ao tratar da família (artigo 226) que “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”.

Se violência doméstica pode atingir qualquer de membros da família, por que a preocupação, em especial, com as mulheres?

Nas palavras do Ministro Marco Aurelio de Mello, ao proferir voto na ADC 19/DF:

A mulher é eminentemente vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado. Não há dúvida sobre o histórico de discriminação e sujeição por ela enfrentado na esfera afetiva. As agressões sofridas são significativamente maiores do que as que acontecem contra homens em situação similar. Além disso, mesmo quando homens, eventualmente, sofrem violência doméstica, a prática não decorre de

⁴⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14245.htm. Acesso em 01.dez.2021.

fatores culturais e sociais e da usual diferença de força física entre os gêneros.⁴⁷

Em análise retrospectiva, a mulher era tida como inferior ao homem, dependente do homem, tanto que alcançaram o direito ao estudo nos idos do ano 1800, obtiveram o direito ao voto apenas em 1932.

As mulheres foram subjugadas, tidas como objeto, propriedade do homem, de modo que ele poderia livremente dela dispor, inclusive, impingindo atos de violência.

Neste sentido, veja-se entendimento doutrinário dos idos de 1960:

As relações sexuais são pertinentes à vida conjugal, constituindo direito e dever recíprocos dos que se casaram. O marido tem direito à posse sexual da mulher, ao qual ela não se pode opor. Casando-se, dormindo sob o mesmo teto, aceitando a vida em comum, a mulher não pode se furtar ao congresso sexual, cujo fim mais nobre é a perpetuação da espécie. A violência por parte do marido não constituirá, em princípio, crime de estupro, desde que a razão da esposa para não aceder à união sexual seja mero capricho ou fútil motivo, podendo, todavia, ele responder pelo excesso cometido.” – Noronha, E. Magalhães. Direito Penal. 4. Ed. V. 03. São Paulo: Rio de Janeiro, 1969. p. 100.⁴⁸

Há apenas 50, 60 anos, debatia-se a (i)legitimidade da prática de crimes contra a sexualidade da mulher.

Acerca do direito à vida da mulher, as Ordenações Filipinas dispunham “Achando o homem casado sua mulher em adultério, lícitamente poderá matar assi a ella”

E em caso, que o marido matar sua mulher lícitamente, não a achando porém no adultério, não haverá cousa alguma dos bens, que em dote lhe fossem dados, ou per sucessão ou doação a mulher houvesse; e se tiverem outros bens que ambos houvessem adquirido, estes haverá o marido *insolidum*, sem os herdeiros da mulher haverem parte alguma; porque somente haverá os bens todos da mulher, quando a acusar por o adultério, e for por elle condenada a

⁴⁷ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>. Acesso em 02.nov.2021.

⁴⁸ Extraído de: FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha**: O processo no caminho da efetividade. 2ª Edição, São Paulo. Editora Jus Podivm, 2021. p. 75

morte, ou quando a matar juntamente com o adúltero, pelos achar no adultério.⁴⁹

Embora as Ordenações Filipinas datem dos idos de 1800, ainda em 2021 é ventilada (e combatida), em julgamento em plenário do júri, a tese da legítima defesa da honra – deveria o homem ser absolvido ou, ao menos, reconhecida a forma privilegiada do crime de homicídio, quando o delito for praticado por ser a mulher tida como adúltera; para defender sua honra, o homem poderia ceifar a vida da mulher que a maculou.

Neste ano de 2021, o STF, no julgamento da ADPF 779/DF afirmou que a tese atenta contra a dignidade da mulher e não pode ser defendida em sessão plenária, por oportuno, apresenta-se trecho do julgado:

Não obstante tais avanços legais e institucionais, verifica-se, ainda, a subsistência de um discurso e uma prática que tentam reduzir a mulher na sociedade e naturalizar preconceitos de gênero existentes até os dias atuais, perpetuando uma crença estruturalmente machista, de herança histórica, que considera a mulher como inferior em direitos e mera propriedade do homem. Essa realidade é atestada por tantos casos ainda frequentes de homicídios e violência contra as mulheres, simplesmente por sua condição de gênero, que continuam atingindo números espantosos – repita-se, um feminicídio a cada sete horas – colocando o Brasil, lamentavelmente – repito novamente –, na corrida para campeão mundial de casos de feminicídio. É o que se denota, também, a partir da frequente e ainda atual invocação do discurso odioso da legítima defesa da honra, que continua possibilitando, mesmo que indiretamente, absolvições de homicídios perpetrados contra mulheres, em que pese tratar-se de retórica que reforça uma cultura extremamente patriarcal, de desrespeito e objetificação da mulher, como salvo-conduto de crime estruturalmente gravíssimo pelo motivo mais abjeto possível: o fato do homem entender que sua companheira lhe pertence; o fato de entender que pode matá-la para lavar a sua honra. Não pode o Estado permanecer omissos perante essa naturalização da violência contra a mulher, sob pena de ofensa ao princípio da vedação da proteção insuficiente e do descumprimento ao compromisso

⁴⁹ Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/tabelas/ordenacoes/1-274-103-1451-04-05-38.pdf>. Acesso em: 30.out.2021.

adotado pelo Brasil de coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, §8º, da CF)⁵⁰.

Certamente o quadro histórico de subjugação dá azo ao atual cenário de violência contra mulher, que, embora cada vez mais combatida, permanece aceita, ou ao menos tolerada, pela sociedade.

Todos conhecem o famoso chavão “Em briga de marido e mulher não se mete a colher”, que denota a tolerância social, a deturpada visão de que se está diante de uma questão privada, inserta ao casal e aos muros de sua casa.

A questão é: quando percebemos (ou começamos a perceber) que a violência é uma questão pública, tema que não pode ser ignorado pela sociedade e Estado?

Esta questão é objeto do próximo tópico, mas aqui, ainda, ao dispor quem é a vítima (mulher) de violência doméstica é importante destacar que é aquela que sofre violência de caráter ascendente, cíclico e crônico.

Importante mencionar que os crimes praticados com violência doméstica são sub-relatados, objetos de enorme cifra negra, notadamente pelo medo, vergonha e, muitas vezes, pela não percepção do ato violento, principalmente quando psicológicos; as condutas danosas são minimizadas; a violência é constatada apenas quando se avoluma e resvala para conduta mais gravosas.

A violência doméstica conta caráter ascendente porque, via de regra, o agressor inicia o processo de subjugação/intimidação ao isolar a mulher da família e meio social, pratica atos de agressão psicológica, ameaças e, ao não ser contido, passa para atos que atentam contra a integridade física até que, como constatamos ao analisarmos os números de crimes, acabam por cometer feminicídio.

A violência é cíclica e crônica dado que, comumente, observam-se as chamadas fases da violência doméstica – a fase da tensão, na qual se tem as crises de ciúmes, a incidência de controle do homem sobre a mulher, o medo da mulher de ser agredida psicológica ou fisicamente; a fase da agressão, no qual é perpetrado o ato de violência psicológica ou física; e a fase da reconciliação ou fase da lua de mel, na qual o agressor e vítima retomam a união, o homem se desculpa ou culpabiliza a mulher pelo ato que praticou, assevera que os fatos não se repetiram e, assim, vítima e ofensor mantêm ou retomam o relacionamento que, pode até ser permeado por afetividade, mas não permite

⁵⁰ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346469193&ext=.pdf>. Acesso em 01.dez.2021.

o desenvolvimento de relações sadias para nenhum dos envolvidos e família que convivem neste ambiente de conflito.

Registro, acerca da fase da tensão, passagem do livro “Sobrevivi... Posso Contar” da Maria da Penha que, ao contar sua história, expôs:

Nada satisfazia Marco, nada o agradava. Eu vivia tensa, procurando evitar que as crianças quebrassem algum brinquedo, fizessem alguma traquinagem ou descumprissem alguma ordem do pai. Ele não suportava o choro das filhas e usava de violência quando isso acontecia. Era comum, à sua aproximação, elas “engolirem” o choro. Um simples olhar dele já as intimidava.⁵¹

E por que as mulheres (vítimas) não conseguem romper este ciclo? Por que o Estado e a sociedade devem agir? Porque a mulher está fragilizada, em situação na qual sua autodeterminação está maculada por questões sociais, culturais, religiosas e, por vezes, por dependência econômica.

4. Violência doméstica contra a mulher e a atuação do Estado

Antes de qualquer debate, imperioso tratar, brevemente, do princípio da dignidade da pessoa humana.

