

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1107

(Ano XIV)

(06/08/2022)

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. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

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 u, 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

QR code do Volume 1107



Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1107, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. *583 f.*

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso online. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



O ridículo jurídico e o ridículo, ridículo mesmo
Eduardo Luiz Santos Cabette, 09.

ARTIGOS

A conformidade da apuração da infração de cartel sob a teoria per se segundo a hermenêutica constitucional

Rodrigo França Vianna, 14.

Os pressupostos e óbices para a utilização da arbitragem tributária no Brasil: a (in)disponibilidade do crédito tributário

Tomás Imbroisi Martins, 47.

O direito de rejeição sanguínea em pacientes testemunhas de jeová

Orlando Tagliaferro Netto, 79.

A pluralidade da concepção de família

Julia Castrequini Novello, 83.

Abandono de incapaz e o papel do Estado

Ana Renata Zanatta de Oliveira, 99.

A influência das mídias nas decisões penais

Luana de Freitas Pereira, 110.

Direito de laje como um reflexo do direito fundamental social à moradia.

Mariana Roxo da Silva, 118.

“Stealthing”: adequação ao Direito Penal como violência sexual contra a mulher e a possibilidade jurídica do aborto legal

Rafaela Beatriz Mariano Costa, 140.

Amar é preciso: a importância do afeto para a consolidação do estado democrático de direito

Flavia Augusta Rodrigues Garcia, 158.

Análise sobre a ética profissional do advogado e os direitos e deveres na advocacia

Iara Albuquerque de Oliveira, 174.

A (in) constitucionalidade da Regra 50 e a defesa da proteção da igualdade no esporte

Ana Cristina Mizutori Romero, 186.

Cibercriminalidade: os crimes cibernéticos e os limites da liberdade de expressão na internet

Nicoli Tainara Ricardo Boton, 219.

Impossibilidade de guarda compartilhada por conta de conflitos entre genitores e situações de violência doméstica contra a mulher vs. direito à convivência familiar e comunitária

Thayza Mello da Silva, 230.

Imunidade da informação

Natan Alexandre Cruz Corado, Adriane Castelo Branco Moraes e Debora Da Silva Nascimento. 244.

O princípio da capacidade contributiva com foco em concursos públicos

Jorge Henrique Sousa Frota, 261.

O efeito suspensivo automático atribuído aos embargos à execução fiscal

Graziela Mitsue Uemoto Maciel Martins e Roberta Vieira Gemente de Carvalho, 288.

A tributação pela extrafiscalidade como limite ao direito fundamental de liberdade no direito brasileiro

Carolina Gomes Do Nascimento Krasovesky, 314.

Direito e Decisão Jurídica: Possibilidade de uma resposta adequada?

Taciana Melo Loepert, 332.

DIFAL: alterações legislativas

Mirela Reis Caldas, 348.

Violência obstétrica no Brasil e pandemia de covid-19: reflexões sobre a qualidade da atenção ao parto e nascimento no Brasil

Kethleem Alaide Fernandes, 355.

Linguagem simples no direito tributário (PL nº 6256/2019): possibilidades de inclusão social

Carlos Henrich de Andrade e Silva, 366.

A Justiça Desportiva como mediadora de conflitos no movimento esportivo – o papel da corte desportiva brasileira para além da literalidade do artigo 217 da Constituição Federal

Fernanda Cristina Santos Soares, Paulo Sérgio Feuz e Andrei Kampff, 382.

A influência da mídia nos julgamentos do Tribunal do Júri

Thayna Evelly Oliveira Cuinete, 397.

Pacote anticrime e o novo acordo de não persecução penal

Gustavo Silvestre Vilas Boas Matias, 412.

Extremismos ideológicos disseminados pela internet e os riscos ao artigo 5º da Constituição Federal

Vinicius Ozório Gomes, 421.

Psicopatia forense no ordenamento jurídico

Tais Conceição da Silva Freitas Sipião, 432.

TESE DE DOUTORAMENTO

Comunicación y determinación de la deuda tributaria a través del ICMS: mejora en la sistematización de la estructura fiscal brasileña frente al modelo europeo de centralización de la tributación al consumo

Inez Leite Tavares, 440.

O RIDÍCULO JURÍDICO E O RIDÍCULO, RIDÍCULO MESMO

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia Aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação do Unisal.

1-PRELÚDIO

Dizem que a vida imita a arte e vice-versa. Mas, a realidade costuma suplantar a ficção com certa frequência sem que sequer seja possível classificar alguns acontecimentos de acordo com os termos artísticos.

Abordaremos dois episódios recentes que poderiam, inicialmente, ser considerados cômicos. Porém, a comédia tem a característica de, burlescamente, tecer uma fina crítica social, o que não se coaduna com as situações. Apresenta-se ali uma crítica sim, mas falsa, uma narrativa fictícia que se quer passar por verdadeira.

Talvez a farsa, com seu elemento humorístico, mas sem preocupações com valores ou virtudes, apenas se ocupando do aspecto de comicidade do episódio. Contudo, a comicidade é apenas aparente e tem a característica de transitar entre a provocação do riso e do choro desesperado, bem como da indignação, muito rapidamente.

Estaríamos então diante de uma tragédia? Também não. Nesta há a expressão da grandeza do homem, tentando, ainda que de modo falho, superar as tramas do destino que o enreda. Não há nada de nobre nesses episódios. A tal ponto a baixeza presente é marcante que sequer é possível classificá-los com um termo composto como, por exemplo, tragicomédia. É que, como já se disse, não há traços de grandeza e o cômico se transmuda em dramático muito facilmente.

O único recurso razoável é apelar para a semântica comum, lembrando a palavra "ridículo" com toda sua força significativa. Etimologicamente significa "aquilo que provoca riso" (do latim, "ridere", "ridiculum"). A palavra é adequada dada sua amplitude, pois esse riso provocado pode ser sardônico, denotando "ironia, zombaria ou desprezo" e não

necessariamente o riso solto que demonstra alguma alegria ou diversão. 1 É nessa concepção que se pode afirmar que os acontecimentos a serem descritos e brevemente criticados são mesmo altamente “ridículos”.

2-ATO 1- A INCOMUNICAÇÃO DO NADA E DO PÚBLICO E NOTÓRIO

O PT acionou o STF alegando que o Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro e o Ministro da Justiça, Anderson Torres, teriam praticado crime de “Prevaricação” (artigo 319, CP), devido a terem participado de uma motociata nos EUA onde estava presente o jornalista Allan dos Santos, que responde a inquéritos no Brasil e tem ordem de Prisão Preventiva decretada. Para o PT havia obrigação dos agentes políticos sobreditos de comunicarem o fato às autoridades norte – americanas, o que não foi feito. Distribuído o pedido à Ministra Carmén Lúcia, esta abriu vistas para manifestação da Procuradoria Geral da República. 2

É mais que evidente que o pleito formulado pelo PT não tem a mais mínima sustentação jurídica. Trata-se de um “ridículo jurídico” seu acatamento, ainda que seja por mera praxe. Caberia à magistrada simplesmente indeferir “in limine” por total falta de justa causa. Acontece que quando decretada a Prisão Preventiva de Allan dos Santos no bojo dos questionáveis feitos do STF, a própria INTERPOL se negou a acatar a ordem de divulgação do sujeito passivo da medida como “procurado internacional”. Isso, conforme nota na qual esclarece que analisa os pedidos de inclusão para averiguar se não se tratam de casos de perseguições políticas, raciais ou religiosas. Eis o texto:

Esta revisão leva em consideração as informações disponíveis no momento da publicação, e um Edital só é publicado se estiver em conformidade com a Constituição da Organização, segundo a qual é estritamente proibido à Organização realizar qualquer intervenção ou atividade de caráter político, militar, religioso ou caráter racial. 3

1 PALAVRA ridículo. Origem da Palavra. Disponível em <https://origemdapalavra.com.br/palavras/ridiculo/#:~:text=E%20ao%20seu%20lado%20vemos,denota%20ironia%2C%20zombaria%2C%20desprezo>, acesso em 16.06.2022.

2 COSTA, Crystian. Carmén Lúcia cobra PGR sobre conduta de Bolsonaro em motociata nos EUA. Disponível em <https://revistaeste.com/politica/carmen-lucia-cobra-pgr-sobre-conduta-de-bolsonaro-em-motociata-nos-eua/>, acesso em 16.06.2022.

3 GOULART, Josette. Por que Allan dos Santos ainda não está na lista vermelha da Interpol? Disponível em <https://veja.abril.com.br/coluna/radar-economico/por-que-allan-dos-santos-ainda-nao-esta-na-lista-vermelha-da-interpol/>, acesso em 16.06.2022.

Bastaria isso para perceber que a ordem de prisão, sob o prisma internacional, restou totalmente desmoralizada e carente de legitimidade. Mas há mais:

Foi pedida a extradição de Allan dos Santos ao governo norte – americano e até o momento não existe qualquer mandado de extradição ou ordem de prisão válida naquelas paragens, de modo que o jornalista é um cidadão livre. Isso inobstante, a mando do Ministro Alexandre de Moraes e de ofício, haver reiterações do pedido pelo Ministério da Justiça brasileiro. ⁴ A ordem de prisão tupiniquim não logrou reconhecimento internacional e é, até o momento, um nada jurídico.

Ademais, o evento de que participaram o Presidente e o Ministro da Justiça sempre foi de conhecimento público, divulgado amplamente na grande mídia e nas redes sociais em geral. Na mesma medida o foi a presença de Allan dos Santos. Desse modo, se tratava de acontecimento público e notório que, obviamente, dispensa qualquer comunicação. As autoridades norte – americanas sabiam do evento, como, aliás, o mundo todo. Se nada fizeram foi simplesmente porque nada havia a ser feito. E, conseqüentemente, nada havia a ser informado pelo Presidente, pelo Ministro da Justiça ou por quem quer que fosse.

Sequer cogitar de prevaricação por uma omissão da comunicação de um nada que, ademais, é público e notório, sequer admitir que isso precisa ser “apurado”, ainda que por mera praxe, é, no mínimo, a expressão de uma “*burrocracia*” (misto de burrice com burocracia). Quanto a se tratar de mera limitação intelectual, negligência ou atuação com conotação política se sobrepondo ao aspecto estritamente jurídico, é conclusão a ser tirada por cada um. Mas uma coisa é certa. O pedido do PT e seu acatamento faz lembrar o brocardo latino que diz “*Asinus asinum fricat*” (“Um asno afaga ou coça o outro asno”).

3-ATO 2 – A COMISSÃO DE INEXPERTOS

Com o desaparecimento de um indigenista e um jornalista estrangeiro na Amazônia, cujos corpos no momento já foram encontrados e a autoria do crime deslindada pela Polícia Federal, seguindo as investigações, ⁵ passou-se a pretender imputar a tragédia com atores específicos a uma abstrata imputação de negligência da segurança pública e fiscalização na região. Em especial o Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, oficiou ao

⁴ SANTOS, Rafa. Alexandre cobra informações sobre extradição de Allan dos Santos. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-mar-14/alexandre-cobra-informacoes-extradicao-allan-santos> , acesso em 16.06.2022.

⁵ IRMÃOS confessam assassinato de indigenista e jornalista desaparecidos no Amazonas. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/irmaos-teriam-confessado-assassinato-de-indigenista-e-jornalista/> , acesso em 16.06.2022.

Executivo, apresentando prazo para a resolução do episódio! 6 Não se tem notícia de que tenha sido expedido algum documento, agora parabenizando a Polícia Federal e outros órgãos envolvidos nas buscas e apurações quanto à celeridade no encontro dos corpos em região tão inóspita, bem como o esclarecimento do crime.

Mas, pouco antes que tudo fosse deslindado por quem deve ser e sabe o que está fazendo, o Ministro Luiz Fux determinou a formação de um “Grupo de Trabalho” para fiscalizar, apresentar propostas e colaborar na apuração dos fatos e na busca. Tal grupo é composto por um fotógrafo, uma juíza auxiliar, uma antropóloga e um ator de cinema e televisão! 7 Eis a notícia de um autêntico grupo de *inexpertos* formado para colaborar, sabe-se lá como, a não ser com gasto de dinheiro público. Ainda que tal grupo também se destine a formular propostas para o tratamento jurídico de questões ambientais e conflituosas na região, tirante a juíza auxiliar e, eventualmente, a antropóloga, não se vislumbra atuação plausível. Mesmo as atuações dessas duas pessoas seriam muito limitadas e não passam de simbolismo vazio. Será que o Ministro Fux confunde ficção com realidade e pensa que o ator Wagner Moura é mesmo o “Capitão Nascimento” retratado no Filme “Tropa de Elite”? E o fotógrafo, seria ele uma versão brasileira de Clark Kent calvo que, a qualquer momento, se transformará em uma espécie de “Super – Homem”, com a vantagem de poder documentar seus atos por meio de belas fotos artísticas?

Novamente a única definição razoável para tudo isso é a palavra “ridículo”. E, ainda uma vez mais, é de lembrar a expressão latina já antes mencionada, “Asinus asinum fricat”, na medida em que a nomeação se dá e as pessoas a aceitam sem questionamento quanto às suas reais capacidades de atuação concreta.

4-FECHAM-SE AS CORTINAS

As fronteiras entre o ridículo jurídico e o ridículo propriamente dito, sem mais qualificações, estão atualmente obnubiladas. Os elementos externos ao Direito se infiltram na seara jurídica de forma alopoiética tresloucada, movida e motivada por critérios político – ideológicos capazes de desfigurar qualquer ideia de Justiça ou mesmo noção do ridículo.

Enquanto isso... “asinus asinum fricat”.

6 BARROSO dá 5 dias para governo prestar contas sobre busca na Amazônia. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jun-10/barroso-dias-governo-explicar-buscas-amazonia2> , acesso em 16.06.2022.

7 COSTA, Anna Gabriela. Ministro Fux anuncia criação de grupo para acompanhar buscas por desaparecidos na Amazônia. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jun-10/barroso-dias-governo-explicar-buscas-amazonia2> , acesso em 16.06.2022.

REFERÊNCIAS

PALAVRA ridículo. Origem da Palavra. Disponível em <https://origemdapalavra.com.br/palavras/ridiculo/#:~:text=E%20ao%20seu%20lado%20vemos,denota%20ironia%2C%20zombaria%2C%20desprezo> , acesso em 16.06.2022.

COSTA, Crystian. Carmén Lúcia cobra PGR sobre conduta de Bolsonaro em motociata nos EUA. Disponível em <https://revistaoeste.com/politica/carmen-lucia-cobra-pgr-sobre-conduta-de-bolsonaro-em-motociata-nos-eua/> , acesso em 16.06.2022.

GOULART, Josette. Por que Allan dos Santos ainda não está na lista vermelha da Interpol? Disponível em <https://veja.abril.com.br/coluna/radar-economico/por-que-allan-dos-santos-ainda-nao-esta-na-lista-vermelha-da-interpol/> , acesso em 16.06.2022.

SANTOS, Rafa. Alexandre cobra informações sobre extradição de Allan dos Santos. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-mar-14/alexandre-cobra-informacoes-extradicao-allan-santos> , acesso em 16.06.2022.

IRMÃOS confessam assassinato de indigenista e jornalista desaparecidos no Amazonas. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/irmaos-teriam-confessado-assassinato-de-indigenista-e-jornalista/> , acesso em 16.06.2022.

BARROSO dá 5 dias para governo prestar contas sobre busca na Amazônia. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jun-10/barroso-dias-governo-explicar-buscas-amazonia2> , acesso em 16.06.2022.

COSTA, Anna Gabriela. Ministro Fux anuncia criação de grupo para acompanhar buscas por desaparecidos na Amazônia. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jun-10/barroso-dias-governo-explicar-buscas-amazonia2>

A CONFORMIDADE DA APURAÇÃO DA INFRAÇÃO DE CARTEL SOB A TEORIA PER SE SEGUNDO A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

RODRIGO FRANÇA VIANNA:
Bacharel em Direito pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo
(PUC-SP)

RESUMO: O presente estudo aborda a adequação constitucional da teoria da infração per se na apuração da infração de cartel, conforme adotada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. O faz recorrendo a instrumentos da metodologia constructivista lógico-semântica, a partir de sua taxinomia, em cotejo com a teoria de Hermenêutica Constitucional. Na passagem, se estrutura a pertinência e compatibilidade do pragmatismo no ambiente do Direito Concorrencial brasileiro e suas hodiernas modulações.

Palavras-chave: Direito da Concorrência. Direito Administrativo Sancionador. Hermenêutica Constitucional. Cartel. Teoria *per se*.

ABSTRACT: This study shall address the constitutional adequacy of the theory of the “per se” liability within investigations of cartels, as adopted by the Administrative Council for Economic Defense – CADE. This study provide this assessment using instruments of the “logical-semantic constructivist” methodology, based on its taxonomy, in comparison with the theory of Constitutional Hermeneutics. The study also investigates the pertinence and compatibility of pragmatism in the context of the Brazilian Competition Law and its current modulations.

Keywords: Competition Law. Administrative Sanctioning Law. Constitutional Hermeneutics. Cartels. Per se Theory.

I. Introdução

O presente artigo busca examinar a possibilidade de acolhimento, em nosso sistema jurídico, da metodologia especificamente desenvolvida ao ambiente concorrencial dos Estados Unidos e importada ao Brasil na persecução de cartéis, conhecida como ilícito *per se*.

Conforme se verá adiante, quem tiver contato com literatura relacionada à livre concorrência deverá encontrar, em algum momento, dissertações acerca da conduta de cartel, dificilmente se deparando com intensos debates acerca de sua gravidade em

abstrato e dificuldade de apuração, estimação do dano, ou responsabilização. Justamente por isso se avolumam teorias jurídicas e econômicas (bem como jurídico-econômicas) que buscam dar maior eficácia à envergadura do Estado em busca da repressão e dissuasão da formação de cartéis, buscando evitar seus efeitos comumente deletérios.

Trata-se, em maior ou menor medida, de teorias de base pragmática, que se apoiam, como regra, em conceitos importados das ciências econômicas, incidindo muitas vezes verticalmente sobre o Direito. Notadamente, observando se tratar de um delito cuja reprovabilidade decorre de seus efeitos sobre o ambiente econômico, ganharam especial projeção as teorias oriundas da plataforma construída pela Escola de Chicago, consoante à abordagem econômica do Direito, chamada *Law and Economics*, embora cumpra registrar a existência de outras teorias dignas de estudo e aprofundamento – o que não se fará no presente artigo por sua menor influência sobre a prática brasileira.

A filosofia da Escola de Chicago, em síntese, utiliza como referencial de antijuridicidade a (in)eficiência econômica, que busca garantir à apuração jurídica dos fatos maior objetividade, algo que melhor se abordará adiante. Tendo como premissa que o bem jurídico tutelado será traduzido em eficiências econômicas, a base do *Law and Economics* permite algumas presunções que funcionariam como facilitadores da busca por tal objetivo.

Com efeito, a apuração de cartel, como se disse, implica a difícil tarefa de apuração dos efeitos (danosos) da prática. Neste contexto, boa parte das teorias de natureza consequencialista buscam justamente desonerar a autoridade competente de apurar a existência de efeitos decorrentes da conduta, viabilizando mais condenações de agentes econômicos. Conforme se verá, a forma de apuração dos cartéis pode influenciar e até alterar substancialmente sua classificação segundo a ótica da dogmática penal, de resultado, formal ou de mera conduta.

Dentre as teorias jurídicas desenvolvidas sobre tal esteio, aqui adentrando especificamente o Direito da Concorrência, está a teoria da infração de ilicitude *per se*, isto é, infrações em que se presume de forma absoluta a ocorrência de efeitos negativos advindos da prática e, conseqüentemente, sua ilicitude. Conforme se verá, tal teoria busca embasamento na epistemologia econômica, que aponta que dificilmente haverá eficiências econômicas decorrentes de um cartel, de modo que, demonstrada a materialidade do conluio, o dano seria presumível.

A teoria da responsabilização *per se* é a atualmente adotada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, de modo que se encontra em pleno vigor, na prática, no Sistema Brasileiro de Defesa Econômica. Contudo, há de se investigar a natureza jurídica de tal teoria, em cotejo com os ditames constitucionais, buscando entender suas modulações e, finalmente, seu cabimento e limites no ordenamento jurídico brasileiro – que é, como se sabe, constitucionalista. Buscar-se-á responder, pois: (i) a teoria do ilícito *per se* encontra supedâneo legislativo? (ii) a base principiológica da teoria do ilícito *per se* encontra respaldo constitucional? (iii) a teoria do ilícito *per se* encontra conformidade constitucional?

Para tanto, utilizar-se-á recursos da metodologia constructivista lógico-semântica, partindo-se da premissa de que *interpretar é construir sentido*⁸, dessa forma investigando o arcabouço normativo positivo, o nosso Direito posto.

II. *Law & Economics* e a Hermenêutica Constitucional

Conforme antecipado, a intensa expansão do pragmatismo no Direito pode ser especialmente associada à já mencionada escola jurídico-econômica de Chicago, conhecida como *Law & Economics*. A doutrina possui lógica própria, cuja valoração jurídica de condutas se preocupa menos com a reprovabilidade da conduta no cotejo de múltiplos princípios presente na ordem jurídica, restringindo-se à apuração sob a ótica do princípio da *eficiência econômica*⁹ no ensejo da antijuridicidade e justificação da sanção¹⁰. Não coincidentemente, seu surgimento está umbilicalmente ligado à análise econômica do Direito Concorrencial¹¹, daí sua notável importância à hermenêutica deste universo.

Mais que um arcabouço ferramental útil ao estudo do campo, a abordagem econômica do Direito proposta pela referida doutrina oferece outro elemento relevante à

8 Conforme elucidativa assertiva de Fabiana Tomé na interpretação de Paulo de Barros Carvalho (TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. 4ª ed., São Paulo: Noeses, 2016 – Cap. 7, item 7.6.)

9 POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 3ª Ed. Wolters Kluwer, 1986. p.5 e 23.

10 “Já a Escola de Chicago adota a proteção do consumidor como único foco do Direito da Concorrência, (...) o que importa é a geração de eficiências e não propriamente a manutenção de um ambiente competitivo, até porque, diante dos pressupostos idealizados da Escola, grandes concentrações de poder econômico e mesmo monopólios não são fenômenos preocupantes, desde que não haja barreiras à entrada nos mercados. Como já se viu, o aspecto mais sedutor da Escola foi o de associar a ideia de eficiência ao bem-estar do consumidor, o que já se demonstrou ser falso”. (FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 51).

11 POSNER, Richard. *Op. Cit.* p. 19

hermenêutica específica, que é a importação de conceitos oriundos das ciências econômicas para o campo jurídico, otimizando seu caráter integrativo. Em termos de semiótica¹², ferramenta do constructivismo lógico¹³, diversos conceitos cunhados sob a epistemologia do campo econômico são aproveitados para interpretação de nossa ordem normativa, desde a Constituição da República até resoluções e regulamentos, de modo que o campo semântico das normas se vê permeado pelas ciências econômicas.

É de se notar, contudo, que, conforme aponta Frazão¹⁴, deve ser a matéria observada, sempre, sob a égide da ciência jurídica, especialmente em respeito à sua autopoiese, não obstante esta se aproprie, para maior precisão na execução da leitura jurídica, de conceitos e análises econômicas de prisma pragmático-consequencialista. Nesse sentido, cabe fazer uma breve leitura da estrutura jurídica da doutrina *Law and Economics*, para então verificar sua adequação hermenêutica.

Conforme bem explica Posner¹⁵, o *Law and Economics* marcou sua expansão para além dos limites do Direito Concorrencial ao aplicar teorias e métodos de base empírica das ciências econômicas ao sistema legal de *common law* como um todo, cujo significado de justiça seria marcado por primados de eficiência econômica. O próprio autor, contudo, ressalva que tal substância não é partilhada por sistemas jurídicos distintos:

“The efficiency theory of the common law is not that every common law doctrine and decision is efficient. That would be completely unlikely, given the difficulty of the questions that the law wrestles with

12 Consoante às noções de SANTAELLA, Lucia. **A relevância da semiótica para a construção do conhecimento.** in CARVALHO, Paulo de Barros. (Coord.) et. BRITTO, Lucas Galvão (Org.). **Lógica e Direito.** São Paulo: Noeses, 2016.

13 PAULINO, Maria Angela Lopes. **A teoria das relações na compreensão do direito positivo.** Constructivismo Lógico-semântico, Vol. I. São Paulo: Noeses, 2014.

14 “Ainda se deve atentar para as importantes contribuições das análises econômicas, que são fundamentais para a dimensão pragmática do discurso jurídico antitruste. Sobre o assunto, é importante ressaltar que a demonstração das fragilidades e das deficiências das análises econômicas e consequencialistas tem a finalidade exclusiva de ressaltar a inviabilidade da sua utilização com metodologia exclusiva do Direito da Concorrência, mas não a de afastá-las do discurso antitruste, em razão de sua inegável importância”. E explica que, segundo José Maria Arruda de Andrade, “a utilização cada vez mais técnica e transparente da microeconomia na análise antitruste, com o reconhecimento do alcance preditivo limitado e dos pressupostos utilizados, **pode contribuir para o fortalecimento do positivismo jurídico contemporâneo e para a segurança jurídica**” (grifou-se). (FRAZÃO, Ana. *Op. Cit.* p. 51).

15 POSNER, Richard. *Op. Cit.* p. 19.

and the nature of judges' incentives. The theory is that the common law is best (not perfectly) explained as a system for maximizing the wealth of society. Statutory or constitutional as distinct from common law fields are less likely to promote efficiency, yet even they as we shall see are permeated by economic concerns and illuminated by economic analysis".

Uma vez mais, destaca-se a nota de que mesmo os regimes constitucionalistas são *iluminados* por análises econômicas, em que pese não sejam por elas pautados ou a elas moldados. Ainda, Posner¹⁶ observa que a abordagem econômica do Direito, enquanto preconiza a eficiência econômica como valor referencial do *common law*, demonstra à sociedade de quê precisa ela abrir mão para atingir um ideal não econômico de justiça – isto é, a demanda por justiça, em termos não economicamente quantificáveis, possui seu custo.

Com efeito, não é nova a Teoria dos Valores¹⁷ e a subjetividade¹⁸ no estabelecimento de seus contornos e pressupostos hierárquicos, mormente em um sistema constitucionalista que, ao lado dos primados da eficiência econômica, possui uma série de outros valores igualmente positivados em seus princípios, normas fundamentais¹⁹, cabendo ao intérprete seu escalonamento, consoante às teorias jurídicas que lhe aprover.

Ronald Dworkin, bem explica tal retrato, quando argumenta que *“a lei será economicamente mais eficiente se os juízes forem autorizados a levar em conta o impacto econômico de suas decisões; isso, porém, não responderá à questão de saber se é justo que eles procedam assim, ou se podemos considerar critérios econômicos como parte do direito existente, ou se decisões com base no impacto econômico têm, por esta razão, um*

16 POSNER, Richard. *Op. Cit.* p. 26.

17 CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2016. Primeira Parte, Capítulo 3, item 3.2, p. 180.

18 “Bem se vê que o deparar com valores leva o intérprete, necessariamente, a esse mundo de subjetividades, até porque eles se entrelaçam formando redes cada vez mais complexas, que dificultam a percepção da hierarquia e tornam a análise uma função das ideologias dos sujeitos cognoscentes”. CARVALHO, Paulo de Barros. *Op. Cit.* p. 186.

19 Conforme, entre outros, BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon, 1ª Ed. São Paulo: Edipro, 2011. p.25. e ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª Ed., 4ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 87.

*maior ou menor peso moral*²⁰. Ao que conclui que problemas relativos à teoria do direito são ligados a princípios.