O Ministro Luís Roberto Barroso explica que o constitucionalismo democrático tem por fundamento e objetivo a dignidade da pessoa humana, que, após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade tornou-se um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental, materializado em declarações de direito, convenções internacionais e constituições; que a dignidade da pessoa humana é um valor fundamental, um princípio constitucional e funciona como justificação moral e fundamento normativo para os direitos fundamentais, que incluem o direito à vida, à igualdade, à integridade física, integridade moral e psíquica⁵².

Barroso pontua que a autonomia é elemento ético da dignidade e envolve a capacidade de autodeterminação do indivíduo, de decidir os rumos da própria vida e de livremente desenvolver sua personalidade. É o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. O autor explica, ainda, que a dignidade da pessoa humana é constituída por elemento social, por valor comunitário e pode implicar

51 FERNANDES, Maria da Penha Maia. **Sobrevivi: posso contar**. 2ª Edição, Fortaleza. Editora Armazém da Cultura, 2012. p. 26.

52 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9ª Edição – São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2020. p. 244/245 e 247.

na necessidade da proteção do indivíduo contra si próprio, o Estado tem o direito de proteger pessoas contra seus atos autorreferentes suscetíveis de causar lesão.⁵³

Assim, tem-se que, embora no mais das vezes, a violência doméstica seja ato cometido em ambiente privado, que a mulher tolere a violência, deve o Estado agir para assegurar a liberdade, igualdade e autonomia dela.

A temática da proteção da mulher contra violência doméstica, para além de configurar direito fundamental, constitui direito humano e objeto de tratados e convenção internacionais.

As Convenções internacionais de direitos humanos, conforme explica Flávia Piovesan, configuram complexo sistema internacional de proteção, no qual coexistem o sistema geral e o sistema especial de proteção, os quais são complementares. O sistema especial de proteção é destinado ao indivíduo ou grupo de indivíduos especificados, tais como mulheres, crianças, idosos e vítimas de tortura⁵⁴.

A citada autora explica que é necessário o reconhecimento das pessoas/grupos discriminados para implementação de medidas de enfrentamento da injustiça cultural, dos preconceitos e padrões discriminatórios para, assim, alcançar uma transformação cultural⁵⁵.

Na esfera internacional, na seara de proteção aos direitos humanos, temos a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979) que, embora conte com ampla adesão, é o instrumento que contou com maior número de reservas formuladas pelos Estados-partes dentre os tratados de direitos humanos; segundo Piovesan, número significativo de reservas é pertinente à cláusula relativa à igualdade entre homens e mulheres na família⁵⁶.

No ano de 1993 sobreveio a Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra a Mulher (que resultou da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos) e reconheceu que a violência contra mulher, praticada no ambiente familiar, nas suas diversas modalidades, configuram face cruel de direitos contra mulheres⁵⁷.

53 Idem. p. 248.

54 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 18ª Edição. Editora Saraiva, 2018. p. 283

55 Idem 19. p. 285.

56 Idem 19. p. 294

57 CHAKIAN, Silvia. **A construção dos direitos das mulheres**: histórico, limites e diretrizes para uma proteção penal eficiente. 2ª Edição. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2020. p. 201.

Em 1994, nosso Continente Americano adotou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra Mulher – a chamada Convenção de Belém do Pará–; no ano de 2006 sobreveio, na esfera nacional, a lei 11.340, conhecida como “Lei Maria da Penha” (nota: Maria da Penha foi vítima de violência – física, psicológica, moral e patrimonial – doméstica praticada por seu marido e pai de suas filhas).

A lei 11.340/2006 se constitui em uma ação afirmativa, que busca a justiça social e igualdade material entre homens e mulheres e adota conceitos da vitimologia para proteção da mulher, para evitar que ela se torne vítima ou a chamada reincidência vitimal.

O referido estatuto legal prevê as denominadas medidas protetivas de urgência, mecanismo de proteção, previstas em rol não taxativo nos artigos 22 e 23, as quais independem da existência de processo criminal, cível ou mesmo da instauração de inquérito policial, deve ser analisada e concedida com brevidade e é medida satisfativa.

O Estado reconheceu a importância de, diante da vulnerabilidade da mulher inserida em ambiente violento, que sua atuação célere é necessária e deve ser ágil.

5. Conclusão

Historicamente a mulher foi subjugada, objetificada pela sociedade, pelo homem, sofreu(sofre) violência no interior de lares, praticadas por homens com os quais firmaram relação de afeto. Os números atinentes à violência doméstica são alarmantes, crescentes e reclamam a atuação estatal.

Não obstante a necessidade de melhor conscientização da comunidade, do aperfeiçoamento de mecanismos jurídicos de proteção, contemporaneamente, têm sido implementados para conscientização e reconhecimento da violência e proteção da mulher.

Verificamos, hodiernamente, o debate da violência doméstica contra a mulher em séries, novelas, filmes, meios de chamar a atenção da mulher e da sociedade, de modo que, no futuro, que se espera não seja muito distante, tenhamos efetiva igualmente e respeito entre homens e mulheres, na família.

6. Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 9ª Edição – São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2020.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de Política Criminal:** orientado para a vítima de crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2008.

CHAKIAN, Silvia. **A construção dos direitos das mulheres:** histórico, limites e diretrizes para uma proteção penal eficiente. 2ª Edição. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2020.

FENANDES, Maria da Penha Maia. **Sobrevivi:** posso contar. 2ª Edição, Fortaleza. Editora Armazém da Cultura, 2012.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha:** O processo no caminho da efetividade. 2ª Edição, São Paulo. Editora Jus Podivm, 2021.

IULIANELLO, Annunziata Alves. **Depoimento Especial:** um instrumento de concretização da proteção integral de crianças e adolescentes submetidos a abuso sexual. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

MAZZUTTI, Vanessa de Biassio. **Vitimologia e Direitos Humanos:** o processo penal sob a perspectiva da vítima. Curitiba, Juruá, 2012.

PIOVENSAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 18ª Edição. Editora Saraiva, 2018

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** 7ª Edição. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018.

MORTE CEREBRAL E/OU MORTE ENCEFÁLICA. A LEI DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS

RENATA REGIANE LACERDA SIMAS:

Mestranda do Núcleo de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Resumo: Este artigo tem por objetivo analisar a morte encefálica e a Lei de Transplante de órgãos face aos princípios constitucionais e bioéticos e sob o manto da garantia de proteção da vida. Buscou-se traçar um panorama geral do cenário atual com a apresentação de dados estatísticos atualizados, além de considerar a pandemia de coronavírus e os impactos das inovações tecnológicas no futuro dos transplantes de órgãos.

Palavras-chave: bioética; morte encefálica; transplante de órgãos; estatísticas; legislação

Abstract: This article aims to analyze the brain death and the Law of Organ Transplantation in face of constitutional and bioethical principles and under the mantle of the guarantee of protection of life. The aim of this paper is to present an overview of the current scenario with updated statistical data, besides considering the coronavirus pandemic and the impacts of technological innovations in the future of organ transplantation.

Keywords: bioethics; brain death; organ transplantation; statistics; legislation

Sumário: I. Introdução. II. Dos Princípios Constitucionais e Bioéticos. III. Garantia de proteção da vida. IV. Transplante de Órgãos – Breves antecedentes históricos. V. Problemas Terminológicos e Classificação. VI. Transplante de Órgãos no Brasil. VI. 1. Gratuidade e Proibição da Comercialização. VI. 2. Tráfico de órgãos. VI. 3. Tecidos, órgãos e partes do corpo humano. VI. 4. Sangue, Esperma e Óvulo. VI. 5. Estabelecimentos de Saúde. VI. 6. Disposição de tecidos, órgãos e partes do corpo humano em vida para fins de transplante ou tratamento. Da necessidade de autorização. VI. 7. Disposição de tecidos, órgãos e partes do corpo humano post mortem. Conceito de morte. A certeza da morte na pluralidade de métodos aventados. Conselho Federal de Medicina. Tempo de isquemia de cada órgão. Da necessidade de Autorização. Consentimento expresso do receptor. Lista de Espera. Alguns dados estatísticos. VII. A pandemia de coronavírus (SARS-CoV-2). Doador falecido - órgãos, tecidos oculares e pele. Doador vivo – órgãos. Receptores aguardando transplante - doador vivo ou doador falecido. VIII. O futuro dos transplantes de órgãos e tecnologia. IX. Os Desafios. X. Bibliografia.