Neste esteio, remete-se brevemente o leitor aos ensinamentos clássicos de hermenêutica quanto à modulação de princípios, desde a moldura de Kelsen²¹, que já dá conta de ilustrar a problemática das múltiplas interpretações válidas de uma norma, até a valoração principiológica por meio das abstrações de Carlos Maximiliano²² ou da ponderação²³ e otimização²⁴ de Alexy, perante a hipótese de colisão de princípios. Em destaque, a lição de Miguel Reale²⁵ quanto à interação com princípios jurídicos estrangeiros:

“Reduzido é o número dos adeptos dessa teoria de cunho nacional, quando não nacionalista, pois é difícil não perceber a natural convergência, ou a semelhança substancial dos princípios gerais que governam o ordenamento brasileiro ou espanhol com os outros povos integrados no mesmo ciclo de cultura, apesar de existirem, não há dúvida, princípios peculiares a este ou àquele outro sistema. Parece-nos que, se é inadmissível reduzir os princípios gerais ao sistema do Direito pátrio, seria absurdo não reconhecer que há princípios estruturais inseparáveis de dado ordenamento. Como ignorar, por exemplo, as diferenças existentes, no plano dos princípios, entre o Direito chinês e o das Nações democráticas do Ocidente? Por outro lado, não obstante inegáveis correspondências, há diversidade de princípios entre, por exemplo, o Direito brasileiro e o common law. (...) Não resta dúvidas de que, por mais que seja desejável a universalização do Direito, enquanto houver discrepância entre os nossos princípios jurídicos e os alienígenas, não poderá o

20 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1a Ed. Martins Fontes: São Paulo, 2002. P.11.

21 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª Ed. 3ª Tiragem. Martins Fontes: São Paulo, 1999. p. 247

22 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 241

23 ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático**. in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS v. 17, 1999. p. 277.

24 ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 90.

25 REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 307 – 317.

jurista brasileiro, enquanto jurista, contrariar pressupostos do ordenamento nacional”.

Neste sentido, há um processo analítico que precede a simples aceitação do axioma pela busca da eficiência econômica, na medida em que tal premissa esbarra no conjunto de princípios disposto na Carta Magna. Note-se que os clássicos autores supracitados encontram território comum na noção de que não há possibilidade de imposição axiológica, abstrata, de um princípio fundamental sobre outro, conforme atualmente acolhido enquanto doutrina majoritária no tema²⁶.

Na passagem, cumpre registrar que a inadequação da preconização abstrata de um valor constitucional sobre o outro também é consistente à já referida Teoria dos Valores²⁷, que, justamente por isso, oferece uma metodologia para sua hierarquização²⁸. Tais características oferecem intransponíveis obstáculos a uma presunção anteposta.

Pelo contrário, há uma incidência gradiente e fluida, em que disputam pontuais espaços nos quais se devam repelir²⁹ ou demandar sacrifícios, de modo a superar as *lacunas* referenciadas por Maximiliano ou a ensejar a *ponderação*, conforme ensinado por Alexy³⁰. Portanto, não se trata de rechaçar por completo, como já se antecipou, o arcabouço ferramental do *Law and Economics*, mas sim de reconhecer sua limitação àquilo que couber à eficiência econômica enquanto valor constitucional, submetido aos critérios de proporcionalidade³¹, cedendo lugar a outros pressupostos jurídicos naquilo em que for estranho ao Direito posto brasileiro.

26 BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 353.

27 CARVALHO, Paulo de Barros. *Op. Cit.* p. 186.

28 HESSEN, Johannes. **Filosofia dos Valores**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 120.

29 Neste diapasão, remete-se uma vez mais o leitor à obra de Alexy, na qual se podem encontrar referências a colisões entre interesses, pretensões e até deveres, em casos concretos, evitando-se, de outro lado, a referência a uma colisão de princípios, mormente em conotação de conflito axiológico entre princípios. (ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 87).

30 Neste esteio, cumpre destacar que a doutrina já logrou gracioso aprofundamento na avaliação dos critérios da proporcionalidade diante da hipótese de colisão de princípios. Acompanham Alexy, neste íterim específico, no objetivo de destrinchar o princípio da proporcionalidade, Böckenförde, Schlink e Virgílio Afonso da Silva, todos reconhecendo a *necessidade* e a *adequação* como elementos de sua composição básica.

31 ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 117.

Neste contexto, toma lugar a virtuosa doutrina de Hermenêutica Constitucional talhada por Streck³², que carrega consigo, a nosso ver, a mais madura baliza hermenêutica ao nosso sistema de estrutura constitucionalista.

No fio desta doutrina, adite-se que o ato de hermenêutica não é um ato de vontade, ou escolha, mas de um ato de decisão, que possuiria estrutura distinta³³. O hermeneuta constitucional preocupa-se com a manutenção do Estado de Direito Democrático, evitando margens para decisionismos ou correção moral do direito³⁴. Acrescenta-se, por oportuno, neste contexto, a correção³⁵ *econômica* do Direito.

Outrossim, a referida doutrina orienta o papel da hermenêutica à preservação da força normativa da Constituição³⁶, isto é, a interpretação de qualquer norma jurídica do sistema deve ser realizada de modo a garantir à Constituição Federal seu maior império possível, ou a máxima efetividade³⁷, entendendo todo o ordenamento jurídico como um único organismo irrigado pelos valores constitucionais.

Essa doutrina erige cinco pilares, que estarão subjacentes à presente análise. A Hermenêutica Constitucional deve, ao nosso juízo, ter por princípios (i) a preservação da autonomia do direito, como sua própria condição de possibilidade, (ii) o controle hermenêutico da interpretação constitucional, voltado à imposição de limites à discricionariedade, (iii) integridade e coerência do Direito, (iv) dever fundamental de justificação/fundamentação das decisões, e (v) direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada, consequência da obediência aos demais princípios.

32 STRECK, Lenio. **Hermenêutica constitucional**. in Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Tomo II: direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.]. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

33 STRECK, Lenio. *Op. Cit.* p. 10.

34 STRECK, Lenio. *Op. Cit.* p. 11.

35 Cabe notar que a noção de correção aqui empregada é um ato póstumo de adequação visando um determinado resultado naturalístico, permeado pelo *consequencialismo*. Isto é, ao contrário do que aqui se defende (a importação de pressupostos e conceitos epistemológicos econômicos, quando de rigor, a partir do texto normativo para sua construção semântica), a ideia de que se possa modular a apreciação semântica da norma, buscando adequar conceitos jurídicos a determinados objetivos economicamente qualificados.

36 STRECK, Lenio. *Op. Cit.* p. 14.

37 FERREIRA, Daniel. *Op. Cit.* p. 176.

Em outras palavras, isto implica (i) a restrição do cabimento do viés pragmático da doutrina estrangeira ao ambiente da produção normativa, observado que a produção legislativa sofre, por elementar, limitação do arcabouço constitucional e influências políticas em que melhor se adequam ao pragmatismo e às perspectivas extraídas do plano fenomênico, e que a produção normativa infralegal sofre plena incidência do princípio da legalidade, e (ii) naquilo que coube preconização da eficiência econômica, poder aproveitar ferramentas e instrumentos oferecidos pela doutrina pragmática³⁸ – quando este esbarrar em valores positivados por outros princípios de alta estima, e.g. o princípio da legalidade, do devido processo legal, da presunção ou estado de inocência, deixará de encontrar conformidade com nossa ordem jurídica.

No útil, é dizer que avaliação pragmática de índole econômica, necessariamente coerente à ciência econômica, será relevante quando o sistema normativo disser que é.

III. O CADE e a teoria *per se*

É neste complexo cenário que se insere a infração de cartel. Essa conduta se caracteriza pelo conserto entre concorrentes para, atuando em conjunto, abusar de seu poder econômico combinado, arbitrando preços acima dos padrões competitivos, reduzindo quantidades ou diminuindo a qualidade, quantidade ou variedade de produtos ou serviços, visando amplificar seus lucros de forma artificial³⁹. Isto é, na hipótese de um

³⁸ Aliás, é de se registrar, as consequências práticas decorrentes de decisões calcadas em valores abstratos, nas esferas administrativas, controladora e judiciais, não de ser consideradas conforme o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Trata-se de, diante da falta de densidade normativa como vínculo de meio, estabelecer-se um vínculo de fim (coroando-se o princípio da eficiência ao lado de tantos outros, não acima). A LINDB, portanto, já impõe força e limitação normativas a tal cenário, sem que haja verdadeira novidade em reflexões desta ordem. Note que essa passagem do art. 20 volve-se aos efeitos reflexos da decisão e não à tipificação. Anula-se um contrato administrativo por uma ilicitude qualquer, mas esse contrato envolve o fornecimento de merenda escolar. O que prevê o art. 20 da LINDB. Pode-se afirmar a ilicitude da avença, mas não se pode simplesmente interromper a sua execução, sob pena de as crianças ficarem sem merenda na escola (ou, ainda, tem-se que admitir na sentença, por exemplo, a contratação de merenda em caráter emergencial). Eis a amplitude do art. 20 da LINDB, que não guarda, ao meu juízo, relação com Law and Economics. Não lhe parece o mesmo?

³⁹ Apenas a título de referência, sob a ótica econômica: “Quando se estuda o estabelecimento comercial e o papel do empresário, novamente, duas visões emergem da análise: a econômica e a jurídica. A visão econômica ressalta o papel do administrador na organização dos fatores de produção – capital, trabalho, terra e tecnologia –, combinando-os de modo a minimizar seus custos ou maximizar seu lucro. A jurídica, extraída do Direito Comercial, apresenta várias concepções, que enfatizam que o estabelecimento comercial é um sujeito de direito distinto do comerciante, com seu patrimônio elevado à categoria de pessoa jurídica, com a capacidade de adquirir e exercer direitos e obrigações. Consumidores e produtores/fornecedores encontram-se nos mais variados mercados. Adam Smith, analisando os mercados, descobriu uma

produtor não deter sozinho poder de mercado suficiente para dele abusar, busca combinar sua participação com a de outros produtores, equiparando-se o conclave a um agente monopolista – é, portanto, um meio de viabilizar o abuso do poder econômico, leitura que, aliás, encontra eco na Constituição Federal em seu artigo 173, §4º40.

Em outras palavras, poder econômico é a capacidade de um ou mais agentes alterarem artificialmente as condições de mercado, isto é, arbitrariamente agir em desacordo com as leis racionais de mercado para majorar seus lucros, sendo o cartel um meio de viabilizar seu abuso. Isto é, em termos abstratos, segundo parte da epistemologia econômica, um acordo entre produtores que conjuntamente não detivessem poder econômico seria inócuo, haja vista que sua atuação uniforme não teria o condão de enfrentar as leis de mercado e, por conseguinte, manipular suas condições. É a anedota que Martinez chama de *"o dilema dos padeiros"*, na qual dois padeiros acordam em fixar o preço do pão francês em R\$ 5,00 em um bairro com centenas de padarias, em que o preço desse mesmo pão varia entre R\$ 0,15 e R\$ 0,20. Formalmente, o ajuste entre concorrentes com objetivos espúrios ocorreu, mas em momento algum tal prática ofereceu qualquer perigo à livre concorrência, haja vista que *"o único efeito esperado desse acordo é a perda de clientela por parte dos dois padeiros"* 41.

propriedade notável: o princípio da mão invisível, pelo qual cada indivíduo, ao atuar na busca apenas de seu bem-estar particular, realiza o que é mais conveniente para o conjunto da sociedade. **Assim, em mercados competitivos, não concentrados em poucas empresas dominantes, o sistema de preços permite que se extraia a máxima quantidade de bens e serviços úteis do conjunto de recursos disponíveis na sociedade, conduzindo a economia a uma eficiente alocação dos recursos.** (...) Segundo essa visão do sistema econômico, **o Estado deveria intervir o menos possível no funcionamento dos mercados**, porque estes livremente resolveriam da maneira mais eficiente possível os problemas econômicos básicos da sociedade: o quê, como e para quem produzir. Contudo, quando o Estado deveria intervir na economia? **A justificativa econômica para a intervenção governamental nos mercados se apoia no fato de que no mundo real observam-se desvios em relação ao modelo ideal** preconizado por Smith, isto é, existem as chamadas **imperfeições de mercado**: externalidades, informação imperfeita e poder de monopólio. (...) Já **o exercício do poder de monopólio caracteriza-se** quando um produtor **(ou grupo de produtores) aumenta unilateralmente os preços** (ou reduz a quantidade), ou diminui a qualidade ou a variedade de produtos ou serviços, com a finalidade de aumentar os lucros³⁹ (grifou-se). (Vide VASCONCELLOS. *Op. Cit.* 2008).

40 Conforme se lê do texto constitucional: "Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...)§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros".

41 *Idem*, p. 59

De outro lado, a prática não poderia ser considerada *de mera conduta* em decorrência da complexidade das relações econômicas, a partir da qual essa categorização poderia resultar em grave desincentivo a práticas economicamente eficientes e benéficas. Acordos entre concorrentes podem resultar em contratos associativos ou *joint ventures*, além de situações de efetivos acordos voltados a objetivos lícitos, como em casos de projetos assistenciais, de inclusão e diversidade e até na situação da recente pandemia de coronavírus, em que ocorreram, em diversos mercados, alinhamentos entre concorrentes buscando solucionar problemas decorrentes da crise de saúde⁴².

Outrossim, não é o cartel um fim em si mesmo, mas sim um meio artificial à concentração e abuso de poder econômico, sem o qual a potencialidade lesiva do cartel não se efetiva⁴³. Em que pese se reconheça relevantes avanços na matéria⁴⁴, não há consenso, seja na esfera administrativa, seja na esfera penal, acerca da silhueta conceitual das condutas típicas de cartéis. Reconhece-se como mais adequada a referência plural a *cartéis*, consubstanciando condutas distintas e com elementos distintos. Conforme brilhantemente minudenciado por Martinez, pode-se estabelecer uma série de recortes metodológicos e segmentar os cartéis em *tipos*⁴⁵, segundo diferentes critérios.

Feitas essas ressalvas, cabe o esforço de promover a leitura dos dispositivos atinentes à conduta e delimitar o conteúdo semântico do tipo infracional. Conforme anotam Franceschini e Bagnoli⁴⁶, o artigo 36 da Lei Concorrencial é estruturado por seu *caput*, que indica ilicitude de atos *sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos*, enumerando, então, seus incisos⁴⁷.

42 Pode-se mencionar, a título de exemplo, a sinergia para produção de equipamentos de proteção individual ou a troca de informações concorrencialmente sensíveis sobre P&D de farmacêuticas. Esse cenário, diga-se, acabou reconhecido pelo CADE: <https://noticias.r7.com/economia/empresas-se-ajudam-nos-carteis-dobem-durante-pandemia-29062022>

43 MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Singular, 2013. p. 59.

44 Remete-se, destacadamente, o empenho de MARTINEZ.

45 *Ibidem*, p. 41

46 FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. **Tratado de Direito Empresarial: Direito Concorrencial**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2018. p.421.

47 Conforme se lê da Lei nº 12.529/2011: "Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma

Os incisos do artigo 36, chamados pelos autores de *infrações-fim*⁴⁸, trazem os *objetos* ou *efeitos* que oferecem densidade à norma consubstanciada no *caput*, enquanto o parágrafo 3º e respectivos incisos trazem exemplos de condutas comerciais⁴⁹. Conforme ensinam os doutrinadores, a conduta de cartel está tipificada no §3º, I, do artigo 36, do que se denota que a conduta típica deve preencher os requisitos elementares das normas constantes em cada dispositivo.

Não se pode olvidar, a partir da estrutura exposta, que o preenchimento do *caput* não se dá de imediato com a subsunção do enunciado do inciso I do §3º. As condutas típicas descritas no inciso só provocam subsunção ao *caput* à medida que também se enquadrarem nas hipóteses de efeitos dispostas nos seus incisos. Trata-se de enquadramentos sucessivos, cada qual com seus elementos, até a subsunção e configuração de ilicitude.

Aliás, conforme já mencionado, essa leitura jurídica da conduta de cartel, conforme corroborado por Martinez, tem forma consistente ao conceito de cartel quando integrada pela ciência econômica, que é, ao fim e a cabo, o ambiente em que a conduta se manifesta no plano fenomênico. Assim, garante-se maior densidade e previsibilidade ao tipo normativo. Nesta leitura, a infração de cartel se configura mediante a produção, ou possibilidade concreta⁵⁰ de produção, dos efeitos arrolados nos incisos do art. 36.

Neste contexto inserem-se as teorias de apuração do fato jurídico para avaliação da ilicitude da conduta. Duas dessas teorias são importadas de experiências estrangeiras e pautadas, em maior ou menor medida, nos pressupostos pragmáticos de eficiência, mas cuja distinção é de se destacar por seus efeitos jurídicos. Uma é de origem comunitária

prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante”.

48 FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Op. Cit.* p.474.

49 Conforme se lê da Lei nº 12.529/2011: “(...) §3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; (...)”

50 Em linha às lições de Bagnoli (FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Op. Cit.* p. 467).

européia⁵¹, a teoria da infração “por objeto”, a outra, vinculada ao *Law and Economics*, é a teoria da infração *per se*.

Ambas partem da já mencionada premissa, extraída das ciências econômicas, de que cartéis, se efetivados, dificilmente deixariam de produzir resultados negativos ou produziriam resultados positivos e, neste sentido, partem, em maior ou menor medida, da presunção de efeitos negativos advindos de sua materialidade. Como se viu da estrutura do tipo infracional, a presunção de efeitos resulta na subsunção automática dos incisos do artigo 36, configurando por consequência a hipótese típica descrita no *caput*. Isto é, a presunção de efeitos negativos implica presunção de ilicitude da conduta.

A teoria da infração “por objeto” vê na materialidade *prima facie* do acordo entre concorrentes uma presunção *iuris tantum*, relativa, de ilegalidade, isto é, verificada a materialidade do acordo, presume-se sua ilicitude, sujeita à prova em contrário, cabendo ao investigado demonstrar a não ocorrência dos efeitos previstos no art. 36 da Lei.

Tal presunção de ilicitude não se confunde, contudo, com a equiparação da infração de cartel a um delito formal, conforme conceito conhecido na doutrina penal, isto é, em que o resultado é deslocado para dentro do tipo, de modo que a possibilidade de produção ou não de efeitos se torne irrelevante à configuração do tipo. De modo distinto, a teoria “por objeto” implica, uma vez comprovada a materialidade do acordo, a inversão do *onus probandi*⁵² acerca da produção de efeitos ao acusado, que, para obstruir a subsunção dos incisos do *caput*, deve demonstrar sua impossibilidade ou que seriam tais efeitos liquidamente positivos, neste caso interrompendo o nexos causal com o *caput* do art. 36 e afastando a configuração de ilicitude.

De outro lado, a teoria da infração “*per se*”, oriunda do direito estadunidense, implicaria uma presunção *iuris tantum* mais rigorosa que a teoria europeia. Neste sentido, as teorias nascem como formas de análise do fato jurídico que virá a compor o antecedente

51 FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Op. Cit.* p.43.

52 “(...) `a presunção dispensa, em outras palavras, que a autoridade administrativa se encarregue da prova dos efeitos para determinação da ilicitude, e transfere para o próprio Representado o ônus de provar que a restrição à concorrência é acessória em relação a outro objetivo distinto e lícito, e que os potenciais benefícios advindos da persecução desse objetivo principal superam os riscos detectadas à concorrência”.

Conforme Voto-Vista do então Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no Processo Administrativo 08012.006923/2002-18, fls. 16. In FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Op. Cit.* p. 430.

da norma sancionatória, conforme bem elucidada Cueva, em referência de Frazão⁵³, ambas por meio de presunção relativa. Contudo, com o passar do tempo, a teoria *per se* passou a contemplar uma presunção *iuris et de iure*, absoluta, de ilegalidade⁵⁴. Neste caso, mesmo que se apresente prova em contrário quanto à possibilidade de produção de efeitos ou de efeitos líquidos positivos, a presunção de ilicitude subsiste.

Neste contexto, ao se tratar da possibilidade de efeitos e pela utilidade em avaliar a teoria adotada pelo CADE, conforme se demonstra adiante por sua jurisprudência, cumpre abrir breves parênteses para lembrar de um importante conceito da análise antitruste: o *mercado relevante*⁵⁵, que uma vez delimitado servirá de recorte metodológico para a instrução e apuração de infrações à ordem econômica.

Conforme registra o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE⁵⁶, item 2.3.1., "*a delimitação do MR é o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos (consumidores e produtores) que efetivamente reagem e limitam as decisões referentes a estratégias de preços, quantidades, qualidade (entre outras) da empresa resultante da operação*".

A definição do mercado relevante permite a averiguação da participação de mercado dos agentes econômicos e sem ela não há como se averiguar, afinal, se um ou mais produtores detêm poder suficiente para influenciarem artificialmente o comportamento dos demais agentes econômicos envolvidos. Conforme se extrai da acepção econômica do cartel, na hipótese de um conjunto de produtores atuarem

53 "A despeito da confusão conceitual que normalmente se faz entre ilícitos *per se* e ilícitos com auxílio da regra da razão, não há diferença substancial entre essas duas maneiras de caracterizar o ilícito antitruste. São, por certo, modalidades distintas de análise do fato, cuja peculiaridade consiste na profundidade que se queira exigir da prova de ilicitude. Não se opõem de maneira frontal, constituindo, antes, um contínuo, como uma escala na qual se determine o *quantum* probatório necessário a formar o convencimento do julgador. Assim, se é certo que algumas condutas, como, por exemplo, os *hard core cartels* exigem provas muito simples para a caracterização do ilícito, outras normas de colusão podem demandar graus variados de profundidade na análise de potencialidade dos efeitos, tal como a situação descrita nos autos, que terá recebido exame mais adequado caso houvesse sido estudada a racionalidade eventual da conduta das representadas". (Op. Cit. p. 290)

54 MARTINEZ, Ana Paula. *Op. Cit.* p. 55.

55 Conforme Franceschini: "(...) expressão mal traduzida do original inglês (*relevant market*), que não tem conotação de "porte" ou "tamanho" do mercado, significando, em vernáculo, o "mercado em questão" ou "sob análise". (FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Op. Cit.* p.1019).

56 Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acessado em 25 de junho de 2021.

conjuntamente sem que detenham poder de mercado, a manipulação artificial se vê inviabilizada – não se pode falar em abuso de um poder que não se detém.

É neste diapasão que toma protagonismo a metodologia adotada pelo CADE. Como se verá da doutrina, o CADE passou, em determinado momento, a enredar as duas teorias e tratá-las como se fossem uníssonas, ignorando suas substanciais diferenças, incorporando à sua metodologia a não definição de mercado relevante nas apurações por cartel, o que impossibilita a verificação de existência ou não de efeitos ou poder de mercado⁵⁷. Ademais, conforme anotam Franceschini e Bagnoli, o CADE reconhece o alcance de suas premissas analíticas, que equiparam a infração de cartel a um delito formal⁵⁸. Ainda, cumpre observar que o CADE adota o entendimento pela responsabilidade objetiva por infrações à ordem econômica, de modo que a imputação do delito enquanto formal ou de mera conduta sequer se sustenta em uma inteligência jurídica das intenções dos agentes econômicos.

Neste sentido, não consegue o particular enfrentar a subsunção dos incisos do *caput* pela impossibilidade de auditar a existência de poder de mercado do qual poderia abusar, em conjunto com outros. Negando-lhe o direito de produzir prova de efeitos líquidos positivos ou de demonstrar tratar-se de delito impossível, é de rigor estabelecer como premissa central deste artigo a aplicação pelo CADE da teoria *per se*, em detrimento da teoria “por objeto”⁵⁹, cabendo verificar sua adequação aos pressupostos hermenêuticos erigidos no capítulo anterior.

IV. A teoria *per se* e a Hermenêutica Constitucional

57 MARTINEZ, Ana Paula. *Op. Cit.* p. 56.

58 “Em texto repetido à saciedade em praticamente todas as Notas Técnicas relativas aos processos por cartel ou indução à conduta uniforme, e sem mais rebuço, assim passou a se manifestar em seu conteúdo, até à atualidade, a Superintendência-Geral do CADE, *mutatis mutandis*: “171. O resultado prático e útil desta classificação na aplicação da lei antitruste é evidente. Quando uma conduta for considerada anticompetitiva porque possui objeto ilícito, ou seja, sua mera existência a torna ilícita já que dela nunca decorreriam efeitos positivos concorrenciais, existe uma presunção de ilegalidade, ‘aplicando-se aquilo que se convencionou chamar de regra *per se*’. Neste caso, repise-se, a mera existência de uma conduta com determinado objeto é anticompetitiva, não sendo necessárias análises posteriores sobre efeitos ou sobre o mercado” (FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Op. Cit.* p. 196).

59 Não se enfrentará, nesta oportunidade, a constitucionalidade da teoria da infração “por objeto”, a uma porque superada sua aplicação atual pelo CADE e, a duas porque, embora certamente a inversão do *onus probandi* e presunção de efeitos sejam questionáveis, seu exame depende de uma mais longa e aprofundada abordagem.

É da Constituição da República que se extrai a natureza e regime do Direito Concorrencial brasileiro, bem como o bem jurídico tutelado e o plexo de princípios sobre ele incidentes.

Conforme assinala Franceschini⁶⁰, complementado por Frazão a livre concorrência possui função abrangente que equaliza as falhas de mercado e suas diversas consequências não apenas econômicas, mas alinhadas às preocupações políticas e sociais ligadas ao liberalismo enquanto filosofia política⁶¹. Disto resulta que a livre concorrência não é veículo apenas à proteção da livre-iniciativa enquanto fundamento da ordem econômica, mas também como fundamento do Estado de Direito Democrático⁶². Sem desprezo a respeitáveis divergências⁶³.

A livre concorrência figura como princípio basilar da ordem socioeconômica pois representa, em última instância, um meio de legitimação da função social da propriedade, garantindo um ambiente isonômico e acessível para o exercício da livre iniciativa aos agentes econômicos. Neste sentido, entende-se que a tutela livre concorrência cumpre a função de barreira a potenciais objetivos egoísticos do agente econômico⁶⁴, isto é, quando sua função de produtor entrar em conflito com o interesse público e deixar de provocar bem-estar, conservando a livre iniciativa como fundamento da ordem jurídica brasileira sem agressão aos demais pilares constitucionais.

Neste esteio, frise-se que a *liberdade* ou *autonomia decisória*, em matéria econômica, contempla dupla vulnerabilidade⁶⁵, com supedâneo constitucional, no art.

60 Vide FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Op. Cit.* p. 46.

61 Vide FRAZÃO, Ana. *Op. Cit.* p. 31.

62 "[n]ão é exagerada, portanto, a conclusão de Fox no sentido de que o Direito da Concorrência encontra-se em verdadeira simbiose com a democracia e que, mesmo no caso americano, teve suas raízes na tentativa de equilíbrio entre os poderosos e os desprovidos de poder, buscando diversidade, autonomia e igualdade de oportunidades para competir com base no mérito" (FRAZÃO, Ana. *Op. Cit.* p. 31).

63 " *Há marcante contradição entre o neoliberalismo – que exclui, marginaliza – e a democracia, que supõe o acesso de um número cada vez maior de cidadãos aos bens sociais. Por isso dizemos que a racionalidade econômica do neoliberalismo já elegeu seu principal inimigo: o Estado Democrático de Direito*". (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 55).

64 GRAU, Eros Roberto. *Op. Cit.* p.34.

65 GRAU, Eros Roberto. *Op. Cit.* p.36.

173, *caput* e §4º, da Constituição Federal, que aqui não se enxerga como contradição⁶⁶. Uma está refletida no abuso de poder econômico (tutela da livre concorrência frente ao poderio concentrado de entes privados, decorrente das ditas falhas de mercado) e outra que reflete o próprio Estado de Direito Democrático, sob o prisma do intervencionismo (tutela da livre concorrência frente à ingerência do Poder Público).

Neste sentido, a tutela da livre concorrência, protegendo-a das indevidas distorções, seja qual for sua origem, seria um dos meios necessários à garantia de outros princípios fundantes da ordem econômica pátria, como a busca pelo pleno emprego que, sob enfoque econômico, é conceito resultante justamente do equilíbrio econômico acima retratado, o que refuta a leitura de que o art. 170 da Constituição Federal buscaria harmonizar políticas⁶⁷ e valores⁶⁸ conflitantes, ou mesmo sua já mencionada aversão ao Estado de Direito Democrático.

Em que pese tal celeuma estar distante de um enunciado assertivo, conclusivo ou de reconhecimento geral, acolhe-se aqui uma visão não contrastante na coluna principiológica de nossa ordem socioeconômica, sem embargo ideológico ao neoliberalismo⁶⁹, mormente por sua pluralidade de significados em termos hodiernos, consoante sua leitura política⁷⁰.