I Introdução

O transplante de órgãos contempla duas premissas básicas, segundo a Prof. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos⁵⁸. Uma premissa que considera a existência de interesse coletivo e no irrenunciável progresso da ciência médica, ao preço do sacrifício de outros, da mutilação e retirada de órgãos: utilizando-se o corpo humano, vivo ou cadáver, no exclusivo interesse de alguns. E a outra premissa que considera o interesse individual e o respeito à pessoa humana, nos seus bens existenciais da vida e da integridade física.

O tema dos transplantes de órgãos pode ser visto de múltiplos ângulos: do médico-cirúrgico ao ético e moral, filosófico e psicológico, do aspecto humano individual ao social e econômico, teológicos e jurídicos.

No que diz respeito à pessoa é um problema essencialmente jurídico e, é nesse cenário que o direito ingressa visando regulamentar os interesses entre indivíduo e a coletividade, entre utilitarismo e valores⁵⁹.

II. Dos Princípios Constitucionais e Bioéticos

O Princípio da dignidade da pessoa humana é um dos vetores máximos da nossa Constituição Federal, a ser perseguido no ideal desenvolvimento humano, de modo que toda e qualquer pesquisa deve ser desencadeada sob a égide deste princípio constitucional.

Acompanhando esse desenvolvimento, surge então a preocupação da Bioética, para manter o cientista dentro de uma respeitabilidade ética destes preceitos trazendo os seguintes princípios: o princípio da autonomia, o princípio da beneficência, o princípio da não maleficência e o princípio da justiça.

Esses princípios disciplinadores da Bioética, surgem como metas a serem perseguidas ao desenvolvimento da matéria e visam sempre auxiliar o bom desenvolvimento do homem para melhorar a sua qualidade de vida sempre observando o princípio da dignidade da pessoa humana.

III. Garantia de proteção da vida

⁵⁸ Santos, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Transplante de Órgãos e Eutanásia (liberdade e Responsabilidade). São Paulo. 1992. p. 127/128

⁵⁹ Idem. p. 128

A garantia de proteção da vida foi colocada de forma pelo legislador no art.5º caput⁶⁰ da Constituição Federal, cujo dispositivo foi incluído no rol do art. 60, § 4º, IV⁶¹, garantido e a elevando à cláusula pétrea.

José Afonso da Silva observa que: “De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem – estar se não erigisse a vida humana num desses direitos”.

Há também dispositivos legais que protegem o direito à vida e põe a salvo os direitos da personalidade civil para tanto os direitos do nascituro até seu nascimento com vida até a disposição do próprio corpo, podendo até requerer ao poder judiciário providencias a sua proteção, conforme o exposto no Código Civil – Parte Geral, no livro I Das Pessoas – Título I Das Pessoas Naturais, Capítulo I D Personalidade e da Capacidade.

IV. Transplante de Órgãos – Breves antecedentes históricos

Nos séculos XV e XVI foram descritos os primeiros intentos de utilizar tecidos procedentes de pessoas e animais, porém, as operações terminaram em fracasso, pois a extração era feita por procedimentos primitivos que não levavam em consideração a possibilidade de infecção ou rejeição. Somente nos últimos anos do século XIX e começo do século XX esses inconvenientes foram superados.⁶²

O primeiro transplante ósseo exitoso ocorreu em Glasgow, Escócia, no ano de 1890 realizado pelo Dr. Macewen que extirpou toda a diáfise umeral de uma criança de três anos, afetada por osteomielite persistente, e três anos mais tarde amputou o membro e colocou em seu lugar cunhas ósseas ressecadas e anos mais tarde o paciente começou a executar trabalhos manuais.⁶³

60 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

61 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais.

62 Santos, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Transplante de Órgãos e Eutanásia (liberdade e Responsabilidade). São Paulo. 1992. p. 129

63 Id. p.129

Em 1931, na Itália, o médico Gabriel Janelli efetuou um transplante de glândulas genitais (“Enxerto Voronoff”), situação em que o doador vivo cedeu a glândula por dinheiro, o que suscitou grandes polêmicas naquela época⁶⁴.

Em 1954, em Boston, foi realizado o primeiro transplante renal exitoso, pelo Cirurgião Joseph Murray, que extraiu o rim do gêmeo Ronald Lee Herrick para implantá-lo em Richard Lee Herrick, com resultados positivos, no corpo de seu irmão. O doador Ronald Lee Herrick faleceu, em 2010, aos 79 anos, por problemas cardíacos⁶⁵.

Não obstante os antecedentes comentados, a problemática dos transplantes de órgãos e tecidos em seres humanos adquiriu sua máxima expressão em razão da operação realizada em 1967, na Cidade do Cabo, África do Sul, pelo doutor Christian Bernad, que retirou o coração do comerciante Louis Washkansky para colocar no lugar o de Denise Ann Darvall, jovem de vinte cinco anos falecida vítima de um acidente de trânsito que a deixou com o crânio e cérebro quase completamente destruídos. Essa intervenção fez surgir grandes discussões, tanto médicas como jurídicas, especialmente quanto à determinação da morte do doador ou os inconvenientes da rejeição e as baixas probabilidades de sobrevivência normal do receptor. Wachkansky havia aceitado o imenso risco do processo cirúrgico, porque estava convencido de que não tinha outra possibilidade de sobreviver⁶⁶. A cirurgia durou cinco horas e foi bem sucedida, mas, dezoito dias após a cirurgia Wachkansky faleceu.

No Brasil, no dia 26 de maio de 1968, João Ferreira da Cunha recebeu pelas mãos do cirurgião Euryclides Jesus Zerbini, o coração retirado de Luís Ferreira Bastos, que fora vítima de acidente de trânsito⁶⁷, vinte e oito dias depois o paciente veio a falecer.

No Brasil, o primeiro transplante de córnea foi realizado em 1954, pelo Prof. Hilton Rocha, no Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Minas Gerais.⁶⁸

A Sociedade Brasileira de Nefrologia, em 2016, publicou que o primeiro transplante de órgão no Brasil ocorreu em 1964, no Rio de Janeiro. Foi um transplante renal, sendo o receptor um adulto jovem de 18 anos e o doador uma criança de nove meses, portadora de hidrocefalia, submetida a nefrectomia seguida de derivação ventriculovesical (free

64 Id. p.129

65 <http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2010/12/doador-de-1-transplante-de-orgao-bem-sucedido-morre-aos-79-anos.html>

66 Santos, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Transplante de Órgãos e Eutanásia (liberdade e Responsabilidade). São Paulo. 1992. p. 130

67 Revista - Centro Universitário São Camilo - 2013;7(3):271-281 - <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/105/1811.pdf>

68 <https://www.ufmg.br/boletim/bol1409/quinta.shtml>

kidney). No entanto, após mais de 50 anos, ainda há alguma contestação. Na época, não houve relato científico, apenas reportagens em jornais leigos, e, por anos, o fato permaneceu pouco divulgado no meio médico. Esse breve artigo propõe-se, após revisão de prontuário e de registros históricos, a descrever e relatar esse transplante.⁶⁹

V. Problemas Terminológicos e Classificação

A Prof. Maria Celeste Cordeiro Leite Santos ensina que embora existam usos incertos para designar diferentes tipos de transplantes, os termos acolhidos como mais precisos são⁷⁰:

- a. Autotransplante ou autoplástico: transferência de tecido ou órgão de um lugar a outro na mesma pessoa.
- b. Isotransplante ou transplante isogênico: transplante de tecido ou órgão entre indivíduos do mesmo gênero e com caracteres hereditários idênticos (p.ex.: gêmeos monovulares).
- c. Xenotransplante ou heterotransplante – transferência de órgãos ou tecidos de um indivíduo de um gênero a um ser vivo de outro gênero (heteroplástico). (p.ex.: do chimpanzé ao homem – filogeneticamente semelhantes) (ou profundamente diferentes – do homem ao cão).
- d. Alotransplante ou homotransplante: transplante de tecido ou órgão entre indivíduos do mesmo gênero, porém com diferentes caracteres hereditários (p.ex.: de um homem a outro). O homotransplante poderá ser do cadáver, quando procede de um corpo humano sem vida, e neste caso o problema funda-se na questão inquietante do momento da morte do doador. Ou o homotransplante entre vivos, quando o problema fundamental consiste na salvaguarda da saúde do doador.

O implante em oposição ao transplante, pode sugerir a ideia de uma intervenção que retira de seu lugar de origem um tecido, ou parte do organismo, para ser colocado em outro local, do mesmo corpo, como sucede nos implantes de cabelo ou pele (autotransplante). Por outro lado, alguns autores entendem por implante a incorporação de materiais de natureza distinta (não animal) e, portanto, sem procedência de um semelhante, por exemplo, o metal ou o plástico.