O art. 170 é lido, portanto, como unidade, orientando a uma ordem econômica que prima pela livre iniciativa enquanto manifestação da autonomia do indivíduo, a ser protegida por meio da tutela da livre concorrência e cuja legitimidade se arvora na compatibilidade entre o projeto do empresário e todos os demais membros da sociedade,

66 GRAU, Eros Roberto. *Op. Cit.* p.34.

67 GRAU, Eros Roberto. *Op. Cit.* p.46.

68 Tal respeitável avaliação se arvora na premissa básica de que a livre iniciativa, a exploração de atividade econômica ou a proteção à propriedade privada estariam em conflito axiológico com a valorização social do trabalho, a busca pela redução das desigualdades sociais e pela justiça social de modo abrangente. (Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23000/o-conflito-axiologico-entre-os-canones-constitucionais-da-livre-iniciativa-e-da-busca-do-pleno-emprego>, acessado em 10/09/2021).

69 GRAU, Eros Roberto. *Op. Cit.* p. 46-54.

70 "Uma leitura apressada da Constituição poderia sugerir que esta procura conciliar princípios conflitantes, como a livre-iniciativa e a propriedade privada, de um lado, e a função social da propriedade e a justiça social, de outro. No entanto, o Estado Democrático de Direito traz em si uma unidade de sentido que permeia toda a Constituição e orienta a compreensão dos demais princípios: a dignidade da pessoa humana, o que se reforça pelos princípios fundamentais constantes dos arts. 1º e 3º". (FRAZÃO. *Op. Cit.* p. 47)

já que a dignidade da pessoa humana decorre da intersubjetividade dos direitos de todos e da interpenetração entre liberdade e igualdade por meio de critérios de justiça social, ainda na lição de Frazão.

Frise-se, neste contexto, que todo esse conjunto de bens jurídicos tutelados figuram como direitos fundamentais de extração constitucional, ao lado da eficiência. Uma vez mais, ainda que se busque categorizar os preceitos de justiça social como *direitos fundamentais sociais* e os fundamentos da ordem econômica como *direitos fundamentais econômicos*, tal separação também não contempla de forma inerente qualquer contraste⁷¹.

Neste sentido, toma-se por ausentes contradições axiológicas entre os princípios e bens jurídicos tutelados, que tenderiam a justificar maior ingerência estatal sobre a economia, e alerta-se para os diversos valores, além da eficiência econômica, tutelados pelo ordenamento. Comparato, ainda nas palavras de Frazão⁷², da conta de elucidar tal premissa:

“Consequentemente, toda essa principiologia, inclusive na parte em que direciona a atividade empresarial à realização da justiça social, precisa ser levada em consideração em todas as searas da ordem econômica, dentre as quais o Direito da Concorrência. Aliás, sobre a questão, é oportuna a advertência de Comparato no sentido de que ‘é em função desse objetivo último de realização da justiça social que devem ser compreendidos e harmonizados os demais princípios expressos no art. 170’. **Dessa maneira, tem-se que, por imposição constitucional, o Direito da Concorrência não pode ser um mero instrumento de defesa de mercados ou de eficiência econômica – qualquer que seja o sentido que se atribua a tais expressões –, assim como não se pode ser instrumento flexível de implementação de qualquer tipo de política econômica, totalmente isolado e alheio aos demais princípios da ordem econômica**” (grifou-se o negrito).

71 FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas: Entre Direitos Fundamentais e Democratização da Ação Estatal**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v.12, n.12. p. 170.

72 FRAZÃO. *Op. Cit.* p. 47

Esta afirmação é de extrema valia para a ciência jurídica na incidência sobre o Direito da Concorrência, pois delimita de forma rigorosa sua operação de modo necessariamente compatível com os conceitos, por mais que econômicos, positivados no ordenamento jurídico brasileiro⁷³, atribuindo maior objetividade à noção de Hermenêutica Constitucional adrede referenciada, acentuando que o Direito da Concorrência não está a serviço exclusivo da eficiência econômica e que é incompatível com a noção de mero elemento de política ou de economia⁷⁴.

a. Regime jurídico: o direito administrativo sancionador

Preposta a dogmática jurídica para o escoreito estudo da matéria, destaca-se o regime jurídico no qual se situa a apuração de ilícitos contra a ordem econômica. Para o presente estudo, estabelece-se que o Direito Concorrencial, mormente no controle de condutas, encontra-se nas dobras da função de repressão administrativa, distanciando-se do poder polícia em definição estreita, limitada a atos discricionários ou preventivos⁷⁵, em benefício de leitura em sentido mais abrangente, contemplando a função fiscalizadora e restritiva de direitos⁷⁶. Mais que isso, não se trata apenas de atividade restritiva de direitos, mas atividade restritiva sancionatória, que possui tal qualificação quando permeada pela natureza repressiva, punitiva, do Estado.

73 "Daí o acerto da conclusão de Stucke no sentido de que o direito Antitruste, em qualquer democracia com um pluralismo razoável, não pode ser reduzido a um único e bem definido objetivo, tendo em vista que, ao tentar alcançar o bem-estar das pessoas, precisa ponderar diversos objetivos políticos, sociais, morais e econômicos. Ora, no caso brasileiro, tais objetivos estão fixados precipuamente na ordem econômica constitucional" (FRAZÃO. *Op. Cit.* p. 48)

74 FRAZÃO. *Op. Cit.* p. 49.

75 "(...) já há algum tempo a doutrina tem conferido tratamento específico ao poder sancionador das entidades públicas, diferenciando-o do poder de polícia. Distinguem-se, assim, as limitações impostas com base no poder administrativo de polícia – o qual possui caráter de proteção preventiva de interesses públicos – das punições decorrentes do exercício de um autêntico poder administrativo sancionador, este sim de caráter repressivo. É dizer que o poder de polícia, nesse sentido estrito, não inclui a aplicação de sanções, atividade submetida, consoante compreensão mais recente, ao regramento jurídico próprio e específico do chamado direito administrativo sancionador". Mandado de Segurança 32.201-Distrito Federal, Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Roberto Barroso. 21.03.2017

76 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32^a ed., São Paulo: Malheiros, 2015.p. 846.

Por tal quadro, observar-se-á a presente problemática sob a luz do Direito Administrativo Sancionador⁷⁷, que é objeto, ainda, de disputas elementares em doutrina e jurisprudência, inclusive no que tange ao arcabouço principiológico incidente e sua extensão⁷⁸.

É importante ressaltar que Franceschini e Bagnoli, entre outros⁷⁹, encontram território comum na oposição ao caráter gerencial (meramente administrativo) do Direito da Concorrência, embora possam ter divergências quanto a determinadas premissas⁸⁰. Neste sentido, sustentam que a natureza administrativa-dirigista⁸¹ do Direito da

77 "Em síntese, o Direito Administrativo Sancionador corresponde ao conjunto sistematizado de princípios – expressos ou implícitos – e de regras informadores da estipulação regulamentar (quando necessária) e averiguação concreta das infrações, da imposição e, ainda, da aplicação das sanções, no exercício da função administrativa. O que não se pode olvidar é que há um marco característico garantidor de sua identidade substancial e que de tão bem apreendido por NIETO (2000, p. 185) merece literal transcrição e adesão: El Derecho Administrativo Sancionador es substancialmente un derecho de riesgos. Éste es el tronco de la institución, que se instrumentaliza en un mecanismo muy sencillo: la norma contiene una orden (mandato o prohibición) acompañada de la amenaza de una sanción. Uma vez aceita essa premissa, fica evidente o distanciamento entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. Não no sentido de que este deixe de (também) impor limites ao legislador e ao administrador público, mas que as sanções administrativas tendem a garantir a preservação do Direito – em si e por si – e não necessariamente proteger bens jurídico-administrativos relevantes, com a ameaça de sua imposição". (FERREIRA, Daniel. *Op. Cit.* p. 176).

78 Franceschini afasta tais discussões, com suporte em diversos autores clássicos de renome, entendendo que a natureza da lei é penal. Conforme adrede explicado, para Franceschini, não há categorizar o Direito da Concorrência como um *direito de riscos*, preservado *em si e por si*, mas sim como instrumento mediato, imposto constitucionalmente e de caráter repressivo, de garantia de direitos fundamentais (econômicos e/ou sociais). Acolhe o autor, no útil e pelas consequências, considerados os aspectos formais do Direito da Concorrência, que se o tenha sob o Direito Administrativo Sancionador – desde que o caráter repressivo se sobreponha ao caráter gerencial e atraia para si, sem corriqueiras flexibilizações e informalidades, os princípios e garantias constitucionais comumente atribuídos ao Direito Penal. Vide FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Op. Cit.* p.44.

79 DUTRA, Pedro, **Regulação, Concorrência e a Crise Brasileira**. Singular: São Paulo, 2017, p. 144-145.

80 FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Op. Cit.* p. 65.

81 YEUNG, Karen *in* VORONOFF, Alice. *Op. Cit.* p. 101.

Concorrência não encontra compatibilidade com os mandamentos constitucionais, com respaldo judicial⁸² e, ao menos até pouco tempo, do próprio CADE⁸³.

Neste contexto, estabelecer um arcabouço principiológico atraído por tal regime jurídico é tarefa nada trivial. Pela natureza repressiva da competência e pelos limites no exercício de tal competência mediante atuação autárquica, enquadra-se o Direito da Concorrência, no controle de infrações à ordem econômica, no campo do Direito Administrativo Sancionador, respeitada divergência de Franceschini. Para este autor, o Direito da Concorrência estaria situado no campo do direito penal econômico, não obstante seus aspectos formais, que o autor chama de *hibridismo*. Arvorando-se em respeitável doutrina⁸⁴, Franceschini afirma que *a natureza da lei é penal*, considerando fatores endógenos – isto é, a natureza essencialmente repressiva.

Conforme elucida Costa, existe uma acentuada aproximação entre o direito penal econômico e o direito administrativo sancionador, além da própria delimitação dogmática ou criminológica do direito penal econômico não ser tarefa simples. A nosso ver, entretanto, a classificação não pode ignorar aspectos exógenos, quais sejam os aspectos formais de jurisdição e resultado: decisões do CADE são indubitavelmente atos administrativos e suas decisões condenatórias não resultam na configuração de *crime* ao

82" Não concordo também com a colocação fundamentada do nobre representante do Ministério Público Federal no sentido de que esta multa aplicada pelo Cade é de natureza meramente administrativa e não se confunde com a multa punitiva. Aqui, no Brasil, costuma-se atribuir muitas denominações às multas: temos multas coercitivas, multas administrativas, multas moratórias, multas punitivas etc., quando, na verdade, multa é pena e quem diz isso não é a doutrina ou a jurisprudência, é a Constituição, no art. 5º, inciso XLVI, alínea 'c', XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: c) multa. Portanto, essa multa que se discute nos autos é uma multa punitiva, sim, e há de ser regida pelo princípio da retroatividade da pena mais benéfica ao apenado". (Referência ao Voto proferido pelo eminente Desembargador Sousa Prudente, integrante da 5ª T. do E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na data de 13.08.2012, julgando o recurso de Apelação 2008.34.00.011433-3, interposto por Dow AgroSciences Industrial Ltda. e Monsanto Company em Ação Anulatória)

83 Ana Frazão, em Voto proferido no Processo Administrativo 08012.000261/2011-63, faz constar que: "*mais flagrante, porém, e aí autorizando perceber-se logo uma patente inconstitucionalidade é a absurda tipificação dos delitos contra a ordem econômica, expressa no caput do art. 20. (...) Não tem cabimento jurídico, pois, (...) que a Lei 8.884/94 defina como ilícitos civis (comerciais na espécie) atos não culposos. Fala-se aqui de ilícito, de tipificação de uma conduta antijurídica punível e não de criação de simples responsabilização patrimonial derivada de mero risco, como acontece nos casos de responsabilidade objetiva"* (Voto no Processo Administrativo 08012.000261/2011-63. Representante SDE, *ex officio*, e Representados Brazilian Educational & Language Travel Association (BELTA) e outros, item 93).

84 Citando, entre outros, em Stampa Braun, Pontes de Miranda, Oscar Barreto Filho, Orosimbo Nonato, Celso Neves e José Cretella Junior

agente infrator, nem resultam na aplicação de *pena*, ambos em sentido estrito. Contudo, há notas e alertas importantes na classificação empreendida pelo autor, especialmente se lida a expressão *penal* em sentido lato, como *punitivo*.

A principal preocupação é em atrair aspectos já consolidados da dogmática penal para a atividade sancionatória do direito concorrencial, ciente da ainda presente e intensa disputa científica no campo administrativo sancionador, notadamente quanto à defendida informalidade do regime administrativo, influência de princípios norteadores do Estado de Direito Democrático e da proteção de direitos fundamentais. A lição de Franceschini, pois, busca destacar a natureza *repressiva* e aproximar a dogmática penal especialmente quanto a sua fundamentação e consequente limitação⁸⁵.

Com efeito, tal preocupação é antiga e enseja investigação doutrinária acerca da incidência principiológica no sistema administrativo sancionador e eventual atração de princípios há muito aplicados no sistema penal. Conforme madura lição de Costa, parte substancial da doutrina reconhece a unidade de origem do *ius puniendi*, constituindo dele um regime jurídico próprio punitivo, macrossistema do qual fariam parte os subsistemas penal e administrativo sancionador. Com efeito, a autora rechaça a teoria da unidade do jus punitivo estatal por negar uma natureza autoritária dessa atividade e também por entender que dessa teoria decorreria, necessariamente, uma identidade normativa entre o direito penal e o direito administrativo sancionador. Costa é profícua nos ensinamentos sobre as aproximações adequadas entre os sistemas.

“O autor também nos relata que o Conselho Constitucional francês entendeu que não se trata, neste tema, de transladar as regras do direito penal ao administrativo sancionador, mas sim de reconhecer quais são os princípios comuns da repressão jurídica. Diante dessa discussão, deve-se, em primeiro lugar, rechaçar a ideia de um único *ius puniendi* em razão de seu caráter autoritário, como já anteriormente manifestado. A seguir, cumpre reconhecer que a

⁸⁵ Conforme ilustra Costa: “Nessa linha, esse trabalho parte do pressuposto de que à dogmática penal cabe a tarefa de buscar a construção de um sistema que se revele coerente e que se ancore nos princípios, sobretudo os constitucionais, aplicáveis à matéria”. Citando Hassemer, “enquanto o direito penal interferir em direitos fundamentais, (...) terá de justificar essa intervenção perante sua própria tradição e perante a constituição, e para isso a simples remissão a uma justiça da reação retributiva não será suficiente”. COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador – ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. Tese de Livre-Docência apresentada na Universidade de São Paulo (USP), em 2013. P.13

concepção traz, ainda, um caráter retórico, que visa a justificar a aplicação das garantias do direito penal à esfera administrativa, mas que acaba por apresentar sérios problemas de fundamentação, ao ignorar as diferenças normativas existentes entre os dois ramos do direito. (...) Por fim, é necessário deixar claro que a compreensão aqui adotada acaba por chegar a resultados jurídicos muito semelhantes à tese do *ius puniendi* único. Entretanto, apresenta justificativa mais calçada, pois não depende do reconhecimento de identidade entre direito penal e direito administrativo sancionador, o que configura, consoante analisado anteriormente matéria extremamente controvertida. Para concluir pela incidência de um regime jurídico mais rigoroso no campo do direito administrativo sancionador, basta reconhecer suas próprias características, quais sejam: imposição de restrição de direito fundamental a um particular pelo Estado, com base na prática de ilícito. A partir daqui, deve passar a incidir, com fundamento na Constituição, uma série de garantias e normas protetivas do particular e delimitadoras do âmbito de atuação estatal”⁸⁶.

Note-se que a própria autora reconhece serem os resultados adotados semelhantes aos da teoria da unidade do *ius puniendi*, porém com supedâneo mais sólido ao resguardar a cada campo uma identidade própria. Concordamos com a noção de identidades distintas entre o direito penal e o direito administrativo sancionador e, por conseguinte, rejeita-se a noção de unidade do *ius puniendi* como fundamentação suficiente para a transposição automática e integral do arcabouço principiológico penal ao campo administrativo.

Contudo, entende-se que reconhecer a unidade do *ius puniendi* enquanto *origem* da atividade estatal não implica reconhecer identidade plena entre as esferas, mas sim a existência de propriedades comuns que permitem uma observação aproximada de determinados fenômenos e o uso, observada a necessária adequação, de determinadas ferramentas teóricas.

⁸⁶ COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador – ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre-Docência apresentada na Universidade de São Paulo (USP), em 2013.

Buscando, portanto, evitar confusões, acolhe-se o entendimento de origem comum do *ius puniendi*, que configura um macrossistema de regime repressivo, do qual o sistema criminal e administrativo sancionador são espécies. Conforme a teoria das classes, enquanto espécies, há propriedades comuns e propriedades distintas que servirão de critérios lógicos para determinação do regime jurídico incidente.

Seja sob o fundamento da unidade do *ius puniendi*, seja sob fundamento constitucional autônomo, vem se formando um relativo consenso em torno da premissa central de que a natureza repressiva da atividade estatal, ao invadir afluivamente a esfera de direitos fundamentais dos particulares como resposta a atos ilícitos, demanda um regime jurídico rigoroso no estabelecimento da causalidade jurídica.

Na doutrina, ainda que eventualmente se filiem a doutrinas sensivelmente distintas, encontram território comum neste aspecto, Costa, conforme supra, Ataliba⁸⁷, Ferreira⁸⁸, Nieto⁸⁹, Osório⁹⁰ entre outros. Na jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal também vem solidificando a positivação de tal premissa na Reclamação 41.55791, e no

87 "Constitui exigência constitucional que toda vez que se configure situação em que o particular esteja diante do estado no exercício do seu direito de punir (castigar), incide automática e imediatamente o chamado regime jurídico punitivo, assim designado o conjunto de preceitos constitucionais e legais que estabelece limites procedimentais, processuais e substanciais à ação do Estado, nesta matéria (exercício do *ius puniendi*)" (ATALIBA, Geraldo. **Imposto de Renda – Multa Punitiva**, p. 550).

88 "Como anota Canotilho (1993, p. 227), tratando do 'princípio da máxima efetividade': A uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça a maior eficácia aos direitos fundamentais). Forçoso concluir, pois, que todas as regras e todos os princípios versando sobre 'ilícitos', 'sanções', 'litígios ou processos sancionadores' e, adicionalmente, sobre as garantias deferidas aos 'acusados' e aos 'sancionados' em geral, como inculpidos na Carta Magna, são apropriáveis tanto pelo Direito Penal como pelo Direito Administrativo Sancionador, ainda que com nuances, porque retratam o poder punitivo estatal" (FERREIRA, Daniel. *Op. Cit.* p. 176).

89 NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. Madrid: Tecnos, 4ª Ed. 2006. p. 167-168.

90 OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.102.

91 Conforme repercutido no Supremo Tribunal Federal na Reclamação 41.557, julgada em 15 de dezembro de 2020 pela Segunda Turma. Relator Min. Gilmar Mendes, tratando de improbidade administrativa, "*que pertence ao chamado direito administrativo sancionador, que, por sua vez, se aproxima muito do direito penal e deve ser compreendido como uma extensão do jus puniendi estatal e do sistema criminal*". Importando, na passagem (p.4), doutrinas de Ana Carolina Oliveira, citando o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) ("*O direito administrativo sancionador deve ser entendido como um autêntico subsistema*

Mandado de Segurança (MS) 32.20192, em que se reconheceu tanto a autonomia científica do direito administrativo, quanto os aspectos basilares de seus princípios, com reflexo nas decisões proferidas no MS 35.536 e MS 35.294.

Entende-se, pois, que direitos e garantias fundamentais, no ambiente repressivo, devem se sobrepôr a primados de eficiência estatal, sem que caiba flexibilização do processo de estabelecimento de causalidade jurídica, conforme a doutrina majoritária supra.

Disto se estabelece que não se considera possível relativizar ou flexibilizar a incidência dos princípios tipicamente atraídos pela atividade repressiva estatal, conforme elencados pelo Min. Roberto Barroso acima, haja vista que toma sua força vinculante diretamente da Constituição da República.

b. A constitucionalidade da teoria *per se* como ferramenta metodológica de hermenêutica

Delineado o regime jurídico no qual se situa o problema, parte-se, por derradeiro, à avaliação da adequação da referida teoria às demais premissas erigidas. Para tal tarefa, considere-se a estrutura do tipo de cartel anteriormente esmiuçada e, a partir dela, observe-se a forma como foi introduzida a teoria *per se* na atividade hermenêutica do CADE93.

penal in Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador. 2012. p. 190) e Regina Helena Lobo da Costa ("Assim, seguindo a proposta de Rando Casermeiro, crê-se que uma política jurídica conjunta, que leve em conta os dois ramos sancionadores, é imprescindível para aportar um mínimo de racionalidade à questão" in Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador).

92 "Essa linha de pensamento se mostra apropriada na medida em que as sanções administrativas estão sujeitas, em suas linhas gerais, a um regime jurídico único, um verdadeiro estatuto constitucional do poder punitivo estatal, informado por princípios como os da legalidade (CF, art. 5º, II, e 37, caput); do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV); do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV); da segurança jurídica e da irretroatividade (CF, art. 5º, caput, XXXIX e XL); da culpabilidade e da pessoalidade da pena (CF, art. 5º, XLV); da individualização da sanção (CF, art. 5º, XLVI); da razoabilidade e da proporcionalidade (CF, arts. 1º e 5º, LIV)". Vide citação acima do MS 32.201.

93 "O Brasil parece ter optado historicamente por uma regra da razão modificada: a autoridade adota uma presunção *iuris tantum* em relação à geração de efeitos anticompetitivos no mercado provocado pelo cartel, ainda que recentemente se note tendência do CADE a considerar cartéis clássicos ilícitos *per se*". MARTINEZ, Ana Paula. *Op. Cit.* p. 56.

No passado, a Autoridade antitruste mantinha-se atenta a postulados do regime jurídico sancionador, adotando a teoria da Regra da Razão⁹⁴, que demanda apuração de efeitos, tal como ilustrado por seus ex-Conselheiros Fernando de Oliveira Marques⁹⁵ e Luiz Fernando Schuartz⁹⁶, entendimento que foi paulatinamente alterado. Franceschini e Bagnoli, acompanhado por outros⁹⁷, indicam que a primeira importação de teorias estrangeiras ligadas à busca pela eficiência se deu por meio da teoria “por objeto”, quando do Voto-Vista proferido pelo então Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, em 20 de fevereiro de 2013, no Processo Administrativo 08012.006923/2002-1818. Posteriormente, os Votos do Conselheiro Alessandro Octaviani Luíz e do Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, de 28 de agosto de 2013, no Processo Administrativo 08012.011027/2006-02, que passaram a tratar a infração “por objeto” como infração “*per se*”.

Portanto, a referida teoria foi introduzida no sistema jurídico pátrio por meio da adoção de presunção absoluta de efeitos por *interpretação*. Conforme minudenciada classificação trazida por Tomé, a presunção adotada pelo CADE não se enquadra em qualquer das espécies juridicamente legítimas – pois se trata de uma presunção absoluta *por hermenêutica* ou *experiência*, o que reflete verdadeiro contrassenso⁹⁸. Sem prejuízo

94 DONAS, Frederico Carrilho; VILAS BOAS, Maria Izabella; LUCIANO JUNIOR, Paulo César. **Parâmetros de análise de infrações concorrenciais pelo Cade**. In DONAS, Frederico Carrilho; SOARES, Marcio (coord). **Direito concorrencial: questões atuais**. São Paulo, Edgar Blücher: 2018. p. 120.

95 “No meu particular entender, no direito da concorrência decisões baseadas in dubio pro reo ou pro societatis, não atendem ao interesse público. É preciso considerar que as restrições impostas às liberdades constitucionais dos particulares sevem estar adstritas à legalidade o que impõe a subsunção do caso concreto à lei, e não de situações hipotéticas à lei, ou ao caso real e concreto dos autos”. (Voto no Ato de Concentração nº 08012.012223/99-60, de 04.09.2002, Requerentes WL CUMBICA LLC, Warner-Lambert Indústria e Comércio Ltda. e Kraft Lacta Suchard Brasil S.A.)

96 “A aplicação das leis de defesa da concorrência – e no meu entender a Lei 8.884/94 não é uma exceção – usualmente envolve o recurso a standards de prova distintos para a repressão ex post de condutas anticompetitivas e o controle ex ante das concentrações econômicas. No primeiro caso, dada a natureza sancionadora da atividade estatal e suas implicações para o administrado, uma proposição é provada quando sua verdade estiver – para me valer da expressão norte-americana – ‘acima de qualquer dúvida razoável’ (no direito brasileiro, pode-se identificar no ‘in dubio pro reo’ um equivalente para a ideia de que, nos processos sancionadores, deve-se aplicar um standard de prova mais rigoroso), ao passo que, no segundo, basta a constatação de que a proposição é ‘mais verossímil’ que a sua negação”. (Voto no Processo Administrativo nº 08012.002493/2005-16, Requerentes Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA, Friboi, Marfrig e outros)

97 DONAS, *Op. Cit.* p. 120.

98 “A chamada presunção absoluta nada tem de presunção, pois, ao inadmitir prova em contrário, caracteriza-se como verdadeira disposição legal de ordem substantiva que prescreve determinada consequência jurídica em função de específico acontecimento factual, previsto na hipótese. O raciocínio presuntivo está presente

de pertinentes resistências⁹⁹, a presunção absoluta por interpretação grassou-se, alterando a metodologia hermenêutica adotada pelo CADE sem correspondentes alterações legislativas, reconfigurando o tipo normativo de cartel, primeiro invertendo o ônus da prova, depois transubstanciando-o de delito material e de perigo concreto, vinculado à possibilidade concreta de efeitos, a formal, passando a encontrar a antijuridicidade na conduta em si.

Tão drástica alteração, ademais, substituiu substanciais discussões jurídicas por presunções econômicas sem disposição jurídica neste sentido, revelando uma entropia entre as categorias fundamentais de nosso sistema constitucionalista com o de *common law*. Tal influência pretensamente exagerada não passou despercebida, batizada de *colonização do Direito da Concorrência nacional* por Schuartz, conforme excerto reproduzido por Frazão¹⁰⁰:

“A partir daí, tais ensinamentos foram consolidados pela chamada Escola de Chicago, que pretendeu demonstrar que não existe relação direta e necessária entre concentração de poder econômico e abusividade do seu exercício (...). A busca pela eficiência deveria ser, portanto, o único objetivo do Direito Antitruste, orientação que passou a ser predominante nos anos 1980 (...). Apesar de tal postura basear-se em presunções extremamente simplificadas e duvidosas, o sucesso que obteve no contexto norte-americano acabou se projetando sobre o Brasil, que importou sem maiores ressalvas as novas concepções e metodologias. Segundo Schuartz, houve

apenas na fase pré-jurídica, em que os membros do Poder Legislativo, observando o que ordinariamente acontece, criam normas gerais e abstratas, prescrevendo ao aplicador da lei que reconheça, sempre que provada a existência de certo fato, e independentemente da produção de provas em contrário à existência do fato que se quer provar, um outro fato”. TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. 4ª ed., São Paulo: Noeses, 2016. Item 4.7.1.

⁹⁹ “57. No processo administrativo mencionado acima, que pacificou a jurisprudência do Conselho, o Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo ressaltou que, embora a divulgação de tabela de preços (por uma entidade de classe) constitua uma infração por objeto, não se trata de uma infração `per se’, de modo que a ilicitude poderá ser afastada quando for possível demonstrar, diante das circunstâncias do caso, que a sugestão de preços pode ser utilizada para a realização de outro objeto lícito e razoável”. (Voto parcialmente vencido proferido pela então Conselheira Ana Frazão no Processo Administrativo 08012.000261/2011-63, julgado em 03 de setembro de 2015, sendo Representante a SDE, ex officio, e Representados Brazilian Educational & Language Travel Association – BELTA e outros).

¹⁰⁰ FRAZÃO. *Op. Cit.* p. 40.

verdadeira colonização do Direito da Concorrência nacional, tornando-o consequencialista no seu sentido mais absoluto, como se verifica por suas palavras:

O uso intensivo, direto e indireto (via apropriação de proposições dos manuais ou documentos oficiais das autoridades estrangeiras, sobretudo as norte-americanas), da economia antitruste na solução de problemas jurídicos revolucionou o direito de defesa da concorrência no País. Mais do que isso: não há no direito brasileiro exemplo análogo de colonização, por uma teoria originalmente extrajurídica, dos programas normativos e argumentativos substantivos utilizados enquanto premissas nas atividades de interpretação e aplicação do direito. Esta revolução discreta e silenciosa operou em diversos níveis, mas é sem dúvida no nível metodológico que se encontram seus impactos mais radicais e ricos em implicações teóricas”.

E arremata:

“O efeito mais deletério de todo esse processo, como já se adiantou no início do capítulo, foi o distanciamento do Direito da Concorrência nacional das discussões mais substantivas de natureza constitucional, as quais foram eclipsadas pela metodologia econômica que passou a ser dominante”.

Há, como se vê, uma disputa transversal do princípio da eficiência com a coluna de princípios erguidos pela Constituição Federal. A começar pela introdução da teoria por interpretação, que confronta o princípio da legalidade e do devido processo legislativo. Passando por uma presunção absoluta de determinados efeitos, repelindo o princípio da busca pela verdade material. Ainda, culminando na presunção absoluta de ilicitude, representando significativa limitação a corolários do devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, além de relativizar a presunção de inocência do acusado diante da inviabilização de produção de prova em contrário, mesmo que negativa. Alcançando, por

fim, a completa transmutação do tipo infracional de material para formal – tornando vazio o texto normativo em referência à possibilidade de efeitos¹⁰¹.

Como resultado final da alteração metodológica, asseveram Franceschini e Bagnoli:

“Gerou-se, como decorrência natural, uma agenda negativa nas relações Administração e Administrado, em que a primeira, ciosa de suas prerrogativas e temerosa quanto ao seu cabedal cognitivo, passou a ver os atores econômicos com desconfiança. Deixou-se de ver o produtor como um agente produtor de bens e serviços que busca, por meio da eficiência, atender as necessidades e desejos do consumidor, mas alguém cuja atividade no mercado merece o sopro messiânico do dirigismo estatal em garantia do processo competitivo e não do bem-estar social. O Administrado passou a ser visto com desconfiança, sempre pronto ao engodo (o que demonstra pelo parágrafo único). Por seu turno, defensivamente, para os Administrados passou-se a ter, na relação com a Autoridade, não a busca pela execução fiel da lei e dos princípios constitucionais que a norteiam, mas antes uma atitude de minimização de perdas. Não sem preocupação Napoleão Nunes Maia Filho e Mário Henrique Goulart Maia já registravam a crescente insensibilidade das autoridades administrativa encarregadas do magistério punitivo para com os direitos e garantias individuais: ‘Mas a tradição da aplicação de sanções pela própria Administração parece adormecer os espíritos quanto às críticas que lhe podem ser dirigidas, especialmente no que diz respeito à isenção ou à neutralidade dos órgãos de julgamento’. E arrematam: ‘Na verdade, a Administração – com frequência – comporta-se no exercício do poder administrativo sancionador, como se estivesse praticando atos executivos, desconsiderando por completo as especificidades da função jurisdicional que faz atuar nesse mesmo exercício: amiúde se vê que a Administração apenas

¹⁰¹ “Mas como reitera Bagnoli, ainda que não ocorra o dano, a Lei só se aplica se ao menos o dano fosse algo possível de ser produzido, seja pelo objeto da conduta, seja pelo efeito da mesma, mesmo porque o legislador não tipificou condutas pelo objeto”. (FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Op. Cit.* p.467).

cumpra a rotina (procedimento) do devido processo legal, mas fica longe – muito longe – das ponderações exigíveis da atividade sancionadora”¹⁰².

É neste diapasão que toma especial protagonismo as doutrinas hermenêuticas referidas anteriormente. A boa compreensão da incidência dos princípios, enquanto normas, conforme anteriormente arvorado nos ensinamentos clássicos de diversos jusfilósofos, entendendo-os como comandos de alta densidade valorativa, sopesados ou ponderados como critérios de otimização ou simplesmente vetores interpretativos das normas, demanda encontrar um equilíbrio, uma razão entre seus respectivos pesos - que, como já se demonstrou, vincula-se ao império dos preceitos da Constituição da República.

Contudo, se viu que este processo encontra diversos pontos de repulsa a valores fundamentais do regime constitucionalista brasileiro, base sobre a qual se apoia nosso Estado de Direito Democrático. Este complexo e abrangente processo, não inadvertidamente também chamado de *desconstitucionalização do Direito da Concorrência*¹⁰³, não ecoa sobre uma questão específica, mas verticalmente sobre a metodologia da autoridade antitruste brasileira, refletindo seu maior expoente na adoção da teoria *per se* para apuração de cartéis.

V. Conclusões

Pelo exposto, no esteio das questões propugnadas no início, restou demonstrado que o texto legal voltado às infrações à ordem econômica possui dispositivos especificamente voltados à produção ou à possibilidade concreta de produção de efeitos, não sendo possível extrair, dos enunciados prescritivos, uma presunção absoluta de sua ocorrência, mesmo no que tange ao cartel.

Entretanto, não se pretende negar, como já se adiantou, que o pragmatismo essencial ao *Law and Economics* resultou no desenvolvimento de diversos sofisticados instrumentos à disposição do Poder Público na persecução e dissuasão de cartéis e, mais

¹⁰² (FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Op. Cit.* p.64).

¹⁰³ “Para a compreensão do processo que Schuartz chama de ‘desconstitucionalização do Direito da Concorrência no Brasil’, é preciso fazer uma breve referência aos pressupostos da chamada Escola de Chicago e ao modo como estes foram incorporados ao discurso antitruste norte-americano e, posteriormente, ao brasileiro” (FRAZÃO. *Op. Cit.* p. 39).

que isso, na compreensão de complexos conceitos econômicos que permeiam as normas de defesa da concorrência.

A abordagem econômica do Direito se demonstrou extremamente útil não apenas para integração normativa em termos de semiótica, mas também para o amadurecimento do conjunto ferramental de que deve dispor o Estado enquanto primado o princípio da eficiência. Portanto, as bases da referida teoria encontram, até certo ponto, respaldo constitucional justamente na convergência a tal bem jurídico.

Por outro lado, viu-se que os valores pragmáticos não se restringiram a informar o processo legislativo, mas também influenciaram a forma como se apura a ilicitude de certas condutas, implicando, sem que houvesse mais aprofundada reflexão acerca de sua compatibilidade com a ordem jurídica sistematizada ao seu redor, uma modulação hermenêutica, que parece acolher o princípio da eficiência como hierarquicamente superior aos demais princípios fundamentais, mesmo em abstrato.

A partir do texto desenvolvido acima, estabeleceu-se, contudo, uma distinção essencial do regime de *common law*, sobre o qual tais teorias foram cunhadas, para o constitucionalista – algo que já se advertia desde sua criação, por seus próprios idealizadores. A importação incauta de tais teorias para a hermenêutica brasileira implicou uma entropia jurídica com o sistema estadunidense, sobrestando os demais princípios fundamentais da ordem jurídica pátria e distanciando a hermenêutica concorrencial brasileira da hermenêutica constitucional, reduzindo o império da Carta Maior a uma percepção fragmentada dos valores republicanos nela positivados.

Destarte, sustenta-se aqui que, embora sempre reconhecendo que o pragmatismo possui extrema relevância e é de integrar a construção normativa, não se pode perder de vista a necessidade de que seja o resultado um instrumento plenamente integrado ao sistema normativo jurídico-positivo brasileiro, modulado a lhe garantir não apenas constitucionalidade formal, mas também tenha como consequente normativo o império dos princípios fundamentais constitucionais de forma harmonizada segundo os minudenciados critérios de proporcionalidade.

Neste esteio, não se pode negar o intenso distanciamento da teoria da infração *per se*, tal como definida neste estudo, dos demais preceitos constitucionais, mormente ao notar o caráter absoluto das presunções que propõe, sendo ela por conseguinte incompatível com a noção de hermenêutica constitucional, visto que diversos dos valores

fundantes de tal ordem se veem relegados a um plano de subordinação ao primado de eficiência, objetivamente quantificada por meio de modelos econômicos, reduzindo drasticamente o conteúdo e a envergadura dos demais princípios fundamentais, razão pela qual não se vê compatibilidade entre a Constituição da República e a referida teoria de ilicitude *per se*.

VI. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático**. in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS v. 17, 1999

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª Ed., 4ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 353.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon, 1ª Ed. São Paulo: Edipro, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2016.

CARVALHOSA, Modesto. **Direito Econômico: Obras Completas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DONAS, Frederico Carrilho; VILAS BOAS, Maria Izabella; LUCIANO JUNIOR, Paulo César. **Parâmetros de análise de infrações concorrenciais pelo Cade**. In DONAS, Frederico Carrilho; SOARES, Marcio (coord). *Direito concorrencial: questões atuais*. São Paulo, Edgar Blücher: 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1a Ed. Martins Fontes: São Paulo, 2002.

FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas: Entre Direitos Fundamentais e Democratização da Ação Estatal**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v.12, n.12.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. **Tratado de Direito Empresarial: Direito Concorrencial**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2018.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2010.

HESSEN, Johannes. **Filosofia dos Valores**. Coimbra: Almedina, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª Ed. 3ª Tiragem. Martins Fontes: São Paulo, 1999. p. 247

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Singular, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 31ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014.

OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PAULINO, Maria Angela Lopes. **A teoria das relações na compreensão do direito positivo**. Constructivismo Lógico-semântico, Vol. I. São Paulo: Noeses, 2014.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 3ª Ed. Wolters Kluwer, 1986. p.5 e 23.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTAELLA, Lucia. **A relevância da semiótica para a construção do conhecimento**. *in* CARVALHO, Paulo de Barros. (Coord.) et. BRITTO, Lucas Galvão (Org.). **Lógica e Direito**. São Paulo: Noeses, 2016.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica constitucional**. *in* Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Tomo II: direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [*et al.*]. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. 4ª ed., São Paulo: Noeses, 2016.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de e GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos de Economia**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

OS PRESSUPOSTOS E ÓBICES PARA A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL: A (IN)DISPONIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

TOMÁS IMBROISI MARTINS: Pós-graduado lato sensu em Ciências Jurídicas com ênfase em atividade de Magistratura Estadual pelo Centro Universitário UniProjeção e CPIURIS (Agosto/2020). Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (Dez/2014). Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, desde 7/1/2016. Servidor Público do Tribunal Regional Federal 1ª Região.

RESUMO: O presente trabalho analisa a possibilidade de adoção da arbitragem tributária no Brasil, sob o aspecto da (in)disponibilidade do crédito tributário. A partir de dados gerados pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF e pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, bem como da legislação tributária, foi estudada a importância dos Meios Adequados de Solução de Conflitos – MASC, em especial da arbitragem, como via complementar para a solução da Crise da Justiça e, assim, simplificar os contenciosos administrativo e judicial. Percebeu-se que a arbitragem tributária não somente é meio possível para a resolução das controvérsias tributárias, mas também adequado para a consecução do interesse público primário e do adimplemento dos débitos tributários. Dessa forma, concluiu-se que não há óbice legal à sua instituição, mas apenas falta de vontade política para tanto, seja por o crédito tributário não ser indisponível propriamente dito, seja por a arbitragem tributária não implicar sua disposição.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem Tributária; Meios Adequados de Solução de Conflitos – MASC; Crédito Tributário; Indisponibilidade; Interesse Público; Crise da Justiça; Acesso à Justiça.

ABSTRACT: The present final paper analyzes the possibility of adopting tax arbitration in Brazil, under the aspect of (in) availability of tax credit. Based on data generated by the Administrative Council for Tax Appeals - CARF and the National Council of Justice - CNJ, as well as tax legislation, was studied the importance of the Alternative Dispute Resolution - ADR, especially arbitration, as a complementary way for the solution of the "Justice in Crises" and, also, simplify administrative and judicial disputes. It was realized that tax arbitration is not only a possible means for the resolution of tax disputes, but also suitable

for achieving the primary public interest and to satisfy tax debts. Therefore, it was concluded that there is no legal obstacle to its institution, but only a lack of political will to do so, either because the tax credit is not unavailable “per se”, or because tax arbitration does not imply its disposition.

KEYWORDS: Tax Arbitration; Alternative Dispute Resolution - ADR; Tax Credit; Unavailability; Public interest; Justice in Crises; Access-to-justice.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 – MODELO BRASILEIRO DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS TRIBUTÁRIAS E A ADOÇÃO DE MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS – MASC. 1.1 A Crise da Justiça e a conformação do Modelo Brasileiro de Resolução de Controvérsias Tributárias. 1.2 Adoção de Meios Adequados de Solução de Conflitos – MASC e a concretização material do Princípio do Acesso à Justiça no Direito Tributário. 2. A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA À LUZ DA (IN)DISPONIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A sociedade atual, cada vez mais plural e complexa, amparada pelo viés social democrata da Constituição de 1988, experimentou um crescimento da densidade nas relações e, com isso, da litigiosidade, o qual não conseguiu ser acompanhado pelo sistema Judiciário estatal, causando, assim, um congestionamento na solução das controvérsias suscitadas em busca de uma prestação jurisdicional adequada, célere e eficaz.

Ao se analisar a composição e natureza dos litígios, evidencia-se que grande fração dos processos iniciados e em andamento possui como parte o Poder Público. Ainda, dessas demandas, número considerável é composto por ações fiscais, de modo que é inarredável a conclusão que o Poder Público, em especial a Fazenda Nacional, possui, de certa forma, grande parcela da responsabilidade pelo atual cenário de abalroamento do Judiciário.

Dessa forma, surgiu na doutrina e na jurisprudência especial preocupação com a criação e adoção de meios alternativos, todavia, mais adequados¹⁰⁴, principalmente à luz

104 “Fazemos registro acerca da discussão doutrinária que aponta uma visão mais moderna do tema apontando para expressão correta como sendo “meios adequados” e não “meios alternativos” de solução de litígios: “Faço aqui um alerta: a terminologia tradicional, que se reposta a ‘meios alternativos’ parece estar sob ataque, na medida em que uma visão mais moderna do tema aponta meios adequados (ou mais adequados) de solução de litígios, não necessariamente alternativos. Em boa lógica (e tendo em conta o grau de civilidade que a maior parte da sociedade atingiu neste terceiro milênio) é razoável pensar que as controvérsias tendam a ser resolvidas, num primeiro momento, diretamente pelas partes interessadas

das experiências estrangeiras, para se promover um aperfeiçoamento do sistema processual brasileiro e, com isso, proporcionar uma melhor concretização do princípio do acesso à Justiça.

No caso específico do direito tributário, ramo que interessa ao presente estudo, esse possui peculiaridades singulares que impedem a simples extensão do entendimento que foi há muito consolidado no âmbito do direito privado e, em menor dimensão e mais recentemente, no direito administrativo, justamente em virtude da regência estrita de regras e princípios rigorosos que atendem ao interesse público, amparados pelas pedras de toque da supremacia e indisponibilidade do interesse público, bem como em razão de ser a manifestação do exercício de um poder-dever vinculado e intimamente ligado à soberania.

Analisa-se, assim, o aspecto mais sensível do crédito tributário, qual seja, a sua (in)disponibilidade e a possibilidade de sua sujeição aos meios alternativos de solução de controvérsias, especificamente à arbitragem tributária, como meio adequado para o atendimento dos interesses públicos primário e secundário à luz do princípio da eficiência e, dessa forma, aperfeiçoar o acesso à Justiça e se colocar como solução alternativa e complementar ao sistema judiciário estatal para simplificar e, até mesmo, evitar os contenciosos administrativo e judicial tributários.

Dessa forma, abordaremos a temática em dois capítulos, nos quais analisaremos o modelo brasileiro de resolução dos conflitos tributários e a necessidade de adoção de Meios Adequados de Solução de Conflitos - MASC, em especial o instituto da arbitragem no Brasil, no primeiro, para então dissecarmos a arbitragem tributária à luz da (in)disponibilidade do crédito tributário e suas implicações, no segundo, seguidos de um capítulo destinado a considerações finais, onde serão sistematizadas as conclusões

(negociação, mediação, conciliação); em caso de fracasso deste diálogo primário (método autocompositivo), recorrerão os conflitantes às formas heterocompositivas (processo estatal, processo arbitral). Sob esse enfoque os métodos verdadeiramente alternativos de solução de controvérsias seriam os heterocompositivos (o processo, seja estatal, seja arbitral), não os autocompositivos (negociação, mediação, conciliação). Para evitar esta contradição, soa correta a referência a métodos adequados de solução de litígios, não métodos alternativos. Um sistema multiportas de resolução de disputas, em resumo, oferecerá aos litigantes diversos métodos, sendo necessário que o operador saiba escolher aquele mais adequado ao caso concreto". In: CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n. 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009, p. 32.". (ESCOBAR, Marcelo Ricardo. Arbitragem Tributária no Brasil. São Paulo: Almedina, 2017. Pág. 42.)

alcançadas no decorrer o artigo, bem como apresentadas eventuais aperfeiçoamentos para se concretizar a arbitragem tributária no Brasil.

1. MODELO BRASILEIRO DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS TRIBUTÁRIAS E A ADOÇÃO DE MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS - MASC

1.1. A Crise da Justiça e a conformação do Modelo Brasileiro de Resolução de Controvérsias Tributárias

O Conselho Nacional de Justiça, “com o objetivo de proporcionar dados confiáveis para aprimorar o planejamento da Justiça, bem como dar transparência perante a população”¹⁰⁵, criou em 2004 importante estudo e instrumento de avaliação do desempenho do Poder Judiciário na prestação do serviço jurisdicional, qual seja, o “Justiça em Números”, que analisa indicadores relacionados à produtividade, à celeridade e ao acesso ao Poder Judiciário e, assim, consegue obter uma visão global e estrutural das dificuldades enfrentadas pelo sistema judiciário.

O referido trabalho, que vem sendo publicado anualmente desde então, reforça a necessidade de nos debruçarmos sobre a denominada Crise da Justiça e suas causas, cujas consequências são perceptíveis são somente pelos jurisdicionados, mas também pela população de uma forma geral, além de repercutirem no planejamento econômico das pessoas jurídicas privadas e, também, públicas.

Segundo Alessandro Jacomini, Carlos Aberto Ferri e Daiane Gonçalves França¹⁰⁶, a Crise da Justiça, ou do Judiciário, relaciona-se com a sociedade em geral e está intimamente ligada não somente ao aspecto formal, que se refere à morosidade e à própria ausência de Justiça, mas também ao âmbito material, em razão da ineficácia das decisões proferidas.

¹⁰⁵ Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números permite gestão estratégica da Justiça há 10 anos. Disponível em: <<https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/196155784/justica-em-numeros-permite-gestao-estrategica-da-justica-ha-10-anos>>. Acesso em: 24 de maio de 2020.

¹⁰⁶ JACOMINI, Alessandro; FERRI, Carlos Aberto; e FRANÇA, Daiane Gonçalves. A Crise do Poder Judiciário e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos. Disponível em <http://revistaunar.com.br/juridica/documentos/vol17_n1_2017/2_A_CRISE_DO_PODER_JUDICIARIO.pdf>. Acesso em 24/5/20.

Como causa da citada crise, é inegável que o aumento quantitativo e qualitativo das relações sociais implica diretamente o crescimento dos conflitos e, com isso, a busca do Judiciário.

Noutros termos, a diversificação e aprofundamento da complexidade das relações travadas entre os membros da sociedade¹⁰⁷ provocou um aumento exponencial no número de ações ajuizadas, o que não foi acompanhado pela estrutura do Poder Judiciário e pela capacidade de fornecer uma resposta adequada.

Importante frisar que a incapacidade de ajuste do Poder Público aos anseios da população não ocorreu meramente pela má gestão dos órgãos ou não aplicação devida dos recursos públicos necessários, mas principalmente pelo fato de essa procura ser praticamente ilimitada, sendo impossível atender a todos os interesses judicializados de forma célere e especializada, visto que o conflito é algo inerente ao ser humano.

De acordo com Taturce (2015, p. 14),

“Por ser o conflito algo inerente às relações humanas torna-se necessário planejar um sistema eficiente para o tratamento das controvérsias que inevitavelmente hão de surgir. De outra forma, a ocorrência de conflitos tende a aumentar cada vez mais em razão da dinâmica das relações interpessoais.” (apud JACOMINI, Alessandro; FERRI, Carlos Aberto; e FRANÇA, Daiane Gonçalves. 2017, p. 5)

Nesse contexto, dissecando os dados extraídos do último Justiça em Números, publicado em 2019, referente ao ano de 2018, observa-se que, de 2009 até 2016, o número de processos em trâmite experimentava acréscimo significativo, tendo somente em 2017 estabilizado o denominado estoque processual para, em 2018, sofrer uma redução de 1,4%.

A diminuição dos processos em trâmite, apesar de histórica, representa tímida melhora no cenário de abaloamento do Poder Judiciário, o que nos leva a buscar meios alternativos para solucionar a crise em debate, mormente ao se analisar outros indicadores em conjunto, como o tempo médio de tramitação dos processos.

¹⁰⁷ Importante ressaltar que aqui as relações e, conseqüentemente, os litígios, não devem se limitar à percepção privada, isto é, entre particulares, mas também entre administração pública e particulares e, até mesmo, entre órgãos da própria administração pública.

Segundo CNJ, “as maiores faixas de duração estão concentradas no tempo do processo pendente, em específico na fase de execução da Justiça Federal (8 anos e 1 mês) e da Justiça Estadual (6 anos e 2 meses)”¹⁰⁸.

No que se refere às execuções fiscais¹⁰⁹, tema que interessa ao objeto do presente estudo, a situação é ainda mais crítica, pois essas representam “39% do total de casos pendentes e 73% das execuções pendentes no Poder Judiciário.” Tamanha é a sua importância que o relatório em debate possui seção específica destinada a analisá-la como “gargalos da execução”.

De acordo com o CNJ¹¹⁰,

“Historicamente as execuções fiscais têm sido apontadas como o principal fator de morosidade do Poder Judiciário. O executivo fiscal chega a juízo depois que as tentativas de recuperação do crédito tributário se frustraram na via administrativa, provocando sua inscrição na dívida ativa. Dessa forma, o processo judicial acaba por repetir etapas e providências de localização do devedor ou patrimônio capaz de satisfazer o crédito tributário já adotadas, sem sucesso, pela administração fazendária ou pelo conselho de fiscalização profissional. Acabam chegando ao Judiciário títulos de dívidas antigas e, por consequência, com menor probabilidade de recuperação.”

108 Justiça em Números 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2019. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em 24/5/20. P. 148.

109 A execução fiscal no Brasil e o impacto no Judiciário/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2011. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/2d53f36cdc1e27513af9868de9d072dd.pdf>>. Acesso em 6 de julho de 2020.

110 Justiça em Números 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2019. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em 24/5/20. P. 131.

Ainda, no âmbito do contencioso administrativo, segundo dados divulgados pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF111, até maio de 2020, dentre os 109.750 processos em estoque no Conselho, os que não possuem prioridade de julgamento (até R\$ 15.000.000,00) somam 106.428 processos e representam a quantia de R\$ 88.752.200.400,88 (oitenta e oito bilhões, setecentos e cinquenta e dois milhões, duzentos mil e quatrocentos reais e oitenta e oito centavos).

João Aurino de Melo Filho, em seu livro “Racionalidade Legislativa do Processo Tributário”, adverte que a Crise da Justiça ocorre justamente na fase de execução, denominando-a de “crise da solução adjudicatória judicial”, alimentada por nossa cultura judiciarista e agravada por uma “explosiva combinação de uma alta taxa de litigiosidade com o longo período de tempo gasto pelo Judiciário para julgar definitivamente os processos”, que, por equívoco, buscam soluções inadequadas e que se retroalimentam, “baseadas no estímulo à demanda e na compreensão da prestação judicial como um serviço de massa, que acabaram aumentando o problema”.¹¹²

Diante do cenário crítico acima exposto, cumpre enfrentar o modelo brasileiro de resolução de conflitos tributários, notadamente deficiente em atingir o fim colimado, que é a satisfação do crédito tributário.

Como sabido, após a prática de ato que se subsume à hipótese de incidência do fato gerador, origina-se a denominada obrigação tributária¹¹³, a qual constitui-se em

111 Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF. Dados estatísticos até maio de 2020. Disponível em <<http://carf.economia.gov.br/dados-abertos/relatorios-gerenciais/2020/dados-abertos-maio.pdf/view>>. Acesso em 7 de julho de 2020.

112 FILHO, João Aurino de Melo. Racionalidade legislativa do processo tributário. Salvador: JusPODIVM, 2018. Págs. 312/315.

113 “CTN:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.”

crédito tributário após o lançamento pela Administração Pública, conforme se depreende da leitura do artigo 142 do Código Tributário Nacional¹¹⁴.

Decorrido o prazo legal para pagamento voluntário ou após o encerramento da fase contenciosa administrativa tributária, que possui como função precípua o controle administrativo da legalidade do ato¹¹⁵ após impugnação do contribuinte, a administração fazendária inscreve o crédito tributário na Dívida Ativa da Fazenda Pública, momento a partir do qual é conferida a possibilidade de cobrança do tributo judicialmente, mediante a ação de execução fiscal, visto que constituído título executivo líquido, certo e exigível¹¹⁶.

A despeito da celeridade de obtenção de título executivo e prerrogativas inerentes à cobrança tributária, a satisfação do crédito tributário é, infelizmente, realidade distante, o que evidencia que os métodos tradicionais de exigência dos tributos não são suficientes para o seu efetivo e rápido adimplemento.

114 Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

115 Lei nº 6.830/80 – LEF:

Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

§ 3º - A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.

116 “CTN:

Art. 201. Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular.

Art. 204. A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída.”

Em face do exposto, mostra-se essencial a abertura do debate para buscarmos soluções, ou ao menos vias complementares, mais apropriadas e adequadas, para a satisfação do crédito tributário.

1.2. Adoção de Meios Adequados de Solução de Conflitos – MASC e a concretização material do Princípio do Acesso à Justiça no Direito Tributário

Como salientado, a deficiência do contencioso tributário em atingir o seu objetivo, qual seja, o recebimento do tributo, motivou a doutrina pátria a buscar Meios Adequados de Solução de Conflitos – MASC, posteriormente alavancados por Políticas Judiciárias e Legislativas com o fito de melhorar a eficiência operacional de todo o Sistema Judiciário.

A despeito da introdução no ordenamento jurídico dos instrumentos necessários para utilização dos MASC, em especial a Arbitragem pela Administração Pública, mostra-se pertinente a reflexão trazida por Leonardo Varella Giannetti¹¹⁷ a respeito da real motivação para o seu acatamento, visto que muitos os veem como meras soluções alternativas para a Crise da Justiça e, com isso, a adesão se mostra insuficiente, em razão da ainda presente desconfiança.

Isso porque a utilização difundida dos MASC deve ser consequência da crença de que os referidos meios são mais eficientes tecnicamente, promovendo uma pacificação social mais eficaz, célere e justa para todos, visto que resultante de maior participação de todos os sujeitos do conflito.

Noutros termos, além possibilitar uma maior especialização e qualificação dos responsáveis pelo processo decisório, dificilmente acompanhadas pelo Poder Judiciário à vista dos motivos já expostos, promove uma inversão da posição ostentada pelas partes, que perdem a qualidade de meros espectadores ou sujeitos passivos da prestação jurisdicional.¹¹⁸

117 GIANNETTI, Leonardo Varella. Arbitragem no direito tributário brasileiro: Possibilidade e Procedimentos. 2017. Tese de Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Págs. 56/58. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GiannettiLVa_1.pdf> Acesso em: 14 de maio de 2020.

118 FILHO, João Aurino de Melo. Racionalidade legislativa do processo tributário. Salvador: JusPODIVM, 2018. Págs. 295/296.

Confiram trecho pertinente de sua tese de doutorado:

“A promoção desses métodos não deve ser motivada e não ganharão confiança por essa razão, mas por serem bons em si mesmos e não como “boas por referência a um sistema que não dá resposta atempada aos problemas dos cidadãos”. (GOUVEIA, 2014, p. 36). Essa visão é importante para se reconhecer dois fenômenos: o primeiro, que ao se falar em meios alternativos não se busca a substituição, mas que sejam meios complementares; o segundo de que os MASC estão mais voltados para a questão de aumentar o acesso à justiça do que servirem como meios de solução do número crescente de demandas judiciais. Se esse efeito ocorrer, será um reflexo de sua utilização, mas não propriamente a causa de sua promoção e incentivo.

(...)