69 <https://www.sbn.org.br/profissional/sbn-cientifico/blog-cientifico/single-cientifica/news/cinquenta-e-cinco-anos-do-primeiro-transplante-no-brasil/>

70 Santos, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Transplante de Órgãos e Eutanásia (liberdade e Responsabilidade). São Paulo. 1992. p. 132/134

O vocábulo transplante, que parece responder, com exatidão, à ideia de retirada de órgão ou partes de seres humanos para seu aproveitamento, com fins terapêuticos, em outros seres da mesma espécie.

Conceito de transplante segundo Ricardo Antequera Parili: “a retirada de um órgão ou material anômico proveniente de um corpo, vivo ou morto, e sua utilização com fins terapêuticos em um ser humano”.

Conceito de transplante segundo Carlos Maria Romeo Casabona: Trata-se de uma técnica cirúrgica, denominada cirurgia substitutiva, que se caracteriza em essência porque se introduz no corpo do paciente um órgão ou tecido pertencente a outro ser humano, vivo ou falecido, com o fim de substituir a outros da mesma entidade pertence ao receptor, porém, que tenham perdido total ou sensivelmente sua função. A natureza deste tipo de intervenção, do ponto de vista do receptor – posto que em relação com o doador a situação é diversa – e de estimá-la, em consequência, como uma intervenção curativa, sempre que exista a indicação terapêutica e se aplique a técnica adequada ao caso⁷¹.

VI Transplante de Órgãos no Brasil

A Constituição Federal, em seu art. 199, parágrafo 4º, estabelece que lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

O Código Civil Brasileiro estabelece em seu art. 13 e respectivo parágrafo único que salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes, sendo admitido o transplante, na forma estabelecida em lei especial.

O Código Civil também estabelece em seu art. 14 que respectivo parágrafo único é válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, podendo tal ato ser livremente revogado a qualquer tempo.

O fundamento técnico formal da licitude da atividade médico-cirúrgica no Brasil é construído sob o conceito da atividade juridicamente autorizada.

O primeiro diploma legislativo que regulou a matéria no Brasil foi a Lei 4.280 de 6 de novembro de 1983.

71 Idem. p.140

Atualmente o procedimento é regulado pela Lei 9.434 de 4 de fevereiro de 1997, e estabelece que é permitida a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento.

VI.1 Gratuidade e Proibição da Comercialização

A Constituição Federal em seu art. 199, § 4º estabelece que a lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

A Lei 9.434/97 dispõe que a remoção de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver mediante paga ou promessa de recompensa ou outro motivo torpe é considerando crime pela Lei, punível com pena de reclusão (3 a 8 anos) e multa.

E considerando que cadáver não é coisa e nem pessoa, tampouco é um bem comerciável a doutrina e a legislação estabeleceram que a disposição de órgão deverá ser gratuita.

VI.2 Tráfico de órgãos

A gratuidade da disposição de órgãos traz outras discussões, como a enorme lista de espera para receber um órgão e aquelas pessoas, com condições econômicas, que num ato desespero pensam em pagar pela aquisição de órgãos no mercado negro que é alimentado pelo cruel tráfico de seres humanos.

Além de criminalizar a comercialização de órgãos, o Brasil é signatário do Protocolo de Palermo - Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças⁷², que dentre suas definições também trata da proibição à exploração de seres humanos para fins de remoção de órgãos.

72 Decreto nº 5.017/2004 - Art. 3º, "a" – "A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade, ou à entrega ou aceitação de benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos

O Brasil também aderiu à Declaração de Istambul, com o objetivo de assegurar a proteção e a segurança de dadores vivos, combatendo, em simultâneo, o turismo de transplante, o tráfico de órgãos e o comércio dos transplantes.

Aqueles que defendem a criação de um mercado regulado para comercialização de órgão e o fim da criminalização argumentam que:

- a. Haveria benefício mútuo, o financeiro para a pessoa em situação de pobreza e a recuperação da saúde do paciente que possui condições econômicas;
- b. As cirurgias seriam realizadas em condições de saúde e higiene para aquele dispõe do próprio órgão e aquele que recebe;
- c. Os preços dos órgãos estariam de acordo com a prática de mercado e acabaria com o mercado negro de tráfico de órgãos.
- d. Reduziria as filas de espera pelo transplante.

Todos esses argumentos ignoram que órgãos não são bens que podem ser comercializados, desrespeitam ao princípio da dignidade da pessoa humana e sobretudo expõe a risco especialmente aquelas pessoas que por questões históricas, sociais e políticas são postas em situação de vulnerabilidade e que, também por um ato de desespero, venham a comercializar partes do corpo.

VI. 3 Tecidos, órgãos e partes do corpo humano

Quanto ao objeto dos transplantes, segundo a Prof. Maria Celeste Cordeiro Leite Santos⁷³, podemos definir:

Órgão: qualquer parte do corpo que exerce função específica, como respiração, secreção, digestão etc. (dicionário Stedman). Por exemplo: rins, coração, pulmão, pâncreas, fígado e intestino.

Tecido: é formado por cem quatrilhões de células, que se calcula existirem no corpo humano e formam certos grupos em que os elementos, além de semelhantes entre si, se congregam para o desempenho de determinadas funções. (Antônio Ferreira Almeida Junior). Por exemplo: córneas, válvulas, ossos, músculos, tendões, pele, veias e artérias.

VI.4 Sangue, Esperma e Óvulo

Não estão compreendidos entre os tecidos o sangue, o esperma e o óvulo.

⁷³ Idem. p. 140

A transfusão de sangue é uma forma de transplante, mas se diferencia das demais situações pelos seguintes motivos:

- a. porque na transfusão se trata de uma substância de origem humana de natureza regenerável, enquanto nos transplantes em sua maioria não o são;
- b. porque na cirurgia de transplante se considera, em quase todos os ordenamentos, como de prática condicionada e excepcional, enquanto na transfusão é de ocorrência diária e rotineira;
- c. porque enquanto a intervenção do transplante supõe, em geral, a produção de lesões nos participantes, a transfusão ocasiona uma incisão sem importância;
- d. porque muitas transfusões se revestem de caráter urgente ou imediato, de sorte que não podem estar precedidas dos formalismos que rodearam o transplante de órgãos.

O sangue e o leite, por serem propriedades orgânicas recuperáveis pelo próprio corpo, sem risco à vida ou integridade física orgânica do doador, podem ser objeto de doação (ou cessão onerosa em alguns países), sem ocorrência da ilicitude jurídica.⁷⁴

O sêmen pode ser conservado por longo tempo, mediante congelamento, e pode, inclusive, ser extraído de cadáver, pois que sobrevive à morte do doador por dois dias.

VI.5 Estabelecimentos de Saúde

A realização de transplante ou enxertos de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano só poderá ser realizada por estabelecimento de saúde, público ou privado, e por equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante previamente autorizados pelo órgão de gestão nacional do Sistema Único de Saúde.

O estabelecimento de saúde, público ou privado, deverão:

- a. manter em seus arquivos, pelo período mínimo de cinco anos, os prontuários médicos, contendo os resultados ou os laudos dos exames referentes aos diagnósticos de morte encefálica e cópias dos documentos.
- b. enviar anualmente um relatório contendo os nomes dos pacientes receptores ao órgão gestor estadual do Sistema Único de Saúde.

A lei também estabelece que é proibida a veiculação, através de qualquer meio de comunicação social de anúncio que configure:

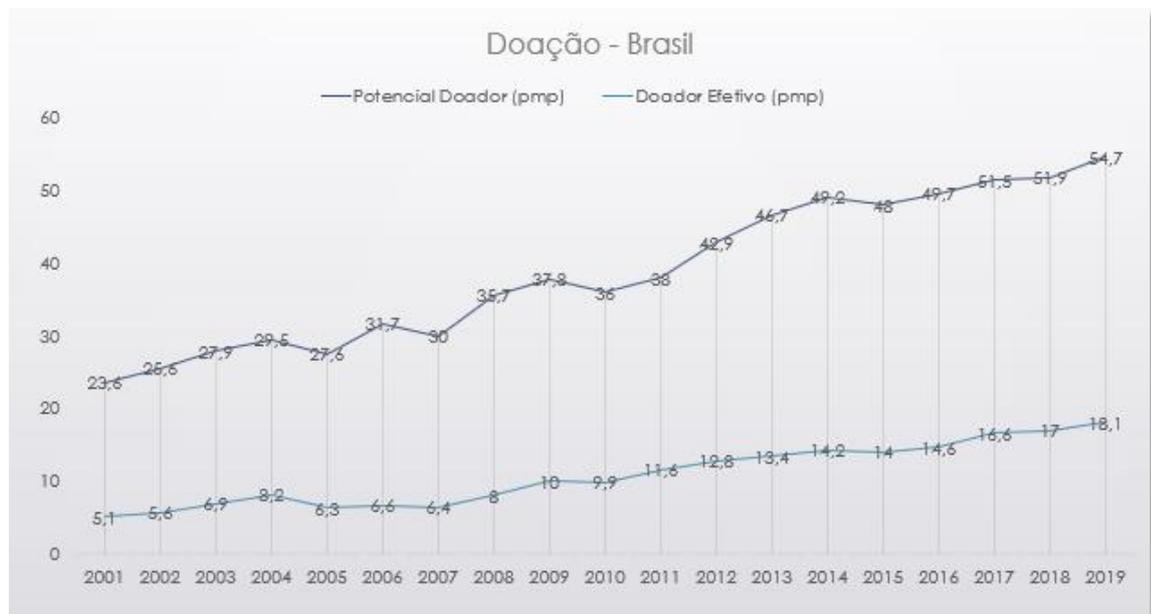
⁷⁴ Idem. p. 158

- a. publicidade de estabelecimentos autorizados a realizar transplantes e enxertos, relativa a estas atividades;
- b. apelo público no sentido da doação ser realizada para pessoa determinada identificada ou não, ressalvado o disposto no parágrafo único;
- c. apelo público para a arrecadação de fundos para o financiamento de transplante ou enxerto em benefício de particulares.

É obrigatório, para todos os estabelecimentos de saúde notificar, às centrais de notificação, captação e distribuição de órgãos da unidade federada onde ocorrer o diagnóstico de morte encefálica feito em pacientes por eles atendidos.

Após a notificação, os estabelecimentos de saúde não autorizados a retirar tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverão permitir a imediata remoção do paciente ou franquear suas instalações e fornecer o apoio operacional necessário às equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante, hipótese em que serão ressarcidos.

O gráfico abaixo demonstra o percentual do potencial de doadores no Brasil e o percentual de efetivos doadores, vejamos:



Fonte: Registro Brasileiro de Transplantes – Ano XXV nº 4

Como se observa ainda temos um longo caminho no Brasil de conscientização quanto à importância da doação de órgãos.

VI.7 Disposição de tecidos, órgãos e partes do corpo humano em vida para fins de transplante ou tratamento

A disposição de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo somente é permitida:

- à pessoa juridicamente capaz
- a título gratuito;
- para fins terapêuticos ou para transplantes:
 - em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive; ou
 - em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea e outros progenitores hematopoiéticos.
- quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.

Os estrangeiros não residentes no Brasil apenas poderão realizar transplante a partir de doador vivo em caso de necessidade terapêutica, comprovadamente indispensável e inadiável, sendo que a cirurgia somente poderá ser financiada com recursos do Sistema Único de Saúde (SUS) quando existir prévio acordos internacionais em base de reciprocidade.⁷⁵

Da necessidade de autorização

O doador deverá autorizar, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada.

A doação poderá ser revogada pelo doador ou pelos responsáveis legais a qualquer momento antes de sua concretização.

O indivíduo juridicamente incapaz, com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doação nos casos de transplante de medula óssea, desde que

⁷⁵ Decreto 9175/2017 e Portaria MS nº 201/2012 - Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano vivo para fins de transplantes no território nacional envolvendo estrangeiros não residentes no país.

haja consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais e autorização judicial e o ato não oferecer risco para a sua saúde.

É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou ao feto.

O auto-transplante depende apenas do consentimento do próprio indivíduo, registrado em seu prontuário médico ou, se ele for juridicamente incapaz, de um de seus pais ou responsáveis legais.

E no que diz respeito à doação de sangue do cordão umbilical e placentário a lei garante a toda mulher o acesso a informações sobre as possibilidades e os benefícios da doação voluntária durante o período de consultas pré-natais e no momento da realização do parto.

Disposição de tecidos, órgãos e partes do corpo humano post mortem

Não seria possível falar neste tema sem ingressarmos no conceito de morte, pois para segurança da sociedade como um todo em evitar a materialização de verdadeiros crimes, a definição do conceito de morte é algo fundamental para fins de realização de transplante.

Conceito de morte

Tanatologia é a ciência que estuda a morte. “Thánatos” vem do Grego, que era Deus, cujo significado era morte.

Durante muito tempo a medicina legal utilizou com provas absolutas demonstrativas do falecimento os chamados sinais evidentes de morte, como a cor esbranquiçada e a queda de temperatura⁷⁶.

Mas, estes sinais não eram suficientes para determinar o momento em que a vida foi cessada, motivo pelo qual a medicina legal começou a adotar o conceito de morte clínica com o emprego dos chamados sinais negativos de vida, como a ausência de batidas cardíacas, falta de respiração, abolição da sensibilidade e motricidade, e perda de reflexos, quando se conclui que a morte não um fato instantâneo, mas sim um processo⁷⁷.

⁷⁶ Idem, p. 152

⁷⁷ Maria Celeste C. L.Santos, traz o exemplo do caso do garoto Jason Arthur era dado como morto, aos sofrer, no dia 14 de julho de 1973, uma grave lesão cerebral numa piscina, na Califórnia, tendo sua mãe autorizado o transplante de seus rins e fígado. Quando os cirurgiões de um hospital de Denver se preparavam para a operação, perceberam que o suposto cadáver respondia aos estímulos de dor, tendo

A Prof. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos ensina que há imprecisões conceituais entre morte cerebral e morte encefálica, sendo imperioso distingui-las.

A morte cerebral se refere à inexistência de atividades do cérebro e no cerebelo, é o denominado "coma dépassé", segundo Mollaret e Gaulon, que descreve o coma vegetativo, caracterizado, clinicamente, por perda mais ou menos completa da consciência, da motricidade voluntária e da sensibilidade, com conservação das funções vegetativas intactas ou modificadas. Trata-se de situação de urgência e de extrema gravidade, traduzindo sempre profundo sofrimento de estruturas encefálicas, mas possível sua reversibilidade⁷⁸.

E com o avançar da medicina, das mudanças tecnológicas, no que diz respeito ao suporte de vida, como as técnicas de ressuscitação cardíaca e respiração com ventiladores mecânicos e a questão relacionada à doação de órgãos, bem como do problema de sobrevivência de pacientes em cuidados intensivos e sem nenhuma possibilidade de recuperação, surge o critério de morte encefálica, cujo conceito foi definido pelo Comitê *ad hoc* de Harvard em 1968⁷⁹.

Assim, a morte encefálica se caracteriza quando cessa de maneira irreversível a atividade do sistema nervoso central, pela cessação total das atividades cerebrais, atingindo toda a estrutura encefálica, estendendo-se do centro superior ao inferior que presidem os fenômenos da vida vegetativa, pela irreversibilidade da cessação, no sentido de que não são recuperáveis por nenhum meio atualmente conhecido.

A certeza da morte na pluralidade de métodos aventados

A Lei estabelece que a retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

É admitida a presença de médico de confiança da família do falecido no ato da comprovação e atestação da morte encefálica.

sua respiração sido restabelecida minutos depois. Essa descoberta foi importante, pois constatou-se que não é interrupção dos batimentos cardíacos e da respiração que põe fim a vida, mas sim a interrupção das atividades cerebrais

⁷⁸ <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67369/69979/88787>

⁷⁹ A Maria Celeste C. L.Santos lembra a distinção: *brain* significando encéfalo e, *córtex* significando cérebro. É comum o erro na tradução

Conselho Federal de Medicina

A Resolução 2173/2017 do Conselho Federal de Medicina estabelece que os procedimentos para determinação de morte encefálica (ME) devem ser iniciados em todos os pacientes que apresentem coma não perceptivo, ausência de reatividade supraespinhal e apneia persistente, e que atendam a todos os seguintes pré-requisitos:

- a. presença de lesão encefálica de causa conhecida, irreversível e capaz de causar morte encefálica;
- b. ausência de fatores tratáveis que possam confundir o diagnóstico de morte encefálica;
- c. tratamento e observação em hospital pelo período mínimo de seis horas. Quando a causa primária do quadro for encefalopatia hipóxico-isquêmica, esse período de tratamento e observação deverá ser de, no mínimo, 24 horas;
- d. temperatura corporal superior a 35°C, saturação arterial de oxigênio acima de 94% e pressão arterial sistólica maior ou igual a 100 mmHg ou pressão arterial média maior ou igual a 65mmHg para adultos. No caso de crianças, os parâmetros são um pouco diferentes, com um período de observação maior