Em outras palavras, o uso dos MASC é inevitável, pois eles são adequados à celeridade e informalidade reinante no mundo atual. As constantes mudanças pela qual passam as relações sociais, cada vez mais transitórias e menos estáveis, potencializadas pela globalização e pelo alto desenvolvimento da tecnologia, afetam diretamente os meios pelos quais as pessoas buscam resolver seus problemas. O vínculo estreito entre cultura e processos de resolução de conflitos e a necessidade de aderência da sociedade ao modelo normativo proposto para tal fim são evidentes”

E assim conclui:

“A adequação do uso desses meios alternativos acaba sendo reflexo do momento atual pela qual passa a sociedade, menos propensa à presença constante do Estado em todas as esferas da vida e mais tendenciosa à busca de soluções que sejam céleres e que permitam maior participação no processo decisório.” (págs. 67/72)

O referido autor, ao comentar sobre as Resoluções nº 70/09 e 125/10 do CNJ, que dispuseram sobre “o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário” e “a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”, respectivamente, cita o “II Pacto Republicano de

Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo, firmado pelos chefes dos três poderes”, que, segundo o autor, motivou a adoção de “diversos compromissos, entre os quais fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização e ampliar a edição de súmulas administrativas e a constituição de Câmaras de Conciliação”, evidenciando a importância e a centralidade do tema para a concretização material do princípio constitucional do acesso à Justiça como objetivo Nacional.

É imperiosa a mudança, portanto, da mentalidade litigante, calcada principalmente no dogma da “inafastabilidade do controle judicial”, previsto no artigo 5º, XXXV, da CF, pois não se pode confundir o direito de ação com o dever de ação; isto é, a solução da controvérsia não necessariamente deve perpassar pelo processo formal estatal, pois a ação não é um fim em si mesmo e sim um dos meios possíveis, porém nem sempre adequados, para atingir o fim colimado.

Nesse sentido foi o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206, quando declarou incidentalmente a constitucionalidade da Lei de Arbitragem - Lei nº 9.307/96.¹¹⁹

O Estado, apesar de detentor do monopólio jurisdicional, não é o único legitimado a dirimir os conflitos, devendo haver desvinculação de acesso à Justiça do acesso ao Judiciário, pois, como pode ser depreendido do comando “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, trata-se de “norma cujo destinatário é o legislador, que não poderá editar lei excluindo da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito nem impor, contra a vontade do jurisdicionado, o acesso à instância não judicial.”¹²⁰

Não há empecilho à criação de soluções alternativas, tratando-se de mera decisão política do legislador:

“A cláusula constitucional de inafastabilidade do controle judicial, enfim, não impõe o monopólio da jurisdição pelo Judiciário. Se, por muito tempo, tivemos um sistema legislativo que consagrava esse

119 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206. Relator(a): Sepúlveda Pertence. Acórdão em 30/04/01. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 02/07/20.

120 FILHO, João Aurino de Melo. Racionalidade legislativa do processo tributário. Salvador: JusPODIVM, 2018. Págs. 315/316.

monopólio, o que o sustentava era uma simples decisão política do legislador, não, definitivamente, uma determinação constitucional. Tanto é assim que, pelas mesmas razões eu o mantinham, decisão do legislador, o sistema brasileiro de monopólio do Judiciário vem sendo substituído por um sistema legislativo mais policêntrico e heterogêneo, no âmbito do qual a arbitragem é apenas o instrumento mais paradigmático.”¹²¹

Na esfera do legislativo federal, merecem destaque o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), a Lei sobre Mediação (Lei nº 13.140/2015) e a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), esta recentemente alterada pela Lei nº 13.129/2015 para permitir expressamente a adoção por parte da Administração Pública da Arbitragem para “dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”¹²².

A adoção da arbitragem no âmbito Tributário proporcionaria não somente um encurtamento da discussão a respeito da legalidade da constituição do crédito tributário, mas também um maior êxito na obtenção do adimplemento pelo contribuinte.

Quanto ao trâmite administrativo da controvérsia tributária, João Aurino de Melo Filho¹²³, após dissecar as suas fases (consulta, impugnação e recurso ao CARF), aponta para uma baixa efetividade do contencioso administrativo, seja em razão da atuação da Administração plenamente vinculada e com forte viés pró-fisco, seja em virtude

¹²¹ FILHO, João Aurino de Melo. Racionalidade legislativa do processo tributário. Salvador: JusPODIVM, 2018. Págs. 319.

¹²² Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

(...)

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

¹²³ FILHO, João Aurino de Melo. Racionalidade legislativa do processo tributário. Salvador: JusPODIVM, 2018. Págs. 96/110.

da baixa possibilidade de solução do conflito instaurado, pois raros são os casos de revisão da legalidade do lançamento e assim extinção do crédito, bem como de satisfação do encargo pelo devedor antes do ajuizamento da execução fiscal.

No tocante à cobrança judicial do crédito tributário inscrito em dívida ativa, a despeito das vantagens concedidas à Fazenda Pública pela Lei 6.830/80 – Lei de Execução Fiscal, parte-se do pressuposto da resistência do contribuinte em cumprir com seu mister e, portanto, do moroso e rígido método tradicional adjudicatório para adimplir o crédito executado, o qual, diante de sua prevalência constitucional, também acaba por desconsiderar toda a instância administrativa.

Noutros termos, a “etapa administrativa” não agrega nenhuma efetividade à cobrança do crédito, o qual permanece com os mesmos atributos após confirmação do seu lançamento, e se mostra irrelevante para a execução judicial da exação, distanciada no tempo da origem do fato gerador e, conseqüentemente, da possibilidade de êxito pela resistência do contribuinte.

A arbitragem tributária, por sua vez, mostra-se como alternativa mais a) célere, diante da possibilidade de inclusive excluir a apreciação administrativa e jurisdicional tradicional da legalidade do crédito tributário¹²⁴, acabando, assim, com a sobreposição de instâncias decisórias; b) técnica¹²⁵, em virtude da composição do Tribunal Arbitral por especialistas escolhidos por sua expertise no assunto a ser debatido; e c) efetiva, em virtude de a opção pela adoção da arbitragem tributária ser consensual e de escolha do contribuinte, que se submete voluntariamente à jurisdição arbitral e assim promove uma maior pacificação social.¹²⁶

¹²⁴ Ressalvados os casos de inconstitucionalidade e a fase executória, estes sim reservados ao Poder Judiciário.

¹²⁵ A ausência de uma Justiça especializada em Direito Tributário, à luz das existentes Justças Eleitoral, Trabalhista e Militar, aliada à complexidade do Sistema Tributário Nacional e à fragmentariedade das competências e legislações atribuídas aos quatro entes federativos, dificulta, senão impede, uma especialização satisfatória dos magistrados em matéria tributária em virtude da necessidade de atender a todas as demandas submetidas à Justiça Comum, cuja competência residual é vastíssima.

¹²⁶ “Ultrapassadas essas questões de ordem dogmática, vale ressaltar que o resultado de uma pesquisa levada a termo em 2015 pelo School of International Arbitration, da Queen Mary, University of London, indicou que os maiores atrativos da arbitragem seriam: (i) exequibilidade dos laudos arbitrais; (ii) flexibilidade do procedimento; (iii) possibilidade de seleção dos árbitros; (iv) confidencialidade; (v) neutralidade; (vi)

Ainda, possui como consequência o próprio fortalecimento do Poder Judiciário, e não seu esvaziamento, visto que “a desjudicialização (...) não enfraquece nem representa desmonte do Poder Judiciário, mas, sim, o fortalecimento de sua estrutura, na medida em que lhe permite oferecer um serviço público de qualidade”¹²⁷, menos dispendioso e focado em causas complexas que passam a ter a devida atenção.

Dessa forma, promove-se uma concretização material do acesso à justiça não somente ao contribuinte, mas também ao próprio Estado-Fisco, pois

“um modelo que busque preservar os interesses das partes envolvidas, que respeite a tradição existente na matéria e que esteja atento às eventuais desconfiças do Poder Público pode colaborar significativamente para: (1) a concretização dos direitos fundamentais do acesso à justiça e da razoável duração do processo; (2) a materialização da eficiência administrativa; (3) a preservação da legalidade e do interesse fazendário na cobrança do crédito tributário; (4) o aprimoramento da justiça tributária, na medida em que as decisões arbitrais poderão influenciar o debate e mesmo a tomada de decisões pelos órgãos jurisdicionais estatais.”¹²⁸

A arbitragem, portanto, com seu viés consensual inicial, poderia evitar o arquivamento da execução fiscal por falta de bens e, conseqüentemente, da prescrição, pois, conforme pode ser observada de outras iniciativas consensuais de satisfação do tributo pelo Fisco, “o simples parcelamento legal, mesmo senda apenas uma forma objetiva de acordo, que desconsidera as condições individuais do contribuinte, é responsável,

definitividade das decisões; (vii) celeridade do procedimento arbitral; e (viii) custo.” (ESCOBAR, Marcelo Ricardo. Arbitragem Tributária no Brasil. São Paulo: Almedina, 2017. Pág. 42.)

127 FILHO, João Aurino de Melo. Racionalidade legislativa do processo tributário. Salvador: JusPODIVM, 2018. Págs. 307/309.

128 GIANNETTI, Leonardo Varella. Arbitragem no direito tributário brasileiro: Possibilidade e Procedimentos. 2017. Tese de Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Pág. 232. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GiannettiLVa_1.pdf> Acesso em: 14 de maio de 2020.

segundo pesquisa do Ipea, ao menos das execuções da PGFN, por quase 40% dos casos de extinção por pagamento.”¹²⁹

Por fim, interessante mencionar o caso de adoção de arbitragem tributária por Portugal, experiência estrangeira mais estudada em razão do seu crescente sucesso, cuja implementação foi impulsionada pela exigência de organismos internacionais como requisito para obtenção de assistência financeira da União Europeia.¹³⁰

Percebe-se, assim, a necessidade de uma Justiça célere e dotada de segurança jurídica no âmbito tributário para desonerar os custos de investimentos de empresas estrangeiras, reflexão essa perfeitamente aplicável à Justiça brasileira, pois o grau de eficácia, rapidez e estabilidade da resolução de questões tributárias influencia diretamente na adoção de políticas públicas e privadas, que dependem de uma garantia efetiva de acesso à Justiça e de duração razoável do processo para restaurar a confiança da população e do setor produtivo.

2.A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA À LUZ DA (IN)DISPONIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Como salientado, a arbitragem tributária ainda sofre resistência no meio jurídico, mormente ao se considerar os reflexos dos postulados da “indisponibilidade e supremacia do interesse público” sobre o crédito tributário, em que se analisa o interesse meramente arrecadatório como sinônimo ou até mesmo condição para a consecução daquele.¹³¹

A (in)disponibilidade do crédito tributário, contudo, não pode ser vista como empecilho à utilização da arbitragem em virtude de a) o crédito não ser indisponível propriamente dito; e b) a arbitragem não configurar concessão do crédito tributário.

¹²⁹ FILHO, João Aurino de Melo. Racionalidade legislativa do processo tributário. Salvador: JusPODIVM, 2018. Págs. 633/634.

¹³⁰ GIANNETTI, Leonardo Varella. Arbitragem no direito tributário brasileiro: Possibilidade e Procedimentos. 2017. Tese de Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Págs. 218/219. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GiannettiLVa_1.pdf> Acesso em: 14 de maio de 2020.

¹³¹ FILHO, João Aurino de Melo. Racionalidade legislativa do processo tributário. Salvador: JusPODIVM, 2018. Pág. 326.

No tocante ao primeiro ponto, cumpre destacar que o crédito tributário não pode ser confundido com a sua cobrança, essa sim vinculada a indisponível consoante disposição contida no artigo 3º do CTN¹³².

Isso porque a cobrança do crédito tributário está intimamente relacionada com o exercício das competências constitucionais atribuídas aos entes federativos, de modo que, uma vez prevista em lei a exação, a atividade arrecadatória do tributo se torna imperiosa.

O crédito, por sua vez, possui como atributo evidente a patrimonialidade, em virtude de sua função primordial de custear os serviços essenciais do Estado, e, conseqüentemente, pode sofrer alterações mediante disposição legal.

Nesse contexto, o próprio CTN, em seu artigo 97, VI, estabelece que “somente a lei pode estabelecer as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.”

Com efeito, a indisponibilidade do crédito tributário, que, como salientado acima, relaciona-se com a cobrança e não com o valor em si, mesmo sob a ótica da responsabilidade fiscal¹³³, deve ser enxergada como atributo mais voltado à legalidade do que propriamente à impossibilidade de disposição.

Conforme leciona Faricelli, “a disponibilidade e patrimonialidade necessárias à adoção da arbitragem para solução do conflito tributário, requisitos legais essenciais à definição da arbitralidade das controvérsias em exame, se encontram, portanto,

132 “Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

133 “Tal argumento, definitivamente, não encontra amparo legal ou constitucional, porque para que haja renúncia a receita esta deve estar prevista na lei orçamentária anual, o que não ocorre quando o crédito tributário ainda é controverso. Quando em discussão e em Dívida Ativa o crédito tributário não compõe o cálculo da receita corrente líquida orçamentária. A dívida ativa quando arrecadada ingressa no orçamento como reserva de contingência. A renúncia de receita e os benefícios fiscais, como não compõem a arrecadação, são estimados e aparecem na lei orçamentária separadamente, mas a Lei de Responsabilidade Fiscal exige que o respectivo montante seja estimado para dar transparência à previsão orçamentária.” GRUPENAMCHER, Betina Treiger. Arbitragem e transação em matéria tributária. In: PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de (coordenadores). Arbitragem tributária (livro eletrônico): desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. 2. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.”

presentes”¹³⁴ e, uma vez concretizada a obrigação tributária por intermédio do lançamento, essa assume natureza jurídica de “direito patrimonial real do ente público, podendo ser classificado como bem dominial, passível, nos termos legais, de ser objeto de negociação e transação”.¹³⁵

Nessa toada, os artigos 156 e 175 do CTN¹³⁶ preveem, respectivamente, modalidades de extinção e de exclusão de do crédito tributário que, ao contrário da arbitragem tributária, representam, de fato, disposição dos valores devidos, como a transação, remissão, isenção e anistia, bastando a edição de lei que prevejam as referidas hipóteses.

Inclusive, em 14 de abril de 2020, foi publicada a Lei nº 13.988/2020, que estabeleceu “os requisitos e as condições para que a União, as suas autarquias e fundações, e os devedores ou as partes adversas realizem transação resolutiva de litígio relativo à cobrança de créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária”.

Ainda, como sabido, anualmente o Congresso Nacional¹³⁷ edita leis perdoando dívidas milionárias de determinados segmentos produtivos, razão pela qual se conclui que

134 MENDONÇA, Priscila Faricelli de. Transação e Arbitragem nas controvérsias tributárias. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2013. Pág. 75. Disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12022014-135619/publico/dissertacao_mestrado_final_Priscila_Faricelli_de_Mendonca.pdf>. Acesso em 5 de julho de 2020.

135 FILHO, João Aurino de Melo. Racionalidade legislativa do processo tributário. Salvador: JusPODIVM, 2018. Pág. 638.

136 Art. 156. Extinguem o crédito tributário: (...)

III - a transação;

IV - remissão;

(...)

Art. 175. Excluem o crédito tributário:

I - a isenção;

II - a anistia.

137 UOL, Economia. Temer perdoou R\$ 47,4 bi de dívidas de empresas, maior anistia em 10 anos. Disponível em <<https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2019/01/21/temer-perdoou-r-474-bi-de-dividas-de-empresas-maior-anistia-em-10-anos.htm>>. Acesso em 7 de julho de 2020.

a indisponibilidade tributária, além de não ser absoluta, está intimamente ligada à vontade política e ao critério da legalidade.

Ademais, a doutrina moderna diferencia o interesse público, para fins de indisponibilidade, em primário e secundário, sendo o primeiro referente aos anseios da sociedade e população de modo geral, enquanto o segundo seria atinente à máquina estatal:

“Por outro lado, o princípio da indisponibilidade do interesse público, na acepção antes vista, tampouco desautoriza a constatação ora feita. A Administração Pública não está dispondo, “abrindo mão”, do interesse público quando dá cumprimento a direito alheio. E isso pela óbvia razão de que, nessa hipótese, se não há direito em favor da Administração, não há que se falar em interesse público. De há muito, a doutrina já esclareceu que interesses pragmáticos da Administração que não encontrem amparo no ordenamento não constituem interesse público, são meros interesses secundários, ilegítimos. O interesse de que o agente público deve buscar a satisfação não é, simplesmente, o interesse da Administração como sujeito jurídico em si mesmo (“interesse secundário”), mas, sim, o “interesse coletivo primário”, formado pelo complexo de interesses preponderantes na coletividade. Nesse passo, cumprir deveres e reconhecer e respeitar direitos do administrado é atender ao interesse público. Só assim estará sendo observado o interesse público primário, que é o verdadeiro e único interesse público.”¹³⁸

De acordo com o referido entendimento, apenas o interesse público primário seria indisponível, visto que o secundário é meramente arrecadatório e somente se legitimaria conquanto possuísse como finalidade a satisfação do interesse da sociedade,

“e, nesse contexto, agir no interesse da sociedade equivale a reduzir a dimensão da máquina estatal e os custos que decorrem da sua manutenção, além de oferecer soluções rápidas e eficientes para as

¹³⁸ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: Consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). Págs. 3/4. Disponível em: <https://www.academia.edu/231461/A_in_disponibilidade_do_interesse_publico_consequencias_processuais_2005_>. Acesso em 5 de julho de 2020.

controvérsias com o poder público, inclusive em matéria tributária, resultado ao qual se pode chegar com a arbitragem e também com a transação tributária”.¹³⁹

Portanto, mesmo a Lei de Arbitragem exigindo em seu artigo 1º, § 1º, a disponibilidade dos interesses envolvidos para a sua utilização pela Administração Pública, entendemos que não há óbice para sua utilização em matéria tributária em virtude de não ser o crédito tributário indisponível.

Fazendo uma leitura a contrário sensu do artigo 852 do Código Civil, que ao lado da Lei de Arbitragem estabelecem os aspectos de arbitralidade objetiva, basta que a sua adoção ocorra quando o litígio não versar sobre questões de estado, de direito pessoal de família e for de caráter estritamente patrimonial¹⁴⁰, características essas integralmente atendidas pela arbitragem tributária.

Ainda, imperioso ressaltar que a exegese do conceito “indisponibilidade” também não é unânime, pois, como alhures mencionado, a patrimonialidade dos interesses envolvidos costuma pautar a possibilidade de submetê-los ou não à arbitragem ou transação¹⁴¹.

139 GRUPENAMCHER, Betina Treiger. Arbitragem e transação em matéria tributária. In: PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de (coordenadores). Arbitragem tributária (livro eletrônico): desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. 2. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

140 “Esse é o significado da regra do art. 1o da Lei 9.307/1996, quando alude ao cabimento da arbitragem “para dirimir direitos patrimoniais disponíveis”. Aliás, a norma do art. 852 do atual Código Civil, mais recente do que a Lei de Arbitragem, foi mais clara ao definir por exclusão o campo objetivo de aplicabilidade da arbitragem: ficam de fora as “questões de estado, de direito pessoal de família e (...) outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”. Obviamente, a expressão “questões de estado” nada tem a ver com “questões de direito público”. Refere-se a status jurídico: estado familiar (status familiae), estado de cidadania (status civitatis) e o estado de liberdade (status libertatis). Vale dizer: matérias que se enquadram na acepção de “indisponibilidade” ora examinada. Trata-se da única interpretação compatível não só com os princípios que norteiam a atuação pública, mas também com a função da arbitragem e os princípios que a inspiram.” TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: Consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória. Pág. 15. Disponível em: <https://www.academia.edu/231461/A_in_disponibilidade_do_interesse_p%C3%BAblico_consequ%C3%A2ncias_processuais_2005_>. Acesso em 5 de julho de 2020.

141 Menciona-se a transação em virtude de, por ser meio autocompositivo de conflitos que implica verdadeiras concessões mútuas, a legislação ser ainda mais rigorosa quanto aos requisitos materiais para a sua validade. A despeito disso, a Lei nº 13.988/20 estabelece critérios objetivos para viabilizar as transações a) na cobrança da dívida ativa da União, das autarquias e das fundações públicas federais; b) por adesão no

Nessa questão, é unânime a possibilidade de disposição do direito, dentro dos limites legais, de direitos indisponíveis, como a) os alimentos e outras questões de Direito de Família; b) celebração de acordos de não persecução cível em ações de improbidade; c) a transação penal nos juizados especiais; e d) desafetação de bens públicos.

Quanto ao segundo ponto, ainda que o crédito tributário fosse de fato indisponível, a sua sujeição à arbitragem não implica disposição.

Como sabido, a arbitragem é meio de solução de conflitos heteronormativo que a ordem jurídica pátria qualificou juridicamente como equivalente jurisdicional, considerando inclusive a sentença arbitral como título executivo judicial¹⁴².

Dessa forma, a disposição seria tão somente do método de resolução estatal de controvérsias, figurando a sentença arbitral, ao lado da sentença judicial transitada em julgado, como causa extintiva do crédito tributário nos casos favoráveis ao contribuinte.¹⁴³

A arbitragem, assim como o processo judicial, é pautada pelo devido processo legal, com parâmetros objetivos legalmente previstos quanto ao seu procedimento e conteúdos das decisões, respondendo penalmente os julgadores como agentes públicos, de modo que a opção deste meio heterocompositivo não representa abdicação ao direito material em disputa ou de qualquer elemento da obrigação tributária.

contencioso tributário de relevante e disseminada controvérsia jurídica; e c) por adesão no contencioso de pequeno valor.

142 CPC/15: Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

VII - a sentença arbitral;

143 "De um lado, há quem sustente (tal como a saudosa jurista Ada Pellegrini Grinover) que a arbitragem tributária no Brasil já poderia ser praticada dado ser pacífica a equiparação de sentença arbitral à sentença judicial, tal como prescrito pelo artigo 31 da Lei nº 9.307/11, de 23 de setembro de 1996 ("Lei de Arbitragem") e pelo artigo 515, inciso VII, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 ("Código de Processo Civil"), associados à previsão do artigo 156, inciso X, da Lei nº 5.172, de 15 de outubro de 1966 ("Código Tributário Nacional"), no sentido de que a decisão judicial passada em julgado tem o condão de extinguir o crédito tributário. Ou seja, a sentença arbitral já estaria incluída no rol das causas extintivas do crédito tributário dada a referida equiparação à sentença judicial." MASCITTO, Andréa. Requisitos institucionais para a Arbitragem entre Fisco e contribuintes no Brasil: necessidade de norma geral. In: PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de (coordenadores). Arbitragem tributária (livro eletrônico): desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. 2. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019."

É importante ressaltar, dessa forma, que “o conteúdo da decisão proferida pelo árbitro não decorre de um acordo prévio feito entre as partes que diga respeito ao mérito da controvérsia fiscal”¹⁴⁴, mas sim do juízo de conformação a respeito da compatibilidade ou não do lançamento à luz da legislação, exclusivamente, afastando-se todo e qualquer juízo com base na equidade, conveniência ou oportunidade da exação em análise.

Como salientado no capítulo anterior, o acesso ao judiciário é um direito e não dever, não podendo a escolha pela arbitragem ser compreendida como disposição do crédito tributário, mormente ao se considerar a possibilidade de, em casos de consulta e impugnação pelo contribuinte, o próprio fisco exercer a autotutela no contencioso administrativo e rever o lançamento efetuado.

Este ponto está intrinsecamente ligado à existência ou não de reserva de jurisdição estatal para resolução de controvérsias tributárias.

A Constituição Federal, quando assim o desejou, consignou de forma expressa as questões que devem ser submetidas à apreciação do Poder Judiciário, a exemplo da interceptação telefônica ou privacidade do domicílio.

Segundo Giannetti, “a indisponibilidade de bens e do interesse público não tem qualquer relação com a obrigatoriedade ou exclusividade de que a eventual controvérsia sobre esses bens e direitos seja solucionada exclusivamente sob o amparo da jurisdição estatal”¹⁴⁵:

“No âmbito tributário, o Estado não necessita do auxílio do Poder Judiciário para fazer valer suas prerrogativas e poderes, em face da autoexecutoriedade dos atos administrativos. O Estado necessitará do Poder Judiciário para fazer valer a coação patrimonial, devendo ajuizar a ação de execução fiscal ou, em alguns casos, medida cautelar fiscal para buscar resguardar a satisfação do crédito tributário. Mas não há

144 GIANNETTI, Leonardo Varella. Arbitragem no direito tributário brasileiro: Possibilidade e Procedimentos. 2017. Tese de Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Pág. 166. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GiannettiLVa_1.pdf> Acesso em: 14 de maio de 2020.

145 GIANNETTI, Leonardo Varella. Arbitragem no direito tributário brasileiro: Possibilidade e Procedimentos. 2017. Tese de Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Págs. 182/183. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GiannettiLVa_1.pdf> Acesso em: 14 de maio de 2020.

dúvida que o Poder Público não precisa dessa estrutura para formalizar o crédito tributário, aplicar sanções e iniciar a cobrança administrativa.

Na verdade, quem possui o direito fundamental à tutela jurisdicional (ou acesso ao Poder Judiciário) é o cidadão, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5., XXXV, do texto constitucional brasileiro. O Estado não tem direito fundamental algum. Além disso, a questão da reserva de jurisdição, tema subjacente a algumas questões, como as que envolvem o acesso à residência (art. 5., XI, CF/88) ou à comunicação telefônica (art. 5., XII, CF/88), representa uma garantia de defesa e proteção de direitos fundamentais e não um instrumento normativo de proteção de um interesse do Estado. E de qualquer forma, não custa lembrar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da lei de arbitragem brasileira, dizendo que as partes poderiam renunciar em um caso concreto ao direito de acesso ao Poder Judiciário e escolher outra forma de resolver suas controvérsias.”¹⁴⁶

Por fim, trago abaixo as conclusões pertinentes do Mandado de Segurança nº 11.308/DF, relevante julgado do Superior Tribunal de Justiça sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, o qual, além de trazer entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o “Caso Lage” corroborando as ideias defendidas acima, sistematiza as conclusões alcançadas no decorrer do presente capítulo:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO.

(...)

¹⁴⁶ GIANNETTI, Leonardo Varela. Arbitragem no direito tributário brasileiro: Possibilidade e Procedimentos. 2017. Tese de Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Pág. 183. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GiannettiLVa_1.pdf> Acesso em: 14 de maio de 2020.

5. Questão gravitante sobre ser possível o juízo arbitral em contrato administrativo, posto relacionar-se a direitos indisponíveis.

6. A doutrina do tema sustenta a legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral, calcado em precedente do E. STF, in litteris: "Esse fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações, e uma delas pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração." Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado. Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como 'caso Lage', no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos. A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente 'a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.' Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada pena do Min, Amaral Santos. Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público." (in "Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, , Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, outubro - dezembro de 2002, coordenada por Arnold Wald, esclarece às páginas 398/399).

(...)

8. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado "interesse público secundário". Lições de Cernelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau.

9. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspondente indenização, coloca-se na posição de atendimento ao "interesse público". Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio.

10. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.

11. Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.

(...)

13. Outrossim, a ausência de óbice na estipulação da arbitragem pelo Poder Público encontra supedâneo na doutrina clássica do tema, verbis: (...) Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos, Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade, O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça." (No sentido da conclusão Dalmo Dallari, citado por Arnold Wald, Athos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Doutrado, em artigo intitulado "Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, à página 418).

(...)

16.É cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o "risco" de serem derrotadas na arbitragem.

(Precedente: Resp nº 450881 de relatoria do Ministro Castro Filho, publicado no DJ 26.05.2003)

(...)

(MS 11.308/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/04/2008, DJe 19/05/2008)

Conclui-se, dessa forma, que o administrador público, quando sujeita a controvérsia tributária à arbitragem, está privilegiando o interesse público e o princípio da legalidade, pois possui o poder-dever de submeter o litígio ao meio mais eficiente disponível, ainda que se conclua pela ilegalidade do lançamento tributário, pois, como destacado acima, "o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cultura demandista brasileira, impulsionada por incentivos estatais e legislativos de litigância em massa, aliada à densificação das relações sociais, culminou, ou ao menos antecipou, o fenômeno denominado Crise da Justiça, compreendido como a dificuldade de o Poder Judiciário corresponder, quantitativa e qualitativamente, às demandas da população, gerando, assim, acúmulo de processos e retardamento da satisfação do provimento jurisdicional.