É obrigatória a realização mínima dos seguintes procedimentos para determinação da morte encefálica:

- a. dois exames clínicos, com um intervalo mínimo de uma hora entre o primeiro e o segundo, cada um deles por um médico diferente, especificamente capacitados⁸⁰, que confirmem coma não perceptivo ausência de reatividade supraespinhal manifestada pela ausência dos reflexos fotomotor, córneo-palpebral, oculocefálico, vestibulo-calórico e de tosse;

⁸⁰ Com no mínimo um ano de experiência no atendimento de pacientes em coma e que tenham acompanhado ou realizado pelo menos dez determinações de ME ou curso de capacitação para determinação em M. Um dos médicos especificamente capacitados deverá ser especialista em uma das seguintes especialidades: medicina intensiva, medicina intensiva pediátrica, neurologia, neurologia pediátrica, neurocirurgia ou medicina de emergência. Na indisponibilidade de qualquer um dos especialistas anteriormente citados, o procedimento deverá ser concluído por outro médico especificamente capacitado. § 4º Em crianças com menos de 2 (dois) anos o intervalo mínimo de tempo entre os dois exames clínicos variará conforme a faixa etária: dos sete dias completos (recém-nato a termo) até dois meses incompletos será de 24 horas; de dois a 24 meses incompletos será de doze horas. Acima de 2 (dois) anos de idade o intervalo mínimo será de 1 (uma) hora.

- b. teste de apneia que confirme ausência de movimentos respiratórios após estimulação máxima dos centros respiratórios;
- c. exame complementar que comprove ausência de atividade encefálica, mediante a ausência de perfusão sanguínea encefálica ou, ausência de atividade metabólica, encefálica ou ausência de atividade elétrica encefálica. A escolha do exame levará em consideração a situação clínica e a disponibilidades locais. Esses exames podem ser a angiografia cerebral, o eletroencefalograma, o doppler transcraniano e a cintilografia. O laudo do exame complementar deverá ser elaborado e assinado por médico especialista no método em situações de morte encefálica.

A direção técnica do hospital onde ocorrerá a determinação de ME deverá indicar os médicos especificamente capacitados para realização dos exames clínicos e complementares

O relator da Resolução CFM nº 2.173/17 ressalta que os critérios brasileiros são conservadores e mais seguros do que o de outros países. “Na Alemanha, a morte encefálica é diagnosticada por apenas um médico e um exame complementar. E nos Estados Unidos o exame complementar é opcional”, conta. Pesquisas realizada no começo dos anos 2000, em 80 países, e publicada no New England Journal, em 2002, constatou que a participação dos dois médicos era exigida em 34% deles e em 59% era necessária a realização do teste de apneia. Outro levantamento, realizado em 2015, incluindo 91 países, constatou que em 70% deles existia uma legislação específica para determinação da morte encefálica, sendo que em 60% havia a exigência de um médico com treinamento em neurologia, neurocirurgia ou terapia intensiva para realizar a determinação da morte encefálica. Em 56% dos países havia um critério específico para crianças.⁸¹

Tempo de isquemia de cada órgão

O tempo de isquemia é o tempo de retirada de um órgão e transplante deste em outra pessoa. A tabela abaixo demonstra o tempo de isquemia aceitável para cada órgão a ser considerado para transplante:

⁸¹ https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27329:2017-12-12-11-27-28&catid=3

Órgão	Tempo de isquemia
Coração	04 horas
Pulmão	04 a 06 horas
Rim	48 horas
Fígado	12 horas
Pâncreas	12 horas

Fonte: <http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/doacao-de-orgaos>

Da necessidade de Autorização

A realização de transplante ou enxertos de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano só poderá ser autorizada após o doador se submeter a todos os testes de triagem para diagnóstico de infecção e infestação exigidos em normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Saúde.

Não é mais permitida a autorização presumida para doação post mortem de órgãos. Há necessidade de consentimento familiar.

A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização:

- a. do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. Caso seja utilizada autorização de parente de segundo grau, deverão estar circunstanciadas, no termo de autorização, as razões de impedimento dos familiares de primeiro grau.
- b. de ambos os pais ou por seus responsáveis legais, no caso de pessoa juridicamente incapaz.
- c. do patologista do serviço de verificação de óbito responsável pela investigação e citada em relatório de necropsia, no caso de morte sem assistência médica, de óbito em decorrência de causa mal definida ou de outras situações nas quais houver indicação de verificação da causa médica da morte.

É vedada a remoção post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoas não identificadas.

Consentimento expresso do receptor

O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, assim inscrito em lista única de espera, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento.

Nos casos em que o receptor seja juridicamente incapaz ou cujas condições de saúde impeçam ou comprometam a manifestação válida da sua vontade, o consentimento será dado por um de seus pais ou responsáveis legais.

Lista de Espera

A compatibilidade entre doador e receptores é determinada por exames laboratoriais e a posição em lista é determinada com base em critérios, como tempo de espera e urgência do procedimento.

O Sistema de Lista Única é constituído pelo conjunto de potenciais receptores brasileiros, natos ou naturalizados, ou estrangeiros residentes no país, inscritos para o recebimento de cada tipo de órgão, tecido, célula ou parte do corpo. É regulado por um conjunto de critérios específicos para a distribuição destas partes aos potenciais receptores, assim constituindo o Cadastro Técnico Único (CTU)⁸². O estrangeiro não residente no Brasil não poderá ser incluído na lista de espera, salvo se houver tratado internacional com promessa de reciprocidade.

A inscrição em lista única de espera não confere ao pretense receptor ou à sua família direito subjetivo a indenização, se o transplante não se realizar em decorrência de alteração do estado de órgãos, tecidos e partes, que lhe seriam destinados, provocado por acidente ou incidente em seu transporte.

A adoção de uma ordem cronológica de inscrição na lista de espera para fins de recebimento de órgão parece justa, mas nem sempre aquele que se inscreveu primeiro está em piores condições do que aquele que se inscreveu depois.

Por isso, no Brasil, adotou-se três fatores determinantes para priorização na lista de espera: (a) compatibilidade dos grupos sanguíneos; (b) gravidade do estado de saúde; e (c) tempo de espera.

A informação mais recente disponível sobre os quantitativos de potenciais receptores em lista de espera por um transplante de órgão ou córnea.

82 <http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/doacao-de-orgaos>

Lista de Espera	
Cadastro Técnico	
AGOSTO 2020	
Rim	29.993
Fígado	1.812
Pâncreas Rim	464
Coração	344
Pulmão	220
Pâncreas	64
Multivisceral	5
Intestino	4
Total de Órgãos	32.906
Córnea	14.000
Total Geral	46.906

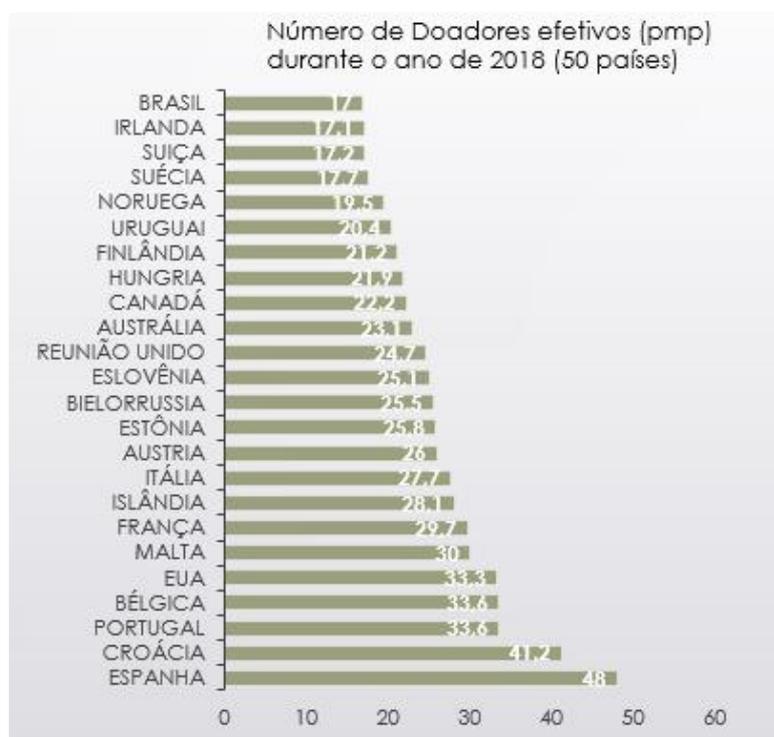
Fonte: Sistema Informatizado do Ministério da Saúde - SIG SNT
Atualização: 31/08/2020

Alguns dados estatísticos

A Espanha mantém desde 1992 o recorde mundial de doadores de órgãos PMP. Em 2017, a taxa foi de 46,9 PMP, totalizando 2.183 doações e 5.261 órgãos transplantados, média de seis doações e 14 transplantes diários. No ano anterior, em 2016, esse indicador chegou a 43,4 PMP, com 2.018 doações e 4.818 órgãos transplantados.

De acordo com a lei espanhola, toda pessoa falecida é presumidamente doadora de órgãos, a menos que tenha manifestado opinião contrária em vida. Ainda assim, na prática, os familiares são sistematicamente consultados, tendo sua opinião respeitada. Em 2017, das 2.509 entrevistas familiares feitas na Espanha em relação ao ente falecido, registrou-se consentimento familiar em 2.183 casos (87,1%), enquanto apenas 326 (12,9%) famílias recusaram.

No Brasil, como a autorização para doação de órgão e tecidos não é presumida e, apesar de todo o esforço para conscientização da população, ainda temos um longo caminho para percorrer, conforme demonstra o gráfico abaixo do número de doares efetivo por milhão de população, vejamos:

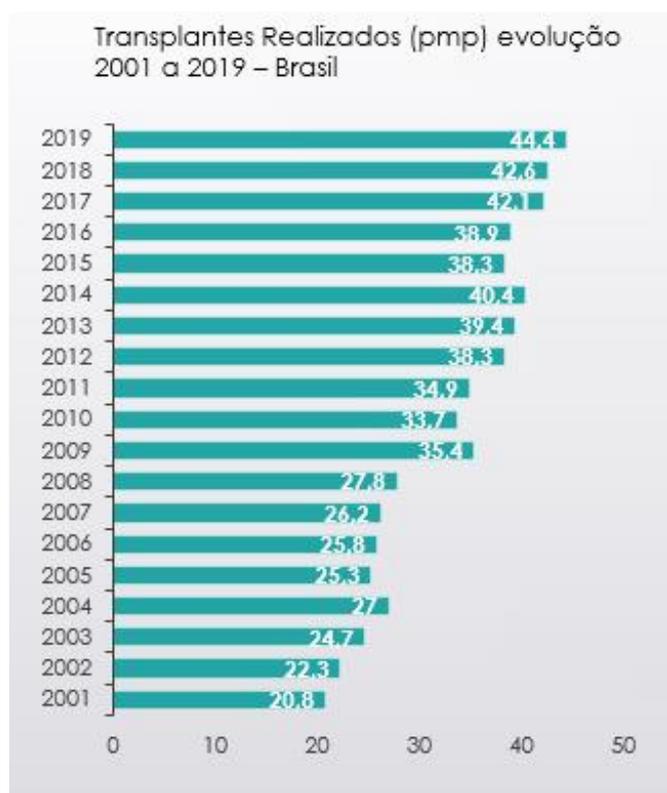


Fonte RBT – Ano XXV nº 4

Mesmo ocupando essa posição em número de doadores efetivos, em relação ao cinquenta países considerados, o Brasil ocupa a segunda posição em número de transplantes no mundo⁸³. O gráfico⁸⁴ abaixo demonstra claramente o salto de crescimento em dezoito anos, vejamos:

83 Registro Brasileiro de Transplantes. ABTO. Ano XXV nº 4.

84 Órgãos Sólidos: coração, fígado, rim, pulmão, pâncreas e pâncreas rim.



Fontes: CETs - Centrais Estaduais de Transplantes/ INCA/ TabWin

Ao analisar a quantidade de transplante de órgãos sólidos no Brasil, constatamos que o rim é o órgão mais transplantado na população, vejamos:

* Órgão	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	Jan/2010 a mar/2020
Coração	166	160	228	272	311	353	357	380	357	378	148	3.110
Fígado	1.412	1.497	1.603	1.726	1.758	1.810	1.882	2.122	2.195	2.256	979	19.240
Pâncreas	133	181	153	143	128	121	135	113	146	175	50	1.478
Pulmão	61	49	69	80	67	74	92	112	121	104	35	864
Rim	4.654	4.982	5.431	5.465	5.661	5.591	5.531	5.930	5.949	6.294	2.409	57.897
TOTAL	6.426	6.869	7.484	7.686	7.925	7.949	7.997	8.657	8.768	9.207	3.621	82.589

Fonte: Associação Brasileira de Transplante de Órgãos 85

VII. A pandemia de coronavírus (SARS-CoV-2)

Diante da pandemia de coronavírus (SARS-CoV-2) e a recomendações da Organização Mundial da Saúde – OMS, o Brasil reviu os procedimentos e critérios de seleção de doadores e receptores de órgãos e tecidos, tal como a Organização Nacional

85 <http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/RBT/2020/RBT-2020-1trim-leitura.pdf>

de Transplantes - ONT (na Espanha), editando, por meio do Ministério da Saúde, a NOTA TÉCNICA Nº 34/2020-CGSNT/DAET/SAES/MS.

Enquanto durar o estado de pandemia de coronavírus (SARS-CoV-2), durante o processo de validação de doadores de órgãos e tecidos, os indivíduos poderão ser classificados como "doador com contra-indicação relativa" ou "doador com contra-indicação absoluta", não sendo possível classificar um doador como "doador sem contra-indicação".

Durante o período de transmissão comunitária, estão suspensos os transplantes eletivos com doadores vivos.

Os critérios técnicos para triagem clínica do coronavírus (SARS-CoV-2) nos candidatos à doação de órgãos e tecidos e para manejo do paciente em lista de espera e do transplantado foi alterado conforme veremos:

Doador falecido - órgãos, tecidos oculares e pele

<p>Doador com COVID-19 confirmada, ou Doador com teste de RT-PCR para SARS-CoV-2 positivo</p>	<p>Contraindicação absoluta para doação de órgãos e tecidos.</p>
<p>Doador que teve contato com casos suspeitos ou confirmados de COVID-19</p>	<p>Se o contato ocorreu há menos de 14 dias, descartar; Se o contato ocorreu há mais de 14 dias, o doador pode ser validado para doação de órgãos mediante: a) Resultado de RT-PCR para SARS-CoV-2 negativo Em caso de aceite do enxerto, considerar colocar o receptor em isolamento respiratório e de contato após o transplante.</p>
<p>Doador com suspeita clínica, porém com resultado de teste laboratorial para SARS-CoV-2 negativo.</p>	<p>Se os sintomas ocorrerem há menos de 14 dias, descartar; Se os sintomas cessaram há mais de 14 dias, o doador pode ser validado para doação de órgãos mediante: a) Resultado de RT-PCR para SARS-CoV-2 negativo Em caso de aceite do enxerto, considerar colocar o</p>

	receptor em isolamento respiratório e de contato após o transplante.
Doador que teve COVID-19, com regressão completa dos sintomas há mais de 14 dias	Pode ser validado para doação de órgãos, mediante: a) Resultado de RT-PCR para SARS-CoV-2 negativo realizado 24h antes da captação.
Doador sem suspeita clínica e sem contato com casos suspeitos ou confirmados de COVID-19	Pode ser validado para doação de órgãos, tecidos oculares e pele mediante resultado de RT-PCR para SARS-CoV-2 2 negativo realizado 24h antes da captação.

Doador vivo – órgãos

Doador com COVID-19 confirmada.	Contraindicação absoluta para doação de órgãos.
Doador com suspeita clínica ou cura.	Pode ser validado somente após 28 dias de resolução completa dos sintomas clínicos, mediante a: a) Resultado de RT-PCR para SARS-CoV-2 nega realizado 24h antes da captação.
Doador sem suspeita clínica e sem contato com casos suspeitos ou confirmados de COVID-19.	Pode ser validado para doação de órgãos mediante a: a) Resultado de RT-PCR para SARS-CoV-2 negativo realizado 24h antes da captação.