Nesse contexto, a doutrina pátria, acompanhada posteriormente por políticas judiciárias e legislativas, capitaneou o movimento em busca de Meios Adequados de Solução de Conflitos – MASC, com o intuito de complementar as vias de acesso à justiça e, conseqüentemente, concretizar materialmente o princípio encartado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

No âmbito tributário, diante da dificuldade de satisfação do crédito por intermédio do contencioso administrativo e do sistema adjudicatório tradicional, esse debate ganhou especial importância, mormente por tratar de questão sensível diante de sua relevância para a consecução do interesse público.

A despeito da patente necessidade de reformulação do modelo de resolução de controvérsias tributárias, o tema ainda sofre resistência por parte dos estudiosos e do próprio poder legislativo, que ainda associam a supremacia e a indisponibilidade do interesse público à própria indisponibilidade do crédito tributário.

Dentre os diversos MASC, na seara tributária merece destaque a arbitragem, por ser equivalente jurisdicional e, com isso, produzir título executivo judicial, de modo que representa mera solução alternativa quanto à metodologia de resolução estatal dos conflitos.

Ainda assim, diante de a cobrança do tributo ser atividade administrativa plenamente vinculada, surge a (in)disponibilidade do crédito tributário como atributo a ser desmistificado para a implementação da arbitragem tributária.

Com efeito, nos termos do artigo 3º do Código Tributário Nacional, o que é vinculado e, portanto, não passível de disposição é a atividade arrecadatória do Fisco, enquanto manifestação da competência constitucionalmente atribuídas aos entes federados, não havendo vedação legal ou constitucional para a disposição do crédito tributário, visto que dotado de patrimonialidade e, assim, dependente de mera autorização legal para a sua extinção ou exclusão, conforme previsto pelos artigos 156 e 175 do referido diploma.

Assim sendo, conclui-se que o crédito tributário não é indisponível, pois é passível de transação, remissão, isenção e anistia, meios que implicam efetiva disposição da exação.

Ademais, a indisponibilidade do interesse público recai somente sobre seu aspecto primário, que corresponde às necessidades da sociedade, e não sobre o secundário, relacionado à máquina estatal e, por conseguinte, ao intuito meramente arrecadatório.

Cumprе ressaltar, outrossim, que, ainda se considerássemos o crédito tributário indisponível, inexistiria óbice para a adoção da arbitragem tributária, por essa não representar disposição do crédito tributário.

Como cediço, a arbitragem é meio heterocompositivo de solução de controvérsia que, tal como a jurisdição estatal, é regido por rigorosos padrões objetivos, em observância ao devido processo legal, havendo consensualidade tão somente no momento inicial, quando de sua instauração, e não em relação ao mérito do laudo a ser expedido pelo Tribunal arbitral.

Outrossim, haveria extinção do crédito tributário em virtude de esse não ter sido constituído com observância da legislação tributária e não por sua simples disposição, configurando a sua extinção, na verdade, atendimento ao verdadeiro interesse público e correta aplicação da lei, cujo cumprimento já constitui poder-dever atribuído à administração pública quando da revisão da legalidade do lançamento no decorrer do contencioso administrativo.

Não há, portanto, reserva de jurisdição para tratar do tema, pois a Constituição Federal, quando assim o desejou, foi expressa, bem como em virtude de a renúncia/desoneração ser realidade no Brasil, bastando o atendimento às exigências legais, em consonância com o exigido pelo artigo 97, VI, do Código Tributário Nacional.

Mister destacar que o presente artigo não buscou esgotar as discussões pertinentes quanto à temática proposta, servindo apenas como incentivo à salutar discussão a respeito dos motivos que ainda impedem a implementação do referido instituto no Brasil, debate esse que deve perpassar também pela possibilidade ou não de sua instituição com as normas já existentes e, em caso de negativa, qual diploma seria o mais adequado para tanto, visto que a Carta Magna exige que as normas gerais sobre direito tributário sejam veiculadas por Lei Complementar, nos termos do artigo 146, III, da CF.

Por fim, não havendo óbice deontológico para a instituição da arbitragem tributária no ordenamento jurídico pátrio, à exceção da ainda fraca vontade política, imperioso concluir que a adoção da arbitragem tributária contribuirá, de fato, para o aprimoramento dos contenciosos administrativo e judicial e a consecução do interesse público primário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. *Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa*. Belo Horizonte, n. 1, ano 1 Abril 2003 Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=12511>>. Acesso em: 14 de maio de 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 12 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm> Acesso em 12 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm> Acesso em 12 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm#art> Acesso em 12 maio 2020.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4.257, de 2019, que modifica a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, nas hipóteses que especifica. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>> Acesso em 12 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206. Relator(a): Sepúlveda Pertence. Acórdão em 30/04/01. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 02/07/20.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 11.308. Relator(a): Luiz Fux. Acórdão em 19/05/08. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 06/07/20.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. In *Revista de Processo*, São Paulo: V. 58, 1990. p. 33-40. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/131835>>. Acesso em 5 de julho de 2020.

CARMONA, Carlos Alberto. A crise do processo e os meios alternativos para a solução de controvérsias. In *Revista de Processo*, São Paulo: V. 56, 1989. p. 91-99. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/134188>>. Acesso em 5 de julho de 2020.

Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF. Dados estatísticos até maio de 2020. Disponível em <<http://carf.economia.gov.br/dados-abertos/relatorios-gerenciais/2020/dados-abertos-maio.pdf/view>>. Acesso em 7 de julho de 2020.

Conselho Nacional de Justiça. A execução fiscal no Brasil e o impacto no Judiciário – Brasília: CNJ, 2011. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/2d53f36cdc1e27513af9868de9d072dd.pdf>>. Acesso em 6 de julho de 2020.

Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números permite gestão estratégica da Justiça há 10 anos. Disponível em: <<https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/196155784/justica-em-numeros-permite-gestao-estrategica-da-justica-ha-10-anos>>. Acesso em: 24 de maio de 2020.

Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2019 - Brasília: CNJ, 2019. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em 24 de maio de 2020.

ESCOBAR, Marcelo Ricardo. Arbitragem Tributária no Brasil. São Paulo: Almedina, 2017.

FERNANDES, André Luiz Fonseca e FROTA, Phelipe Moreira Souza, *Qual Seria o Ato Normativo Adequado à Introdução da Arbitragem Tributária no Brasil?*, Jota. 12 de set. de 2019. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pauta-fiscal/qual-seria-o-ato-normativo-adequado-a-introducao-da-arbitragem-tributaria-no-brasil-12092019>>. Acesso em 12 maio 2020.

FERNANDES, André Luiz Fonseca e FROTA, Phelipe Moreira Souza, *Arbitragem Tributária e o Lançamento de Ofício – Uma Perspectiva Acerca do Momento de sua Opção*, Jota. 18 de julho de 2019. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pauta-fiscal/arbitragem-tributaria-e-o-lancamento-de-oficio-18072019>>. Acesso em 12 maio 2020.

FERREIRA, Rogério M. Fernandes. A arbitragem tributária em Portugal (perspectiva de um advogado). Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 57. ano 15. p. 267-280. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2018.

FILHO, João Aurino de Melo. Racionalidade legislativa do processo tributário. Salvador: JusPODIVM, 2018. 736 p.

GIANNETTI, Leonardo Varella. *Arbitragem no Direito Tributário Brasileiro: Possibilidade e Procedimentos*. Tese (Doutorado em Direito) – PUC/MG. Belo Horizonte, 2017. Disponível em <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GiannettiLVa_1.pdf>. Acesso em 12 maio 2020.

GIANNETTI, Leonardo Varella. Arbitragem no direito tributário brasileiro: Possibilidade e Procedimentos. 2017. Tese de Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em:

<http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GiannettiLVa_1.pdf> Acesso em: 14 de maio de 2020.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 16ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

GRUPENAMCHER, Betina Treiger. Arbitragem e transação em matéria tributária. In: PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de (coordenadores). Arbitragem tributária (livro eletrônico): desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. 2. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019."

GUEDES, Henrique Lenon Farias. A posição processual do Estado na arbitragem de investimentos e na arbitragem tributária interna: um problema de legislação. In: Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 62. Ano 16. P. 115-130. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2019.

GUERRA, Sérgio; DE PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: Novo Regime jurídico de negociação com a Administração Pública. In: FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio (Edit.). Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018. P. 135-169, out. 2018.

HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 22ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

JACOMINI, Alessandro; FERRI, Carlos Aberto; e FRANÇA, Daiane Gonçalves. A Crise do Poder Judiciário e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos. Disponível em <http://revistaunar.com.br/juridica/documentos/vol17_n1_2017/2_A_CRISE_DO_PODER_JUDICIARI O.pdf>. Acesso em 24/5/20.

MACHADO, Hugo de Brito. Transação e arbitragem no âmbito Tributário. In: R. Fórum de Dir. Tributário - RFDT, Belo Horizonte, ano 5, n. 28, p. 51-74, jul./ago. 2007.

MENDONÇA, Priscila Faricelli de. A Transação na Solução de Controvérsias Tributárias: uma Análise das Hipóteses Legais Frente à Lei 13.140/2015. In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 240 – RDDT, São Paulo, p. 121-135, setembro – 2015.

MENDONÇA, Priscila Faricelli de. Transação e Arbitragem nas controvérsias tributárias. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2013. Disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12022014-135619/publico/dissertacao_mestrado_final_Priscila_Faricelli_de_Mendonca.pdf>. Acesso em 5 de julho de 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Carf deve aplicar o artigo 24 da LINDB, afirma autor da nova redação da norma. Jota, 6 ago. 2018. Entrevista concedida a Guilherme Mendes. Disponível em: <

<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/lindb-floriano-entrevista-carf-06082018>>. Acesso em: 11 maio 2020.

MASCITTO, Andréa e FERNANDES, André Luiz Fonseca, Arbitragem Tributária Poderia Reconhecer Indébito Tributário e Autorizar Restituição?, Jota. 31 de out. de 2019. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pauta-fiscal/arbitragem-tributaria-poderia-reconhecer-indebito-tributario-e-autorizar-restituicao-31102019#sdfootnote10anc>>. Acesso em 12 maio 2020.

MASCITTO, Andréa, PISCITELLI, Tathiane, e MENDONÇA, Priscila Faricelli de, Arbitragem Tributária Brasileira está no Forno, Jota. 9 agosto de 2019. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pauta-fiscal/arbitragem-tributaria-brasileira-09082019>>. Acesso em 12 maio 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

PASQUALIN, Roberto. Arbitragem tributária ajuda reduzir número de ações administrativas e judiciais. Revista Consultor Jurídico. 1 de nov. de 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-01/roberto-pasqualin-arbitragem-tributaria-ajuda-reduzir-contencioso>>. Acesso em: 11 maio 2020.

PAULSEN, Leandro. Curso de Direito Tributário Completo. 5ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

PAULSEN, Leandro. Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. 3ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

PISCITELLI, Tathiane, CONRADO, Paulo Cesar e MASCITTO, Andréa, *Reflexões Sobre a Criação da Arbitragem Tributária no Brasil*, Jota. 1 set. de 2019. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pauta-fiscal/reflexoes-sobre-a-criacao-da-arbitragem-tributaria-no-brasil-06072019>>. Acesso em 12 maio 2020.

MASCITTO, Andréa. Requisitos institucionais para a Arbitragem entre Fisco e contribuintes no Brasil: necessidade de norma geral. In: PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de (coordenadores). Arbitragem tributária (livro eletrônico): desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. 2. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito Tributário. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

SEGALLA, Stella Bittar e SANTOS, Reginaldo Angelo dos, Viabilidade da Implementação da Arbitragem Tributária no Brasil, Jota. 5 de dez. de 2019. Disponível em

<<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pauta-fiscal/viabilidade-da-implementacao-da-arbitragem-tributaria-no-brasil-05122019>>. Acesso em 12 maio 2020.

SUNFELD, Carlos Ari; VORONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB: Quem paga pelos riscos dos processos? In: FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio (Edit.). Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018). P. 171-201. out. 2018.

SUNFELD, Carlos Ari. LINDB: Direito Tributário está sujeito à Lei de Introdução reformada. Jota. 10 ago. 2018. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lindb-direito-tributario-esta-sujeito-a-lei-de-introducao-reformada-10082018>>. Acesso em: 11 maio 2020.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: Consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória. Disponível em: <https://www.academia.edu/231461/A_in_disponibilidade_do_interesse_publico_consequencias_processuais_2005>. Acesso em 5 de julho de 2020.

UOL, Economia. Temer perdoou R\$ 47,4 bi de dívidas de empresas, maior anistia em 10 anos. Disponível em <<https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2019/01/21/temer-perdoou-r-474-bi-de-dividas-de-empresas-maior-anistia-em-10-anos.htm>>. Acesso em 7 de julho de 2020.

O DIREITO DE REJEIÇÃO SANGUÍNEA EM PACIENTES TESTEMUNHAS DE JEOVÁ

ORLANDO TAGLIAFERRO NETTO:

Discente do Curso de Direito da
Universidade Brasil, campus
Fernandópolis

RESUMO: O tratamento emergencial de pacientes Testemunhas de Jeová ainda gera embates referentes à atuação médica. Sobre essa circunstância, a transfusão sanguínea é uma questão colocada pauta, devido à recusa desse grupo religioso às terapias que envolvam essa prática. O trabalho, portanto, tem o intuito de ascender um debate sobre o respeito, por parte de profissionais da medicina, frente a negação de transfusões sanguíneas no tratamento de pTJ, abordando respaldos jurídicos.

Palavras-chave: Testemunha de Jeová; Transfusão Sanguínea; Consentimento Livre; Responsabilidade Legal.

ABSTRACT: The emergency treatment of Jehovah's Witnesses patients still generates conflicts regarding medical performance. In this circumstance, blood transfusion is an issue raised on the agenda, due to the refusal of this religious group to therapies that involve this practice. The work, therefore, has the intention of raising a debate about the respect, on the part of medical professionals, in face of the denial of blood transfusions in the treatment of pTJ, addressing legal support.

Keywords: Jehovah's Witness, Blood Transfusion, free consent, legal liability.

Sumário: 1. Introdução. 2. Sobre o direito à rejeição sanguínea pelos ptj's e as diretrizes para os tratamentos de saúde. 3. Considerações Finais. 4. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A prestação de atendimento com as singularidades de cada paciente é essencial no contexto do atendimento de saúde. Quando consideramos o ser humano um ser biopsicossocial, é necessário o respeito aos desejos e direitos legais do cidadão atendido. Citamos como exemplo a recusa de transfusão sanguínea para pacientes Testemunhas de Jeová (PTJ)¹⁴⁷. Há duas correntes de pensamentos, a primeira corrente, denominada socorrista de priorização da vitalidade acima de qualquer condição, respaldada pela Constituição Federal (Artigo 5º do Direito a vida), por outro lado é de extrema relevância o entendimento do indivíduo e de seu repertório sociocultural, com respeito a liberdade

¹⁴⁷ Expressão utilizada para se referir aos pacientes que são seguidores dos dogmas das Testemunhas de Jeová.

religiosa e o princípio da Dignidade Humana, devendo ser descartada ações que contrarie subjetividades do paciente (BRASIL, 1988; CHEHAIBAR, 2010).

Nesse sentido, os passos do método para a revisão de literatura foram: a identificação do problema, busca da literatura, avaliação e a análise dos dados obtidos. A busca dos estudos ocorreu no período de dezembro de 2021. Os critérios de inclusão dos estudos foram: artigos em português e inglês, publicados nos últimos dez anos, que apresentassem em sua discussão o direito do indivíduo que segue os dogmas das Testemunhas de Jeová, a Ética Médica e o direito médico, bioética e Legislação Vigente.

2 SOBRE O DIREITO À REJEIÇÃO SANGUÍNEA PELOS PTJ'S E AS DIRETRIZES PARA OS TRATAMENTOS DE SAÚDE

Os Testemunhas de Jeová valorizam grandemente a vida dada pelo seu Deus Jeová, diante disso, vários hábitos compreendidos como nocivos ao corpo não são praticados por esse grupo. São conhecidos por não aceitarem terapias transfusionais relacionadas ao sangue halogênico ou intervenções de armazenamento do próprio sangue (autólogo) para uso futuro, cabendo a utilização de alternativas cabíveis, como exemplo, o uso do equipamento denominado "Recuperação Intraoperatória de Sangue", que utiliza o sangue autólogo no ato cirúrgico para evitar que a perda de volume sanguíneo apresente riscos à testemunha de Jeová (GRANVILLE- CHAPMAN, 2011; JW.ORG, 2021).

Dentro desse contexto, é necessário o uso de documento público chamado Diretivas Antecipadas da Vontade (DAV), que possui o intuito de exteriorizar a vontade de uma pessoa que esteja no gozo de suas capacidades mentais, disciplinando os cuidados, tratamentos e procedimentos médicos e terapêuticos que deseja, ou não. De acordo com disposição do 1º Tabelionato de Notas de Curitiba a "DAV" feita por escritura pública gera segurança ao paciente de que a sua vontade será respeitada quando ele não puder mais se manifestar, garantindo um atendimento mais humanizado. No entanto, o "respeito à vontade do paciente" ainda que exteriorizada, juridicamente, enfrenta grande debate.

É observada a filosofia socorrista de priorização da vitalidade acima de qualquer condição respaldada pela Constituição Federal, Artigo 5º na abordagem do Direito fundamental a vida. Em contrapartida, é de extrema relevância o entendimento do indivíduo e de seu repertório sociocultural defendido pelo mesmo dispositivo legal com respeito a liberdade religiosa e o princípio da Dignidade Humana. Porém, no que tange aos dois direitos supracitados, deve existir o princípio da concordância prática no qual bens jurídicos constitucionalizados devem coexistir de forma harmônica (NOVAIS, 2017; BRASIL, 1988; TINGLE, 2017; PORTAL STF, 2019).

Para alcançar os objetivos do modelo biopsicossocial que é buscado pela medicina, a relação médico-paciente teve de passar por uma democratização, visando maior compartilhamento de informações do estado de saúde e alternativas de tratamento para o paciente (RAJTAR, 2018; SALSAMEDI, 2019).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa para a revisão integrativa da literatura permitiu reconhecer o direito e legitimidade dos documentos e argumentos defendidos por pessoas seguidoras dos ideais dos Testemunhas de Jeová. Dessa forma, profissionais da área da saúde agirão sem descumprimento de padrões éticos ou desobediência do Código Civil.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

<<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/29369377/>>. Acesso em: 02 dez. 2021.

1TABELIONATO DE NOTAS. Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV), 2018. Disponível em <<https://1tabelionatodenotas.com.br/blog/testamento-vital-ou-diretivas-antecipadas-de-vontade-dav>>. Acesso em: 02 dez. 2021.

BRASIL, Constituição Federal (1988). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf>. Acesso em 02 de dez. de 2021.

Chehaibar, Graziela Zlotnik. **Bioética e crença religiosa**: estudo da relação médico-paciente testemunha de jeová com potencial risco de transfusão de sangue. Orientador: Prof^o. Dr. Max Grinberg. 2010. 182f. Tese (Doutorado). Faculdade de Medicina, Programa de Cardiologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5131/tde-27082010-142544/publico/GRAZIELAZLOTNIKCHEHAIBAR.pdf>>. Acesso em 02 de dez. de 2021

FONSECA, Ana Carolina. Autonomia, pluralismo e a recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: uma discussão filosófica. **Revista bioética**, Brasília DF, v. 19, n. 2, p. 485-500, set. 2011. Disponível em: <<https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/lil-621815>>. Acesso em 02 de dez.2021

GRANVILLE-CHAPMAN, J.; JACOBS, N.; MIDWINTER, M.J. Pre-hospital haemostatic dressings: A systematic review. **Injury**, v. 42, n. 5, p. 447-459, 2011. Disponível em:

JW.ORG. Tratamento Médico, 2021. Disponível em: <<https://www.jw.org/pt/noticias/casos-juridicos/recursos-juridicos/informacao/informacoes-tratamento-medico/>>. Acesso em: 02 dez. 2021

NOVAIS, Aline. A negativa de transfusão sanguínea por Testemunhas de Jeová e o conflito entre os direitos fundamentais vida e liberdade religiosa: um problema real? **Revista Científica do Curso de Direito**, n. 01, p. 34-51, dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos2.uesb.br/index.php/rccd/article/view/2701>. Acesso em: 02 dez. 2021.

PORTAL STF. Supremo irá decidir se testemunhas de Jeová podem exigir procedimento médico sem transfusão de sangue. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=428627>. Acesso em: 02 dez. 2021.

RAJTAR, Małgorzata. Relational autonomy, care, and Jehovah's Witnesses in Germany. **Bioethics**, v. 32, n. 3, p. 184–192, 2018. Disponível em:

SALSAMENDI, Carmela. Respeito às diferenças (às crenças religiosas): a autonomia do paciente e a oposição dos seguidores da religião "testemunhas de jeová" quanto à transfusão sanguínea. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 6, n. 6, p. 1-19, dez. 2019. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/235>> Acesso em: 02 dez. 2021.

SENADO FEDERAL. Código Civil e normas correlatas. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020.

TINGLE, John. Patient consent and conscientious objection. **British Journal of Nursing**, v. 26, n. 2, p. 118–119, 2017. Disponível em: <<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/28132564/>>. Acesso em: 02 dez. 2021.

A PLURALIDADE DA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA

JULIA CASTREQUINI NOVELLO:

Graduanda do curso de Direito
Universidade Brasil.

PEDRO MANOEL CALLADO

(orientador).

RESUMO: O Brasil, apesar de regido por normas como fundamento para a resolução de litígios, tem, também, muitos costumes (maneiras culturais pelas quais a sociedade se manifesta), que acabam sendo fontes normativas similarmente, afim de que até compensam o desamparo legal na ocasião em que do desempenho no caso concreto, como determinado pela LINDB. Por conseguinte, com a expansão das diferentes maneiras de vínculos entre pessoas, sucederam-se flexibilizações no direito brasileiro quanto ao conceito de família, instituição essa que até então se relaciona diretamente a outros institutos como da guarda, da tutela e da adoção, inobstante, tais entidades simbolizam a estimulação das diversas concepções de família e, principalmente, respeitarem o princípio da dignidade da pessoa humana, em sua maior amplitude. Assim, o corrente estudo destinado à conclusão de curso tem com o propósito demonstrar as particularidades no que se refere à pluralidade no conceito de família, além do mais, com similitudes no tocante a outros países, corroborando a relevância da ação de classes que resistem pelos grupos minoritários para a obtenção de individualidades de tal significância.

Palavras-chave: Adoção. Costumes. Família. Guarda. Tutela.

ABSTRACT: Brazil, despite being ruled by norms as a basis for resolving disputes, also has many customs (cultural ways in which society manifests itself), which end up being normative sources similarly, so that they even supply the absence of law when acting in the concrete case, under the LINDB. In this way, with the expansion of interpersonal relationships, there was a flexibilization in the law regarding the concept of family, an institute that still correlates directly to custody, guardianship and adoption, despite such institutes represent the dynamization of family concepts and, especially, respect the principle of human dignity, in its broadest scope of common good. Thus, this course completion work aims to present the peculiarities regarding the various forms of family,

including comparisons in relation to other countries, demonstrating the importance of the performance of groups that fight for minorities to achieve facets of such relevance.

Key-works: Adoption. Family. Guard. Guardianship. Mores.

1. INTRODUÇÃO

Ainda que soe como arcaico, no Brasil, até hoje, infelizmente existe preconceito no que tange à concepção de "família", é fático que ocorreram consideráveis flexibilização quanto ao conceito, de tal forma que, além do desaparecimento da ideia de família como sendo composta por pai, mãe e filhos, ainda há a materialização jurisprudencial no tocante à presença de conceitos plurais para a concepção familiar, como, por exemplo, a família natural, família extensa e família substituta.

Inobstante, esta simboliza a guarda, tutela e adoção, meios práticas pelos quais uma pessoa consegue sentir-se protegida e amada, bem como exercer seu direito à família, assegurado pela Declaração Universal dos Direitos do Humanos. Além do mais, tal Declaração o traz como razão norteadora, sem circunstanciar e/ou limitar às formas de família, quanto ao conceito jurídico imaterial, que não tendo normatização a respeito, pode ser compensado pelos costumes.

Nos dias atuais, os costumes sugerem que, um casal homoafetivo, dois homens e uma mulher, um homem e duas mulheres, um pai solteiro com uma filha, uma mãe viúva com seu filho, ou mesmo uma só pessoa, ou ainda um tio com o sobrinho, dentre outras inúmeras hipóteses, podem ser considerados como família legítima, desfrutando dos mesmos amparos legais dos quais uma "família tradicional" detêm.

Dessa maneira, atualmente, os filhos adotados ou gerados de maneira artificial não têm diferenciação de direitos perante ao filho biológico, no tocante ainda aos direitos sucessórios e alimentares.

1. DESENVOLVIMENTO

1.1 DA FAMÍLIA NATURAL

Família natural é tida como aquela que deriva da origem biológica de um indivíduo, por esse motivo é "preferível" a outras espécies familiares, geralmente é considerada uma família tradicional composta por pai, mãe e filhos do casal.

No que se refere ao conceito de família, é importante destacar o desaparecimento do conceito de "patriarcado", segundo o qual o pai é considerado o chefe da família e o

detentor de todas as decisões no seio familiar, enquanto as mulheres têm a responsabilidade de cuidar dos filhos, da casa e das responsabilidades do marido.

Nesse sentido, em 2012, segundo pesquisa realizada pelo G1, 37,3% dos domicílios eram chefiados por mulheres, o que deveria ser próximo a 50% (G1, 2012), assim tem-se como centro o poder familiar e não mais o patriarcado, uma vez lei confere a ambos os cônjuges, independentemente de gênero ou orientação sexual, a responsabilidade compartilhada pelo cuidado dos filhos e manutenção da família como um todo.

1.1.1 FAMÍLIA EXTENSA

O próximo conceito de família a ser abordado é a chamada família extensa, definida pela doutrina como aquela formada por um indivíduo e seus parentes próximos, desde que haja convivência e parentesco contínuos, exemplificando: tios e sobrinhos que convivem como família, de fato. Para menores, é dada preferência a famílias substitutas. A importância das famílias acima é citada com base em alguns precedentes do STJ, como o citado abaixo:

Jurisprudência selecionada do STJ:

Família extensa ou ampliada. Melhor interesse da criança. "Tudo de bom."

DIREITO CIVIL. CRIANÇA E ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR QUE SE ENCONTRA NA "POSSE DE FATO" DE TERCEIROS. MANUTENÇÃO DA CRIANÇA NO SEIO DA FAMÍLIA AMPLIADA.

1. Ação cautelar de busca e apreensão de menor, distribuída em 01/09/2010, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 10/10/2011.
2. Discute-se a busca e apreensão do menor, determinada para que a criança permaneça sob os cuidados da tia materna, enquanto pendente ação de guarda ajuizada por terceiros que detinham a sua "posse de fato".
3. Quando se discute a guarda de menor, não são os direitos dos pais ou de terceiros, no sentido de terem para si a criança, que devem ser observados; é a criança, como sujeito - e não objeto -

de direitos, que deve ter assegurada a garantia de ser cuidada pelos pais ou, quando esses não oferecem condições para tanto, por parentes próximos, com os quais conviva e mantenha vínculos de afinidade e afetividade.

4. Em regra, apenas na impossibilidade de manutenção da criança no seio de sua família, natural ou ampliada, é que será cogitada a colocação em família substituta, ou, em última análise, em programa de acolhimento institucional.

5. Recurso especial conhecido e desprovido [...]

1.1.2 FAMÍLIA SUBSTITUTA

Nas palavras de Marlusse Pestana Daher, é definida como “aquela que se propõe trazer para dentro dos muros da própria casa, uma criança ou adolescente que por qualquer circunstância foi desprovido da família natural, para que faça parte integrante dela, nela se desenvolva e seja”

Os direitos básicos e fundamentais previstos aos menores inseridos e criados por famílias substitutas devem ser assegurados, segundo Rizzardo (2007): “em oposição à família natural, quando seus membros estão ligados por laços consanguíneos, há a família substituta, que, pelos termos da Lei nº 8.069, assim é considerada em relação ao menos que nela ingressa, em geral sem qualquer laço de parentesco biológico com os demais membros”.

A família substituta retrata a oportunidade de uma criança ou adolescente abandonado e/ou renegado, quando uma criança é colocada em um seio familiar substituto se faz necessário certificar que a ela será garantido acolhimento emocional, financeiro, artístico, educativo e social, de tal modo que exerça seu direito de família, consagrado pela Declaração Universal de Direitos Humanos.

A inserção em família substituta é capaz de se concretizar de três maneiras diferentes, sendo elas: guarda, tutela e adoção, por conseguinte, dispõe o Art. 28 do ECA acerca do assunto:

A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei:

§ 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.

§ 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência.

§ 3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida.

§ 4º Os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais.

§ 5º A colocação da criança ou adolescente em família substituta será precedida de sua preparação gradativa e acompanhamento posterior, realizados pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com o apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

§ 6º Em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório:

I - que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal;

II - que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia;

III - a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso."

1.1.3 GUARDA

Está prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu art. 33, definida como:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§ 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.

A guarda de um menor pode ser atribuída em duas situações diferentes, a primeira quando os pais não vivem mais juntos, fazendo-se necessário decidir com quem ficará a responsabilidade e cuidados dos filhos, bem como com quem eles irão se morar. A segunda hipótese se dá quando a criança/adolescente não está sob os cuidados dos

pais biológicos e é necessário que alguém assuma o papel de responsável legal por esse menor.

Caso mudem as circunstâncias fáticas que levaram à guarda de uma criança ou adolescente, poderá haver decisão judicial alterando a condição do menor em relação a seu guardião, já que a guarda não é um instituto definitivo. Serve tão somente para regularizar situação de fato, podendo ocorrer ocasionalmente ou de forma incidental no curso de um processo de adoção, por exemplo; adequa-se ainda em casos como uma viagem que os pais façam, ficando ausentes, fazendo necessário que seja atribuída guarda aos filhos menores durante determinado período

1.1.4 TUTELA

Segundo o ECA, em seu art. 36:

Art. 36. A tutela será deferida, nos termos da lei civil, a pessoa de até 18 (dezoito) anos incompletos.

Parágrafo único. O deferimento da tutela pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do poder familiar e implica necessariamente o dever de guarda.

Diferentemente da guarda, a tutela é somente concedida após extinção total do poder familiar, ou seja, quando ambos os pais da criança/adolescente falecem, ou quando destituídos ou suspensos do poder familiar.

É um instituto direcionado aos menores, no qual, além de criar e dirigir o tutelado, o tutor deve dirigir, também, o patrimônio daquele. Há ainda a figura do tutor testamentário, que é aquele nomeado em testamento para ser tutor de outrem.

Caso não haja um tutor nomeado previamente (testamentário), segue-se uma ordem definida por lei para nomeação do mesmo: parentes consanguíneos mais próximos, ou seja, ascendentes (avós, bisavós) e seguindo para os colaterais (irmãos, tios, primos).

1.1.5 ADOÇÃO

Adoção, termo jurídico definido como “processo legal que consiste no ato de se aceitar espontaneamente como filho de determinada pessoa, desde que respeitadas as condições jurídicas para tal”, e ainda, por extensão, como sendo uma “aceitação espontânea de uma pessoa como parte integrante da vida de uma família, de uma casa”.

Frente às variadas definições existentes de adoção, podemos concluir que se trata de uma palavra de sentido extremamente amplo, porém, tantos significados levam a um mesmo conceito, o qual pode-se entender como trazer para seu núcleo familiar, terceiro que dela não adveio.

É válido salientar que não existe distinção alguma quando falado em filhos adotados e biológicos. É expressamente proibido a adoção de ascendentes e irmãos para que não exista risco de confusão patrimonial, contudo, tal regra já fora excepcionada tendo em vista a dignidade da pessoa humana, bem como o melhor interesse e a doutrina da proteção integral do menor, de modo que já houve, por exemplo, adoção de avô em relação ao neto sempre criado por aquele. A adoção só pode ocorrer por parte dos maiores de 18 anos que tenham diferença de 16 anos em relação ao adotado, de modo que se entende poder haver adoção de maiores, desde que o adotante seja 18 anos mais velho do que o adotado.

Majoritariamente, as adoções ocorrem por duas pessoas, seja um casal homoafetivo ou heterossexual, não havendo qualquer discriminação jurídica quanto a isso; desde que haja casamento ou união estável, estabilidade familiar e econômica. Na mesma linha de raciocínio, temos a adoção realizada por pessoa solteira, que é plenamente possível, graças às recentes modernizações no conceito de família, que deixa de se fazer necessárias as figuras de pai e mãe propriamente ditas para sua caracterização.

Ainda que ocasionalmente, pode ocorrer que um casal inicie um processo de adoção e, em seu curso, haja a separação destes, fazendo nascer assim, a hipótese da chamada adoção conjunta, contanto que já haja vínculo de convivência com o adotado e concordância em relação à guarda, seja unilateral ou compartilhada. É necessário ainda que se façam presentes outros fatores como o elo afetivo entre o adotado e o adotante não detentor da guarda.

Com relação à certidão do adotado, com a consumação da adoção, será expedido um novo registro, dele resultando a expedição de nova certidão, enquanto o antigo registro será cancelado.

Relacionado a isto, temos a possível alteração de prenome, na qual a criança será ouvida, porém, seu consentimento será prescindível. Tal situação muda quando falamos de adolescentes, pois estes devem ser ouvidos, ante a obrigatoriedade de sua concordância.

A adoção depende do consentimento dos pais biológicos ou de destituição do poder familiar, por meio de decisão judicial transitada em julgado. Não existe

possibilidade de revogação da adoção, no caso de óbito dos pais adotivos não existe hipótese de retorno do poder familiar aos pais biológicos.

Assim, dá-se início ao inventário, como feito de praxe, a adoção rompe todos os vínculos com a família originária, logo, filhos naturais e adotivos terão os mesmos direitos e deveres, permanecendo tão somente os impedimentos do casamento, previstos expressamente no artigo 1521 do Código Civil.

Existe ainda a possibilidade de adoção póstuma (ou “post-mortem”) que é aquela em que o adotante falece antes do fim do processo, já tendo mostrado interesse na adoção. Os efeitos de tal adoção retroagirão à data da morte do suposto adotante, viabilizando que o adotado tenha direitos sucessórios em relação à herança do de cujus.

O adotante se torna hábil a adotar a partir do momento de seu cadastro prévio na fila de adoção, onde deverá aguardar sua vez, requisito este que se faz dispensável em casos nos quais já exista a guarda ou tutela do adotado há mais de três anos acompanhada de vínculo afetivo ou haja adoção unilateral ou, ainda, de familiares próximos. Em ambas as hipóteses haverá avaliação psicossocial.

Já mencionada anteriormente, a adoção unilateral se dá quando o cônjuge se coloca em posição de adotante em relação do filho do outro cônjuge, caso este que não resultará em perda de vínculo com seu genitor

Diante de todas as hipóteses supracitadas, é possível concluir que o estágio de convivência é requisito obrigatório, em regra, pois somente será dispensado quando o adotante já exerce a guarda do adotado. Todavia, exige-se à guarda legal, formalizada por Termo de Guarda, de modo que a guarda de fato não dispensa a convivência.

1.2 ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Dentro da enorme abrangência do conceito de família não poderia deixar de falar a respeito da família composta por casais homoafetivos, fugindo, mais uma vez do conceito clássico e enraizado de família formada por pai e mãe propriamente ditos. Tal ampliação no conceito se dá principalmente com a modernização do pensamento e a quebra de tabus, fazendo com que casais homoafetivos encontrem amparo legal no processo de adoção.

Tal situação já foi tema de amplos debates em um passado não muito distante, porém, atualmente existe entendimento pacífico acerca do assunto, é o que traz a redação do acordão:

TJ-PR - Apelação Cível AC 5824999 PR 0582499-9 (TJ-PR)

Data de publicação: 17/03/2010

Ementa: apelação cível. Habilitação para adoção. Casal homoafetivo. Preliminar de ilegitimidade ativa afastada. Possibilidade do reconhecimento de uniões homoafetivas como entidades familiares. Ausência de vedação legal. Atribuição por analogia de normatividade semelhante à união estável prevista na CF/88 e no CC/02 . Habilitação em conjunto de casal homoafetivo. Possibilidade, desde que atendidos aos demais requisitos previstos em lei. Impossibilidade de limitação de idade e sexo do adotando. Ausência de previsão legal. Não-demonstração de prejuízo. Melhor interessado adotando que deve ser analisado durante o estágio de convivência no processo de adoção, e não na habilitação dos pretendentes. Apelação provida. Recurso adesivo prejudicado.

Disponível em:
<<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/26735938/adocao-por-casal-homoafetivo/jurisprudencia>>.

1.3 ADOÇÃO PÓSTUMA

No Brasil, é regida pelo Art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA):

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

§ 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca

manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença

Dessa forma, se torna possível quando o adotante faleça no curso do processo de adoção, no qual já havia demonstrado inequívoco interesse na concretização da mesma, conforme jurisprudência do STJ que segue:

STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1217415 RS 2010/0184476-0(STJ)

Data de publicação: 28/06/2012

Ementa: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO PÓSTUMA. VALIDADE. ADOÇÃO CONJUNTA. PRESSUPOSTOS. FAMÍLIA ANAPARENTAL. POSSIBILIDADE.

Ação anulatória de adoção post mortem, ajuizada pela União, que tem por escopo principal sustar o pagamento de benefícios previdenciários ao adotado - maior interdito -, na qual aponta a inviabilidade da adoção post mortem sem a demonstração cabal de que o de cujus desejava adotar e, também, a impossibilidade de ser deferido pedido de adoção conjunta a dois irmãos. A redação do art. 42 , § 5º , da Lei 8.069 /90 - ECA -, renumerado como § 6º pela Lei

12.010 /2009, que é um dos dispositivos de lei tidos como violados no recurso especial, alberga a possibilidade de se ocorrer a adoção póstuma na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar. Para as adoções post mortem, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam afiliação sócio afetiva: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. O art. 42 , § 2º , do ECA , que trata da adoção conjunta, buscou assegurar ao adotando a inserção em um núcleo familiar no qual pudesse desenvolver relações de afeto, aprender e apreender valores sociais, receber e dar amparo nas horas de dificuldades, entre outras necessidades materiais e imateriais supridas pela família que, nas suas diversas acepções, ainda constitui a base de nossa sociedade. A existência de núcleo familiar estável e a consequente rede de proteção social que podem gerar para o adotando, são os fins colimados pela norma e, sob esse prisma, o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar uma noção plena de família, apreendida nas suas bases sociológicas. Restringindo a lei, porém,

a adoção conjunta aos que, casados civilmente ou que mantenham união estável, comprovem...

Disponível em:
<<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/314566/adocao-postuma/jurisprudencia>>.

Desse modo, conclui-se que tal espécie de adoção se dá quando o adotante falece antes da conclusão do processo de adoção, desde que já haja feita expressa e inequívoca manifestação, em vida, dessa sua vontade de adotar.

1.4 DA FAMÍLIA MONOPARENTAL

Com o crescimento em larga escala do número de pessoas solteiras, se fez necessário que o Direito se adaptasse e passasse a reconhecer e amparar legalmente a pessoa que vive sozinha com seus descendentes como mais uma espécie de família, seja a pessoa divorciada, viúva, ou mesmo solteira de fato.

Uma vez que o sistema normativo brasileiro não discrimina o conceito de família, podemos estabelecer que, sob uma perspectiva histórica e cultural, este forapassando por modificações para melhor se adequar ao contexto social atual.

Ao analisarmos décadas passadas, é possível observar que o casamento era requisito quase que indispensável para que se solidificasse uma família de fato, fazendo com que o conceito de família fosse visto sob a ótica de duas pessoas se unindo para convívio conjunto diário, que se consumava com a chegada dos filhos.

Hoje em dia, com o crescimento exponencial do número de pessoas solteiras formadoras de família confere o exercício de um dos direitos consignados na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Não obstante, trata-se de ampliação sistemática do artigo 226, parágrafo 4 da CF:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

As famílias monoparentais são amparadas legalmente por uma lei recente, promulgada em 2009, a Nova Lei de Adoções. Onde está previsto que pessoas maiores de 18 anos de idade, independentemente de seu estado civil, podem adotar uma criança/adolescente, fazendo com que aumentem assim as possibilidades dentro de um processo de adoção.

Mesmo frente a tamanho amparo e fundamentação legal, a prática ainda se faz distorcida da teoria, uma vez que pessoas solteiras encontram inúmeros obstáculos, dado que o conceito tradicional de necessidade de duas pessoas para composição de uma família ainda é muito forte e impositor. Porém, é importante que esses tabus e preconceitos não sejam mais fortes que a necessidade de adotar, amar e cuidar dessas crianças que precisam.

1.5 DO CASAMENTO HOMOAfetIVO

Desde o ano de 2013 é permitida de forma explícita a legitimação do matrimônio civil entre indivíduos declarados como LGBT, por meio da resolução Nº 175, de 14 de maio de 2013. No que lhe diz respeito, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo admite a possibilidade de pensão por morte devida a companheiros de mesmo sexo na constância união homoafetiva:

PREVIDÊNCIA SOCIAL

Pensão. – A pensão por morte é devida a companheiros de mesmo sexo na constância da união homoafetiva em face do princípio constitucional da igualdade (art. 5º, caput, I, CF). – O benefício da pensão por morte deve corresponder à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido. – Inteligência do art. 40, § 5º, CF.

2. Os juros de mora incidem a partir da citação (art. 405 CC e art. 219 CPC) à razão de 6º ao ano, pois se trata de verba de caráter remuneratório (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97. – Precedentes do STF. – Sentença reformada. – Recurso provido.

Ap. Cível. 726.939.5/7-00. Apelante: Antônio de Pádua Carneiro. Apelado: IPESP. Rel. Rebouças de Carvalho. Julgamento: 17.12.2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12409/a-uniao-homoafetiva-na-jurisprudencia>>.

1.6 DO CASAMENTO ENTRE MAIS DE DUAS PESSOAS

Ocorrido na cidade paulista de Tupã, no ano de 2012, a primeira lavratura de escritura pública de uma união “poliamor”, composta por um homem e duas mulheres. Tal caso foi noticiado pelo site do G1, tal documento constou:

“Os declarantes, diante da lacuna legal no reconhecimento desse modelo de união afetiva múltipla e simultânea, intentam estabelecer as regras para garantia de seus direitos e deveres, pretendendo vê-las reconhecidas e respeitadas social, econômica e juridicamente, em caso de questionamentos ou litígios surgidos entre si ou com terceiros, tendo por base os princípios constitucionais da liberdade, dignidade e igualdade.”.

O reconhecimento da possibilidade de casamento poligâmico representa o respeito à igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana, razoabilidade e proporcionalidade e, por fim, intimidade e vida privada.

Em voto do Min. Celso de Mello (2011, p. 296-297), no Supremo Tribunal Federal, está dito ser “arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual”. E completa ainda que essa afirmação, mais que uma simples e retórica, refere-se ao reconhecimento de que o Estado não pode adotar medidas, nem mesmo prescrições normativas que, de alguma forma, provoquem discriminação, exclusão jurídica de grupos (minoritários ou não), que integram a comunhão nacional.

Ao deliberar mencionado julgado, foi concedido a integral execução de princípios da liberdade, da igualdade e da não distinção, retratando parâmetros primordiais ao arranjo de uma coletividade efetivamente igualitária e democrática, fazendo-se eficaz, deste modo, o princípio da igualdade, permitindo respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, conferindo primazia à dignidade da pessoa humana, rompendo paradigmas históricos, culturais e sociais e removendo obstáculos que, até então, inviabilizaram a busca da felicidade por parte de homossexuais vítimas de tratamento discriminatório

2. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sintetizando, o ordenamento jurídico não se faz autoritário, de tal forma que é habitualmente suscetível de modificação, de acordo com a evolução da sociedade com

o passar dos anos. Dessa forma, ainda que no Brasil prevaleça o civil law, o common law é fonte normativa e exatamente por este motivo, através de análises à proporção dos princípios constitucionais, atualmente, além da família natural, dispomos, além disso, da família extensa e da substituta admitidas em lei, inobstante, a aceitação da família monoparental, do casamento homoafetivo, união estável nos moldes do casamento civil dentre outros.

Por conseguinte, é possível se falar que, com o neoconstitucionalismo e o pós positivismo foi ressaltada a força normativa dos princípios, propósito pelo qual instituições como as ora estudadas no trabalho supra, são capazes de serem tidas como respostas à dignidade da pessoa humana, princípio instituído pela Constituição Federal de 1988, também chamada de Constituição Cidadã. Ainda assim, as legislações aqui tratadas dispõem de caráter supranacional, tendo em vista a conjuntura da disposição do direito de família na Declaração Universal dos Direitos Humanos, servindo como embrião da dignidade e diversidade humana.

3. REFERÊNCIAS

Blog Prof. Celito de Bona. **Jurisprudência selecionada do STJ: Família extensa ou ampliada. Melhor interesse da criança. "Tia tudo de bom."** Disponível em: <<http://celitodebona.blogspot.com/2013/11/jurisprudencia-selecionada-do-stj.html>>. Acesso em: dez/2021.

BRASIL. Art. 4º da Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, 1988.

BRASIL. **Lei 8069:** Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Brasília, 1990. Acesso em: fev/2022.

CONJUR. **STJ divulga 16 teses consolidadas no tribunal sobre união estável.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-12/stj-divulga-16-teses-consolidadas-tribunal-uniao-estavel>>. 2016. Acesso em mai/2022.

G1. **Famílias chefiadas por mulheres são 37,3% do total no país, aponta IBGE.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/10/familias-chefiadas-por-mulheres-sao-373-do-total-no-pais-aponta-ibge.html>>. 2012. Acesso em: fev/2022.

HAIDAR, Clarissa. JusBrasil. **O conceito de adoção.** Disponível em: <<https://clahaidar.jusbrasil.com.br/artigos/232768201/conceitos-de-adocao>> Acesso em: mai/2022.

Jusbrasil. **Adoção por casal homoafetivo.** Jurisprudência. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/26735938/adocao-por-casal-homoafetivo/jurisprudencia>>. Acesso em: abr/2022.

Jusbrasil. **Adoção Póstuma.** Jurisprudência. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/314566/adocao-postuma/jurisprudencia>>. Acesso em mar/2022.

NEIVA, G. A. Jus.com.br. **A união homoafetiva na jurisprudência.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12409/a-uniao-homoafetiva-na-jurisprudencia>>. Acesso em mai/2022.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família:** Lei 10.406, de 10.01.2002. 7 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 567.

VASCONCELOS, Keila. Âmbito Jurídico. **O instituto da família substituta e adoção.** Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-141/o-instituto-da-familia-substituta-e-a-adocao/#:~:text=Doutrinariamente%2C%20a%20fam%C3%ADlia%20substituta%20%C3%A9,e%20seja%20%80%9D%5B11%5D>>. Acesso em mai/2022

ABANDONO DE INCAPAZ E O PAPEL DO ESTADO

ANA RENATA ZANATTA DE OLIVEIRA:

bacharelanda em Direito pela
Universidade Brasil.

Márcia Kazume Pereira Sato

(orientadora)

RESUMO: Este trabalho tem como função principal refletir acerca do crime previsto pela lei de abandono de incapaz, suas consequências legais e os princípios basilares da família. O foco principal são crianças e adolescentes incapazes que não podem realizar o autocontrole e subsistir-se, sozinhas são vulneráveis e inaptas a se desenvolver socialmente, profissionalmente, mentalmente. Apresentar as vítimas de forma que seus direitos sejam reconhecidos, garantidos e cumpridos, são seres incapazes e vulneráveis, que muitas vezes foram negligenciados sem ser reconhecido como um agente de direitos e sem ter suas garantias constitucionais e fundamentais respeitadas. Essa falha social/familiar é irreparável, a única coisa que o Estado pode fazer é amenizar as violações sofridas pela vítima até o presente momento e ajudar a se desenvolver daquele momento em diante. Apontar, também, a responsabilidade social no quesito de ocultar a informação de direitos que estão sendo violados e os mesmos permanecem inertes sem divulgar as autoridades responsáveis para que tomem as medidas cabíveis.

PALAVRAS- CHAVE: Abandono, Direitos, Auxílio, incapazes.

ABSTRACT: This paper's main function is to present the crime provided by law of abandonment of the incapable, its legal consequences and the basic principles of the family. The main focus is incapable children and adolescents who cannot self-control and subsist, alone, they are vulnerable and unable to develop socially, professionally, mentally. Presenting victims so that their rights are recognized, guaranteed and fulfilled, they are incapable and vulnerable beings, who were often neglected without being recognized as an agent of rights and without having their constitutional and fundamental guarantees respected. This social/family failure is irreparable, the only thing the State can do is to alleviate the violations suffered by the victim up to the present moment and help to develop from that moment on. Also point out the social responsibility in the matter of hiding the information of rights that are being violated and they remain inert without disclosing the responsible authorities so that they take the appropriate measures.

KEYWORDS: Abandonment, Rights, Assistance, incapable.

1. INTRODUÇÃO

O abandono de incapaz é descrito no caput do artigo 133 do Código Penal, que expõe que abandonar pessoa incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono é considerado crime, com pena de detenção de 6 meses a 3 anos, conforme do caso.

Há várias espécies de abandono, entre elas abandono material e abandono intelectual, podendo o agente, ainda, ser negligente em relação ao local do abandono e os efeitos que serão causados, tanto físico como psicológico.

A lei ampara as crianças a fim de resguardar seus direitos fundamentais constitucionais, a Vida e a Dignidade da Pessoa Humana; como também seus direitos regulamentados no Estatuto da Criança e Adolescente, que visa a garantia dos direitos, como lazer, saúde, proteção e outros.

Os sujeitos considerados incapazes, são crianças e adolescentes até 16 anos, idosos maiores de 60 anos e deficientes, são pessoas, que sozinhas, não conseguem se cuidar, se sustentar, nem tampouco sobreviver. Os cuidados de outra pessoa são necessários para sua sobrevivência.

Pais, curadores, tutores, representantes legais, irmão ou qualquer pessoa que zele e cuide dos incapazes podem ser responsabilizados pelo crime, visto que são eles que cuidam para manter o bem estar físico e psíquico dos zelados.

O objetivo é a proteção física e psíquica, que quando violado é cometido um crime, é um crime de perigo concreto e é consumado quando a vítima é, de fato, abandonada.

Deve ser levado em conta também o papel que a família tem nessa relação jurídica já que a família é a base do indivíduo, por meio da qual se extrai e se explora suas aptidões e talentos assim prepara-lo para viver em sociedade. Por isso que a família tem uma importante função para sociedade é dessa forma que se desenvolvem as potencialidades e é um instrumento para desenvolvimento.

A sociedade também é outra responsável por proteger e protestar pelos direitos básicos da sociedade e podem até denunciar no caso de negligencia e violações graves dos responsáveis por subsistir pelas incapazes.

Os agentes ativos devem sempre ser responsabilizados pelas suas atividades com as leis atuais e com acréscimos de auxílio estatal relacionados a acompanhamentos sociais responsáveis por avaliar as condições relacionadas a qualidade de vida, entretanto em caso de falha devemos contar com o auxílio do Estado para sustentar os menos afortunados com os meios dispostos como casas abrigos, orfanatos, adoções, e que as vítimas não tenham um atraso social referente aos direitos que lhe foram violados.

2. NOÇÕES GERAIS

2.1. Conceito

O abandono de incapaz é previsto por lei pelo artigo 133 do Código Penal que explica em seu caput "Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono". O caput deste artigo é bem claro em relação ao material que foi redigido pelo legislador, o agente ativo abandona a pessoa que está sob seus cuidados, esta pessoa não consegue se defender sozinha dos riscos resultantes do abandono.

2.2. Sujeitos

Trata-se de crime próprio, significa que o autor do abandono é, necessariamente, quem tem a vítima sob seus cuidados, quem tem obrigatoriamente a ocupação de zelar pelo bem da vítima, possui uma relação especial de amparo que busca manter o bem-estar intelectual, físico, social da vítima.

Seguindo essa premissa conclui-se que o agente passivo é a pessoa incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono que sozinha não se mantém e pode até mesmo causar alguns riscos a sua integridade.

É importante ressaltar que essa incapacidade não deve ser confundida com incapacidade civil, a incapacidade civil é referente a pessoas menores de 18 anos ou deficientes intelectuais que sozinhas não conseguem realizar negócios jurídicos como compra e venda por exemplo, a incapacidade que este artigo se refere é a incapacidade de cuidar de si mesmo sem gerar riscos a própria vida.

Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme explica que nem todas as pessoas possuem capacidade de fato, ou seja, praticar os atos da vida civil "(...) nem todas as pessoas possuem a capacidade de fato, que é a de praticar, por si só, aos atos da vida civil, validamente."

2.3. Consequências jurídicas e penas

O abandono de incapaz é um crime previsto por lei e tem a pena detenção de 6 meses a três anos.

No §1º e 2º a pena é diferente. §1º "Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave: - Pena: reclusão, de 1 a 5 anos"

Estes parágrafos mostram uma causa de aumento de pena quando o resultado do abandono e negligência gera um dano ainda maior para a vítima,

Lesão de natureza grave é uma lesão causada de forma que resulte em incapacidade para suas ocupações por mais de (30) trinta dias; perigo de vida; debilidade permanente de membro, sentido ou função; aceleração do parto; aborto; deformidade permanente; enfermidade incurável... as lesões corporais graves então previstas no artigo 129 § 1º e § 2º

Se do resultado do abandono gerar morte a pena também é maior, visto que o direito violado foi o maior direito constitucional e fundamental previsto pela Constituição Federal em seu artigo 5º.

§2º "Se resulta morte: - Pena: reclusão de 4 a 12 anos"

Ainda há outra previsão legal de aumento de pena no § 3º

"As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço:

I - se o abandono ocorre em lugar ermo;" ou seja, o local da consumação do crime é um lugar inóspito, sem habitantes, o que dificulta na possibilidade da vítima se recuperar, pedir ajuda ou que outra pessoa possa ajuda-la.

II - se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima."

Essa causa de aumento de pena é referente ao fato da vítima ser negligenciada pela própria família, que é base para a estruturação social e pessoal da criança, e pode até causar uma deficiência psicossocial na sua formação.

3. CLASSIFICAÇÃO DE ABANDONO

3.1. Abandono material

O abandono material é previsto pelo artigo 244, do Código Penal

“Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.”

Refere-se a falta de manter financeiramente seu dependente, ou com a falta de subsistência, visto que o dependente não consegue, sozinho, se manter ou trabalhar para prover-se; esse abandono material também é referente a pensão alimentícia e todas as classificações podem auxiliar para gerar o abandono de fato do incapaz.

3.2. Abandono intelectual

O abandono intelectual é previsto no artigo 246 do Código Penal:

“Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.”

O abandono intelectual é uma forma grave de abandono como as outras, privar uma criança dos meios necessários primários para desenvolvimento intelectual. Como também auxiliar em deveres escolares, participais de reuniões referentes a vida escolar de seus filhos ou tutelados.

Baseado na lei 12.796 de 04 de abril de 2013, que é a lei responsável de estabelecer as diretrizes e bases a educação nacional, para dispor sobre a formação dos profissionais da educação e dar outras providências, a idade escolar obrigatória é de 4 anos a 17 anos, nas fases de pré-escola, ensino fundamental e ensino médio.

Os estudos e educação é um direito previsto pelo Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) e é a primeira forma de instrução para uma futura profissionalização no ramo que mais lhe confere.

3.3. Abandono afetivo.

Abandono afetivo é referente aos princípios basilares do Direito de Família, e é simplesmente a representação do amor e solidariedade com a própria prole. São os sentimentos de afeto e amor exteriorizados sem valor legal, mas são importantes para o desenvolvimento da sororidade e empatia com a sociedade. A afetividade e socio afetividade é a representação de sentimentos afetivos entendidas como representação de amor que são os considerados “pais de consideração”.

Não possui previsão legal, porém, pode ser extraído do princípio da dignidade da pessoa humana e do solidarismo. Observa-se que o afeto e o amor são sentimentos anímicos que são estranhos ao direito. Por outro lado, a afetividade é o conjunto de atos que exteriorizam um certo sentimento afetivo, um exemplo é presente, cartas, coisas que representem a união familiar. Além do princípio da afetividade também se fala em socio afetividade que é o reconhecimento no meio social de uma certa manifestação de afetividade.

O ordenamento jurídico tem previsão legal a fim de responsabilizar os responsáveis pelo abandono afetivo encontrado em seu artigo 186, Código Civil “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

4. PRINCÍPIOS DOS DIREITOS DE FAMÍLIA

O direito de família tem como objetivo a proteção e ordem da paz social, e os princípios são o alicerce do nosso do nosso sistema e tem eficácia de normas jurídicas.