Receptores aguardando transplante - doador vivo ou doador falecido

- a. Ainda que o paciente à espera do transplante não apresente sintomas ou sinais clínicos de COVID-19, este deverá realizar teste RT-PCR para SARS-CoV-2 durante a avaliação pré-transplante, sempre que possível;
- b. Caso o paciente apresente resultado de RT-PCR para SARS-CoV-2 positivo na avaliação pré-transplante, deverá ser temporariamente suspenso da lista de espera e reavaliado após 28 dias;
- c. Suspender temporariamente os serviços de ambulatório pré-transplante dos pacientes listados;
- d. Manter o atendimento a demanda de inclusão em lista, tomando as devidas providências para minimizar o risco de contágio ou transmissão de coronavírus;
- e. Manter o paciente ativo em lista e a atenção à validade dos exames;
- f. Elaborar fluxo isolado da emergência para a entrada de pacientes na instituição de transplante;
- g. Organizar pós-operatório em lugar adequado;
- h. Aplicar alta precoce.

VIII. O futuro dos transplantes de órgãos e tecnologia

Uma alternativa ao transplante de órgãos poderá ser o procedimento de impressão de órgãos em 3D que tem sido cada vez mais praticado em todo o mundo, acabando com as longas esperas pela doação de órgãos e, em teoria, também com a possibilidade de rejeição.

Em 2016, um estudo publicado na revista Nature revelou que pesquisadores norte-americanos conseguiram implantar tecidos impressos em 3D em animais. Os cientistas imprimiram estruturas cartilaginosas, ósseas e musculares e as transplantaram nos roedores. Essas células desenvolveram um sistema de vasos sanguíneos e se transformaram em tecidos. O dispositivo usado para criar esses tecidos é chamado de Sistema Integrado de Impressão de Tecido e Órgão. Ele usa tanto materiais plásticos quanto biodegradáveis para projetar a forma do órgão desejado.⁸⁶

Enquanto isso, a empresa Organovo já oferece tecido renal e hepático para rastrear potenciais medicamentos. Além de reduzir o número de testes em animais, pode aumentar

⁸⁶ <https://saudedohomembh.com.br/a-impressao-de-orgaos-3d-e-o-futuro-dos-transplantes/>

a eficácia e confiabilidade dos resultados, uma vez que o tecido é humano. A companhia anunciou ainda que havia transplantado tecidos de fígado impressos a partir de células humanas em camundongos. Segundo a Organovo, os tecidos poderão servir para o tratamento de insuficiência hepática crônica dentro de três a cinco anos.

Outros especialistas estão implantando músculos, orelhas e ossos em animais. No ano passado, cientistas da Northwestern University, em Chicago, imprimiram ovários protéticos e os implantaram em camundongos. Os receptores foram capazes de conceber e dar à luz com a ajuda desses órgãos artificiais.

A L'Oréal, uma empresa francesa de cosméticos, já investe na bioimpressão para a realização de testes de seus produtos. Segundo o site da Bloomberg, a companhia desenvolve cinco metros quadrados de pele por ano. Todas essas aplicações e estudos estão sendo realizados porque a ideia é que, no futuro, as impressoras 3D façam mais do que órgãos de plástico, mas partes reais do corpo humano. Na prática isso significaria que um paciente não precisaria entrar na fila à espera de um rim a ser transplantado, por exemplo. Bastaria imprimir um novo para ele, com suas próprias células (e, conseqüentemente, com um menor risco menor de rejeição).

Em novembro de 2019 foi publicada na revista Biofabrication, o estudo realizado pelo Centro de Pesquisa sobre o Genoma Humano e Células-Tronco (CEGH-CEL), do Instituto de Biociências da Universidade de São Paulo, em coautoria com a Dra. Mayna Zats, relativo à criação de um minifígado funcional em impressora 3D, utilizando amostras de sangue de três voluntários. O órgão artificial teria a capacidade de exercer as mesmas funções do órgão real, incluindo a produção de proteínas, a secreção e o armazenamento de substâncias.

Para a criação do fígado, os cientistas combinaram diferentes técnicas de bioengenharia com bioimpressão 3D, permitindo que o tecido criado pela impressora mantivesse as funções hepáticas por mais tempo que o registrado em tentativas anteriores. A impressão do órgão demorou apenas alguns minutos, e após essa etapa ele passou por 18 dias de maturação. Todo o processo de criação do minifígado em 3D, desde a coleta do sangue até a geração do tecido funcional, durou cerca de 90 dias.⁸⁷

Xenotransplante. Há mais de 40 anos o suíno é estudado como doador de órgão para seres humanos, principalmente no sistema de assistência hepática temporária, na hepatite fulminante. O fígado do suíno apresenta semelhanças morfológicas com as dos seres humanos. Outra vantagem do uso de suínos inclui baixos custos de manutenção e acasalamento, podem acasalar em cativeiro sem problemas, o tamanho de seus órgãos é adequado para pequenos e grandes pacientes, menor restrição social e a possibilidade de

⁸⁷ <https://agencia.fapesp.br/pesquisadores-criam-minifigado-funcional-por-impressao-3d/31946/>

produzir suínos transgênicos livre de patógenos e imunocompatível com humanos para evitar rejeição. Em conclusão, o xenotransplante é uma solução potencial para a falta de órgãos; no entanto, e a possibilidade de transmissão de infecções entre espécies dificulta atualmente esse procedimento. Adiantamentos na pesquisa de xenotransplante e na biotecnologia podem produzir suínos transgênicos imunocompatível com seres humanos e livre de patógenos para servir como doador de órgãos em um futuro próximo.⁸⁸

IX. Os Desafios

Os órgãos bio-impressos ainda não são uma realidade, mas esse avanço é essencial para que aperfeiçoamentos nessa tecnologia sejam feitos. Tudo indica que a técnica é promissora, mas é claro que pesquisas mais detalhadas ainda são necessárias para que a tecnologia seja usada em humanos.

Além de questões técnicas, a aprovação desse tipo de tecnologia em humanos deve esbarrar em questões éticas a serem avaliadas pelas agências regulatórias de cada país.

Fato é que a versatilidade da aplicação da impressão em 3D é enorme. Ter a possibilidade de, num futuro tão próximo, criar órgãos a partir do zero para salvar vidas parece um sonho que pode estar prestes a se tornar realidade.

Os benefícios de pegar a célula do próprio paciente e reprogramá-la em laboratório para a criação de um novo órgão são promissores e poderão, em teoria, acabar com a chance de rejeição, com redução das filas de transplantes e com o tráfico de órgãos.

X. Bibliografia

Abade, Rosana Maria Neves. Transplante de Órgãos: Relevância Penal. Mestrado PUC. 2009

Berlinguer, Giovanni r e Volnei Garrafa. Mercado Humano. Ed. UnB. 2ª Ed. 2001.

Constituição Federal de 1988

Declaração de Istambul. Sobre Tráfico de Órgãos e Turismo de Transplante

Decreto 9.175 de 18 de outubro de 2017. Regulamenta a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, para tratar da disposição de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento

⁸⁸ <https://www.revistas.usp.br/revistadc/article/view/167177>

Decreto nº 5.017 de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças

<http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/doacao-de-orgaos>

<https://agencia.fapesp.br/pesquisadores-criam-minifigado-funcional-por-impressao-3d/31946/>

<https://www.revistas.usp.br/revistadc/article/view/167177>

Lei 9.434 de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências

Nota Técnica nº 34/2020-CGNT/DAET/SAES/MS. Ministério da Saúde. Pandemia de Coronavírus (SARS-Cov-2)

Portaria nº 201. Ministério da Saúde. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano vivo para fins de transplantes no território nacional envolvendo estrangeiros não residentes no país

Registro Brasileiro de Transplantes – RBT. Associação Brasileira de Transplante de órgãos ABTO. RBT 2019 (JAN/DEZ) - ABTO

Registro Brasileiro de Transplantes – RBT. Associação Brasileira de Transplante de órgãos ABTO. RBT - 2020 -(JAN/JUN)

Resolução CFM nº 2173/2017. Define critérios do diagnóstico de morte encefálica

Revista Bioética vol.27 no.3 Brasília July/Sept. 2019 Epub Sep 26, 2019. Doação de órgãos e tecidos humanos: a transplantação na Espanha e no Brasil. Revista - Centro Universitário São Camilo - 2013;7(3):271-281 - <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/105/1811.pdf>

Revista Brasileira de Bioética. Freitas, Mendonça, Simioni, Francisco. Rev Bras Bioética 2019;15(e17):1-15. O cadáver humano: direito de autodeterminação e disposição dos próprios

Santos, Maria Celeste Cordeiro Leite. Transplante de órgãos e Eutanásia (Liberdade e Responsabilidade. Ed. Saraiva. 1992