4.1 Relevância

O direito de família, assim como seus princípios, é relevante porque tratam de relações entre pessoas capazes e incapazes, onde os incapazes são crianças e, naturalmente, não se auto tutelam, é necessária uma pessoa capaz e com um desempenho saudável de suas faculdades mentais para direcioná-las e zelar por elas. Supõe-se, prontamente, que o capaz dessa relação seja seus genitores primários, protetores do lar e da prole.

Ao citar o abandono de incapaz, especificamente crianças, inicialmente imputamos que foi praticado pelos pais, pois a atribuição de cuidar, primariamente, é deles e por esta razão estão mais suscetíveis a cometer a prática delituosa a pessoas que não detêm tais responsabilidades.

Dessa forma, os princípios devem ser considerados por tratar da integridade física, mental e emocional da vítima.

4.2. Princípio da solidariedade e afetividade

O princípio da solidariedade referido é dentro da família, tratar a família como sociedade, se apoiarem solidariamente respeitando suas particularidades. Deve existir o cuidado recíproco, para que os membros possam desenvolver suas potencialidades e cuidados no que abrange os aspectos patrimoniais, afetivos, morais, sociais.

O princípio da afetividade é um conjunto de atos exteriorizados de um sentimento, captável pelo direito. É o afeto e o amor que se exterioriza sem valor legal, porém capitados pelos direitos afetivos da família em comum, sentimento explorado por pais biológicos ou não, por esta razão é possível que ocorra o abandono afetivo.

Por mais que o abandono afetivo não tem nenhuma previsão legal ele pode ser representado pelo direito a dignidade da pessoa humana e do solidarismo e por meio deste é caracterizado o parentalidade socioafetiva que é o reconhecimento no meio social de uma manifestação de afetividade.

4.3. Princípio do interesse da criança e adolescente

A criança e adolescente como serem em formação precisam de uma proteção especial, neste sentido a Constituição Federal elenca um rol de direitos mínimos que devem ser resguardados bem como o Estatuto da Criança e Adolescente e Código Civil, este último preocupando-se especificamente no caso da guarda que de forma reiterada menciona que ela deve ser fixada tendo em vista o melhor interesse dos filhos que pode não corresponder ao melhor interesse dos pais.

5. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PREVISÃO CONSTITUCIONAL

Previsto pela própria Constituição Federal em seu artigo 5º, logo em seu caput "...inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade...", significa que a vida é um direito que jamais deve ser violado assim como alguns outros

direitos invioláveis, são direitos básicos, essenciais, fundamentais, previstos por lei e foi projetado para que as pessoas tivessem a garantia de que a sua vida, principalmente, não seria violada.

Dito isto, no artigo 1º da Constituição Federal, caput, ditado pelo título de Princípios Fundamentais "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:", inciso III "a dignidade da pessoa humana."

Vida digna é ter seus direitos garantidos de fato, seus direitos fundamentais e básicos garantidos, ter ciência dos seus direitos, bem como ser cuidado pelo seu responsável, sem ser negligenciado, tendo sua inocência preservada,

6. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA)

Esse estatuto protege integralmente a integridade das crianças e adolescentes, e garantir direitos de desenvolvimento social, espiritual, físico, mental, moral, em condições de liberdade e dignidade.

Seu desenvolvimento é feito através da base social, a família, que tem o papel de direcionar as crianças em seus preceitos.

Zelar pela vida de outrem é uma responsabilidade imensa, porém necessária, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê direitos a saúde, alimentação, educação, lazer, cultura, dignidade, respeito, liberdade, profissionalização, são muitos seus direitos e se qualquer um deles for violado pode gerar uma grave falha social capaz de dificultar a vida desta criança em desenvolvimento ou depois de desenvolvido.

Este estatuto compreende também direitos semelhantes aos direitos fundamentais constitucionais já citados, direito de liberdade de locomoção, direito de ir e vir, direito de liberdade expressão de ideias, ideologias, crenças religiosas, assim como praticar esportes, e manter sua integridade física e, mais uma vez, a dignidade.

Negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, são algumas das formas que as crianças são tratadas hoje em dia, e isso não é ter vida digna.

7. ESTADO

O Estado tem suas políticas públicas sociais e a sua função é gerir e organizar a sociedade, e tem como seu livro de regras a Constituição Federal e os demais livros como: Código Civil, Código Penal e outros.

Quando a sociedade faz algo que viola o direito de outro cidadão o Estado vem para remediar e conduzir a situação da melhor forma possível, dentro das suas normas regidas pelos nossos legisladores.

O Estado tem algumas diretrizes bases de como proceder no caso de abandono em relação a vítima, quais medidas são cabíveis, e qual a melhor estratégia para sanar os problemas causados pela própria sociedade, e o principal motivo ressarcir a vítima dos danos sofridos e auxilia-la a partir daquele momento.

7.1. Como o Estado auxilia as vítimas

O Estado é inerte até que seja provocado, dessa forma ele só pode remediar um problema se tiver uma provocação da própria vítima, interessados ou terceiros. Não pode fazer nada enquanto não tiver conhecimento que existe vítimas com direitos violados, precisa receber a informação antes, essa informação é recebida por meio de uma denúncia, que pode ser feita por qualquer pessoa.

Neste ponto entramos em contato com a sociedade em si.

No momento em que a sociedade identifica qualquer forma de abuso de direitos legais, violações ou negligência é papel dela realizar uma denúncia, essa atitude, que pode ser feita de forma anônima, salva uma criança de uma situação de risco e perigo eminente.

Realizada a denúncia o Estado começa a observar a situação com atenção e acompanhar cada um dos casos de perto e isso é feito por meio dos Conselheiros Tutelares, que tem a missão de acompanhar cada caso e tomar as medidas necessárias. O conhecimento do caso é passado e a equipe social de cada município tenta solucionar o problema através de medidas sociais e ordens jurídicas.

Há várias formas de conciliação e mediação para solucionar os problemas de maneira mais branda e eficaz, no entanto, em caso de resposta negativa a essa abordagem e tentativa de solução é preciso uma abordagem mais agressiva para que o problema seja solucionado.

Um abandono intelectual, apenas o fato de informar o responsável e pedir a sua colaboração nesse sentido pode ser a solução certa para o fato, em caso negativo o responsável é sancionado. Um abandono com negligência absoluta e perigo eminente é preciso uma solução mais rápida, prática e funcional, é o caso que só uma repreensão ao responsável não é suficiente.

O setor social munícipe tem conhecimento dos casos que lhe foram apresentados e fazem o possível socialmente pra sanar os problemas, auxiliando até mesmo para subsistência da família, auxílio moradia e emprego, entretanto ainda assim existe pessoas que não conseguem viver socialmente de forma que não viole direitos alheios e neste ponto as medidas mais agressivas são necessárias para diminuir a violação de direitos.

Essas medidas mais grosseiras resultam em sanções aos genitores e na perda da guarda da prole e seus cuidados passam a ser responsabilidade de um tutor social designado pela justiça. Esse é o caso de orfanatos e abrigos institucionais para crianças e adolescentes que sofreram ao abandono e não podem se autotutelar. Dessa forma, seus direitos são mantidos e respeitados enquanto os responsáveis respondem pelas consequências jurídicas e procuram encontrar soluções para sozinhos, manter-se e zelar da maneira correta dos seus dependentes.

Enquanto isso, as vítimas recebem todos os tratamentos necessários, psicológicos, consultas medicas e odontológicas, alimentação, educação e passam a se desenvolver e alcançar suas potencialidades nos cuidados de cuidadores sociais capacitados, até que seus responsáveis primários retornem a suas respectivas obrigações ou até completar a maioridade.

7.2. O que poderia ser feito para melhorar a atuação do Estado

A justiça nem sempre consegue solucionar tudo, mas ela se esforça na medida do possível, tudo que é possível de fazer para acabar com um problema é feito.

A justiça teria maior efetividade na sua execução se a sociedade conhecesse melhor seus direitos e, conseqüentemente, os direitos de outrem, é a solução mais plausível para facilitar a trabalho estatal, disseminar informação. Nos programas sociais, além de exteriorizar os assuntos em reuniões de grupais explicar, também, que é um direito, quais são, como funcionam, e a importância de cuidar dos que convivem a sua volta e denunciar no caso de observar alguma violação.

Palestras escolares para adolescentes que já compreendem a gravidade das infrações também seria uma medida que poderia ser eficiente. É importante lembrar que o auxílio dado a pessoas que tem dificuldade em se encaixar na sociedade pode diminuir a violação legal dos direitos alheios.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que o abandono de incapaz é um crime e os agentes ativos devem ser responsabilizados tanto quanto devem ser assistidos e auxiliados no caso de precisarem de auxílio maior.

Os incapazes são seres de direitos, que devem, sim, ser respeitados e garantidos, tendo sua vida digna, tendo acesso à educação, saúde, lazer e tudo que é prometido pela legislação.

É natural que as crianças tenham suas famílias estruturadas, e explorando suas potencialidades, até alcançar seus anseios.

Em caso negativo o Estado tenta reparar a situação da melhor forma possível, auxiliando as vítimas até conseguirem se recuperar e dar as oportunidades que lhes faltam, suprimindo as pelas falhas que foram sofridas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

<https://opopularpr.com.br/qual-e-a-idade-obrigatoria-para-inicio-na-educacao-basica>.

Lei 12.796, de 4 de abril de 2013

Código Penal comentado. Doutrina e Jurisprudência

D'URSO, Adriana Filizzola.

Código Penal comentado. Doutrina e Jurisprudência, 2ª Edição, Manole, Fls 381, 382. Ano 2019.

Código Penal comentado. Doutrina e Jurisprudência 2ª Edição, Manole, fls 652, 653, 654. Ano 2019.

Manual de Direito Civil, Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, 2ª edição, Manole, fls 31.

Código Penal.

Constituição Federal.

A INFLUÊNCIA DAS MÍDIAS NAS DECISÕES PENAIS

LUANA DE FREITAS PEREIRA:
bacharelado em Direito,
matriculado 9º Semestre de Direito
da Universidade Brasil- Câmpus
Fernandópolis.

ALEXANDRE YURI KIATAQUI
(orientador)

RESUMO: Dentro do tema proposto, será visto como a imprensa e as mídias sociais agem no momento de mostrar os fatos, os envolvidos, bem como os lados do caso. Dizer-se-a que em certas vezes as redes sociais trazem muita confusão ao público que absorver tais informações. Em muitas situações o que é mostrado esta na sua maioria repleto de sensacionalismo e preconceitos. Com essas vertentes se torna necessário que haja uma análise aprofundada sobre tal tema.

Palavras chaves: Mídias sociais, imprensa, análise, público

ABSTRACT: Within the proposed theme, it will be seen how the press and social media act when showing the facts, those involved, as well as the sides of the case. It will be said that at times social networks bring a lot of confusion to the public that absorbs such information. In many situations what is shown is mostly full of sensationalism and prejudice. With these aspects it becomes necessary to have a thorough analysis on this topic.

Keywords: Social media, press, analysis, audience

1. INTRODUÇÃO

Houve um certo tempo em que a liberdade de imprensa era algo que somente o governo poderia autorizar. Mas após essa fase de censura, a notícia passou a ser veiculada em tempo real em grande velocidade, por conta disso a comunicação em massa se tornou um processo de informação entre os comunicadores e interlocutores, trazendo proximidade entre eles, proximidade está que, nos dias atuais permite a criação de grandes confusões, bem como a disseminação de informações inverídicas e sensacionalistas.

Isso tudo se deu por conta do direito à informação que foi consagrado pela Constituição Federal, e assegurado em seu artigo 5, XIV:

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:

(...)

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

De certa forma as notícias que são veiculadas e publicadas no noticiário tornam partes das pessoas alienadas, que não questionam nem refletem sobre tais informações. O público que ouve a informação muitas vezes acredita somente na verdade que é dita por aqueles que estão relatando o que houve no caso que lhes é passado, e não consideram ver o lado por um ou outro ângulo, isso também ocorre com o Juiz, pois de certa forma aqueles que viram a narração e não os fatos tendem a querer induzir a decisão do Juiz, causando assim muitas vezes a condenação de uma ou outra pessoa que possivelmente não teve participação no caso narrado.

Neste trabalho de conclusão de curso, mostrar-se-á que a influência das mídias pode atuar de forma imprudente nas decisões judiciais, mostrando muitas vezes apenas um lado da situação ou apenas partes que levam ao erro na sua interpretação.

2. JUSTIFICATIVA

A influência das mídias nas decisões penais é um tema que será mostrada como a imprensa e as mídias sociais agem no momento de mostrar os fatos, os envolvidos bem como os lados do caso. É certo dizer que muitas das vezes as redes sociais causam grande confusão ao público e até mesmo aos profissionais do direito, causando divergências dos fatos ditos pela vítima e do que a mídia mostra. O público que consome tais informações acredita no que lhes é mostrado e desta forma não buscam a informação correta, decidem ficar de um lado, e muitas vezes o lado que lhes é mostrado é o errado, ou apenas são partes de um lado. Pode-se dizer que as informações que recebemos, nos são entregues de forma errônea, sem nos mostrar inteiramente o que houve.

Com tudo isso queremos mostrar as divergências que as mídias sociais trazem, pendendo mais para um lado do que para outro, causando confusão aos que leem, aos que julgam.

3. A FORMA QUE A MÍDIA AGE NA PROPAGAÇÃO DOS FATOS OCORRIDOS

A mídia de certa forma constrói uma imagem muito pior do que realmente aconteceu, fazendo com que as pessoas criem pré-julgamentos relacionados a cada caso.

A forma de alienação das pessoas ocorre pelo simples fato de que elas não buscam mais informações ou outras fontes além das apresentadas. Por esse motivo quem absorve a informação e não busca mais a fundo interpreta de equivocadamente todo o processo e a forma que ele está acontecendo.

4. A DECISÃO PENAL ENCONTRA-SE EM CONFORMIDADE COM INFLUÊNCIA DO JUIZ OU DO PÚBLICO

Fato é que quando os jornalistas falam sobre um caso midiático, em sua maioria eles tendem a adicionar fatos sensacionalistas que proporciona ao público confusão entre fatos verídicos e não verídicos.

As decisões penais mesmo que por influencia das mídias sociais, são decididas pelo juiz, pode ser que haja objeções do público em questão da decisão tomada.

Até pode haver uma possível influência do que as pessoas querem ou do que é mostrado pelas mídias, mas o juiz não deve se deixar persuadir pela opinião popular, e levar em conta a condenação do público em relação ao réu.

Na maioria das vezes os jornalistas são desprovidos de certo conhecimento jurídico, tanto que muitas vezes confundem as funções dos poderes, mais ainda pior do que não ter esse conhecimento é a maneira como eles noticiam os fatos onde muitas vezes eles acrescentam um juízo de valor (opinião) por eles mesmo [...] (CÍCERO,2010, p.3)

5. EM QUE O JUIZ SE BASEIA: NA INFLUENCIA DAS MÍDIAS OU SOMENTE NAS LEIS E NOS AUTOS

Como visto anteriormente, a lei afasta a possibilidade de que o juiz possa se basear na opinião do público ou das mídias. O juiz deve ser coerente com a sentença que estará aplicando ao indivíduo, para que não venha causar um trágico erro judicial no caso que está sendo julgado.

O julgamento de certa forma deve ser sem alienações relacionadas ao caso, o qual será julgado, pois, havendo imposições de outrem, a decisão se torna corrompida pela influencia recebida.

Conforme demonstrado a sentença é o sentimento do juiz em relação a sua percepção dos autos e, como ele é o dr. da lei, cabe a ele sua aplicação baseada no caso analisado.

6. COMO A OPINIÃO DE UMA PESSOA PODE AGIR PARA INFLUENCIAR OUTRAS

Percebe-se que devido aos inúmeros acontecimentos cotidianos, principalmente os relacionados a crimes, a justiça se mostra bastante presente na mídia.

É cada vez maior o interesse do público em relação estes acontecimentos. E é através da mídia, que a população pode criticar, opinar, participando da decisão de punir ou não os transgressores da lei.

A mídia invade a privacidade de cada um, interferindo nas decisões e opiniões alheias. Ainda mais que a censura não mais existe, o sensacionalismo tomou conta dos noticiários, principalmente os policiais. E esta invasão da mídia, pode trazer consequências positivas ou negativas. (GYLLIARD; MATOS)

A mídia em si é uma representação do que a pessoa entendeu e do que o público espera acontecer, na decisão a qual será tomada pelo juiz do caso. Mesmo que haja o querer do público, a decisão a ser tomada somente pelo juiz.

7. DE QUE MANEIRA O JUIZ CONDUZ CASOS POLÊMICOS EM QUE A MÍDIA EXERCEU GRANDE INFLUENCIA SOBRE O JÚRI

É notado que muitas das vezes ao ver o juiz conduzir um caso polêmico que o júri já tem uma opinião formada, faz com que a decisão do público e a sentença posteriormente se torne tendenciosa, causando assim a condenação precipitada de alguém.

Nesses casos há dificuldade em mostrar ao público os fatos de forma correta, por conta de que os fatos apresentados pela mídia em sua maioria foram sensacionalistas, e para que isso seja mostrado da forma correta as pessoas leigas necessita de tempo.

O juiz deve ser imparcial para que não ocorra qualquer influência em sua sentença. Mesmo que seja uma sentença da qual não irá agradar ao público, o juiz não deve ter receios em aplicá-la.

8. QUE TIPO DE IMPACTOS SOCIAIS AS MÍDIAS CAUSAM NOS DESAFIOS JURÍDICOS

Os impactos tendem a aparecer no decorrer do tempo no meio jurídico. É certo dizer que tais impactos aparecem logo após o julgamento, dependendo a situação do caso.

Muitas das vezes as mudanças que tais impactos causam, acabam refletindo na sociedade, podendo acarretar contrariedades. Tais são essas contrariedades que podem ser refletidas em uma sociedade que se considera juiz para ditar um julgamento onde elas não fazem parte daquilo que aconteceu.

É certo dizer que o impacto causado nunca será visto no presente momento, somente depois que tudo voltar ao seu normal, dessa forma fazendo com que algumas coisas no dia a dia mudem. Muitas vezes o que repercutiu causará mudanças somente para quem estava presente no momento do julgamento.

9. JULGAMENTOS SOB A SOMBRA DA MÍDIA

Compreende-se que por diversos fatores a mídia constantemente está inteirando-se de casos polêmicos. Sendo casos que estão em julgamento ou aqueles que não foram julgados, a mídia se faz presente para entregar ao público tudo o que ele precisa saber, mesmo sendo informações sensacionalistas.

Há dois casos os quais a mídia se precipitou ao expô-los, por exemplo o caso da boate Kiss e o da escola base.

No caso da boate Kiss houve grande repercussão midiática. Este foi um caso em que a mídia transmitiu de forma imprudente as informações que haviam sido apresentadas, causando problemas no decorrer do processo.

Segundo Rubens Decoussau Tilkian, a mídia deve tomar cuidado ao falar de casos que geraram grande repercussão.

Pela forma que houve a exposição dos fatos, o julgamento foi premeditado, e o erro cometido foi a pena, onde os jurados pressupõem que aquelas 4 pessoas eram culpadas. Isso baseando-se no acidente que matou 242 pessoas, porém ao se basearem nisso eles erraram, pelo motivo de que foi um acidente, e os sócios não tiveram o que fazer para mudar o que estava acontecendo.

Portanto, falharam os mecanismos processuais desenhados para evitar essa espécie de erro. Falharam os responsáveis por bem exercer o respectivo controle, tanto na opção pela denúncia por crime doloso, quanto na etapa em que se deveria controlar a admissibilidade desta acusação [...] (BATISTA, Nilo, 2021)

Isto também ocorre no caso da escola base onde um casal que decidiu abrir uma escolinha, foram acusados de abusar sexualmente das crianças matriculadas lá. Neste caso a imprensa de uma forma sensacionalista apresentou fatos que na realidade não ocorreram, causando aos acusados momentos difíceis.

Depois de todo o ocorrido e os 4 saírem prejudicados a imprensa arcou com as consequências, sendo assim, todos os meios de informação que apresentaram a notícia de forma exagerada e sensacionalista, tiveram que indenizar os acusados, por danos morais e materiais.

[...]o valor da indenização que o Estado de São Paulo deve aos seis envolvidos estava em R\$ 457mil. O decreto que autorizou a indenização de Paula foi assinado pelo governador de Mário Covas, em 1999[...]. (RIBEIRO, Alex e MACHADO, Fernando da Silveira, 2014)

Esses dois casos são exemplos de como o sensacionalismo polêmico pode acarretar um julgamento errôneo acerca do que realmente sucedeu, causando a premeditação por parte do público.

10. CONCLUSÃO

Chega-se à conclusão de que, ao mesmo tempo em que há difusão de notícias erradas e não verídicas, muitas vezes a notícia sai com fatos a mais, fazendo com que o juiz decida pela razão, e não pelo que viu no processo.

Nos casos da boate Kiss e da Escola base, notícia mal apresentada trouxe consequências gravíssimas aos envolvidos, exemplo disso foram os problemas financeiros e psicológicos que tiveram.

É necessário que haja um poderão na divulgação de fatos sensacionalistas, para que não ocorra indevida interferência no processo sobre tais casos.

Conclui-se que não se deve controlar a liberdade de expressão do jornalista que está discorrendo sobre a matéria, mas se faz necessário que haja compreensão da parte deles em colocar somente aquilo que lhes é mostrado.

Quanto ao juiz que for julgar, não se deve levar pelas notícias veiculadas pelas mídias sensacionalistas. Ao contrário, deve refletir sobre o que lhe é apresentado pelos autos do processo, que ainda terá um desfecho.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BATISTA, Nilo. Mídia e Sistema penal no Capitalismo Tardio. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 9, n. 36, 2001, pp. 257-272. Acesso em: 10 de maio de 2022

BAYER, Diego e AQUINO, Bel "Da série "Julgamentos Históricos": Escola Base, a condenação que não veio pelo judiciário", site: Justificando, data: 10 de dezembro de 2014. ([Http://www.justificando.com/2014/12/10/da-serie-julgamentos-historicos-escola-base-a-condenacao-que-nao-veio-pelo-judiciario/](http://www.justificando.com/2014/12/10/da-serie-julgamentos-historicos-escola-base-a-condenacao-que-nao-veio-pelo-judiciario/)) acesso em: 10 de maio de 2022

BUONO, Vinícius, "Caso escola base: a mentira que abalou o brasil em 1994", site: UOL, data edição: 11 de junho de 2020.

(<https://aventurasnahistoria.uol.com.br/amp/noticias/reportagem/historia-o-que-foi-o-caso-escola-base-fake-news.phtml>) acesso em: 10 de maio de 2022

CÍCERO, Natali Carolini de Oliveira. A influência da mídia sobre o juiz penal e a sociedade. Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo". Presidente Prudente. v. 1, n. 1, p. 1-10. (File:///C:/Users/Meus%20Arquivos/Downloads/2367-5220-1-PB%20(1).pdf). Acesso em: 12 de maio de 2021

DECOUSSAU, Rubens Tilkian "Advogado comenta os limites de atuação da imprensa em casos de grande comoção" (<https://www.migalhas.com.br/quentes/172048/advogado-comenta-os-limites-de-atuacao-da-imprensa-em-casos-de-grande-comocao>). Acesso em: 11 de maio de 2022

FANTECELLE e SHUTTE, GYLLIARD MATOS E THALITA DOHLER. A influência da mídia no processo penal. UFES/UNIDA-ES. v.1, n.1, p 1-13. (File:///C:/Users/Meus%20Arquivos/Downloads/artigo%202.pdf). Acesso em: 12 de maio de 2021

FILIZOLA, Antônia Júlia Campos. A influência da mídia nas decisões judiciais no processo penal. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza. v.1, n.1, p. 2-48. ([Http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/41149/1/2018_tcc_ajcfilizola.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/41149/1/2018_tcc_ajcfilizola.pdf)). Acesso em 12 de maio de 2021

GEBRIM, Gian Andrea De Britto. Da mídia e da repercussão social. Disponível em(<https://jus.com.br/artigos/60554/o-poder-da-midia-e-sua-influencia-no-direito-penal-e-processual-penal>). Acesso em: 12 de maio de 2021

MACHADO, Fernando da Silveira. Análise sobre garantismo penal e a sua observância (ou não) pela mídia: um estudo de caso. Disponível em: (<http://www.webartigos.com/artigos/analise-sobre-garantismo-penal-e-a-sua->

[observancia-ou-nao-pela-midia-um-estudo-de-caso/116122/#ixzz3LVTTaOD3](#)). Acesso em: 11 de maio de 2022

MASCARENHAS, Marcella Nardelli, MATIDA Janaina, MORAIS, Alexandre da Rosa, NELSON, Jacinto de Miranda Coutinho, LOPES, Aury Jr. e HERDY Rachel, "O júri da boate Kiss: que nos sirva de alerta" (<https://www.conjur.com.br/2021-dez-24/artx-limite-penal-juri-boate-kiss-sirva-alerta>). Acesso em: 12 de maio de 2022

NETO e SEGATTO, João Vieira e Vinícius. A reafirmação do dever de fundamentação no Processo Penal. Disponível em:

(<https://www.migalhas.com.br/depeso/329285/a-reafirmacao-do-dever-de-fundamentacao-no-processo-penal>). Acesso em: 12 de maio de 2021

PREVIDELLI, Fabio "o que diz o filho dos donos da escola base, 28 anos depois" (<https://aventurasnahistoria.uol.com.br/amp/noticias/reportagem/o-maior-erro-da-justica-e-imprensa-diz-filho-donos-escola-base.phtml>) acesso em: 10 de maio de 2022

QUISTER, Ezequiel Schukes. A influência da mídia na decisão penal. Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação. Curitiba. v. 1, n.1, p. 1 -13, jun. 2017.

(<File:///C:/Users/Meus%20Arquivos/Downloads/artigo%201.pdf>). Acesso em: 12 de maio de 2021

RIBEIRO, Alex. Caso Escola Base: os abusos da imprensa. São Paulo: Editora Ática, 2003. Acesso em: 10 de maio de 2022

ROCHA, Cris. A influência da mídia nos casos de grande repercussão no Brasil. Disponível em: (<https://crisrocha80.jusbrasil.com.br/artigos/549048825/a-influencia-da-midia-nos-casos-de-grande-repercussao-no-brasil>). Acesso em: 12 de maio de 2021

VIALI e SANTOS, Flavia Catarina Alves e Lana Alpulinário Pimenta. Mídia e a influência nas decisões judiciais. Universidade do Estado de Minas Gerais- Campus Ituiutaba. Minas Gerais. V. 1, n.1, p 1-19.

(File:///C:/Users/Meus%20Arquivos/Downloads/midia_e_a_influencia_nas_decisoes_judiciais.pdf). Acesso em: 12 de maio de 2021

DIREITO DE LAJE COMO UM REFLEXO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À MORADIA.

MARIANA ROXO DA SILVA:

Discente do Curso de Graduação em Direito da Universidade Candido Mendes, Niterói.

RESUMO: O presente artigo apresenta uma análise da relação entre o direito real de laje e o acesso ao direito fundamental social à moradia digna. Em um primeiro momento, aborda-se as disposições gerais do direito de propriedade, tanto no Código Civil, como na Constituição Federal de 1988. Após, é analisado o direito de laje especificamente como um fenômeno social urbano, bem como sob o prisma do direito fundamental à moradia. Por fim, faz-se uma relação entre o direito de laje e o direito registral, bem como os seus aspectos positivos e negativos e breves considerações são feitas no que diz respeito à normatização do direito de laje e o seu impacto na regularização fundiária urbana.

PALAVRAS CHAVES Direito real de laje. Acesso à moradia digna.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 DISPOSIÇÕES GERAIS DO DIREITO DE PROPRIEDADE; 1.1 A PROPRIEDADE NO CÓDIGO CIVIL; 1.2 A PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE); 2 O DIREITO DE LAJE COMO FENÔMENO SOCIAL URBANO; 3 O DIREITO REAL DE LAJE À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA; 4 DIREITO REAL DE LAJE E O REGISTRO DE TÍTULOS: ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS; 4.1 O TRATAMENTO NORMATIVO DISPENSADO À LAJE ANTES DE SEU RECONHECIMENTO OFICIAL E A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA: BREVES CONSIDERAÇÕES; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como finalidade principal propor uma nova análise no que diz respeito ao direito de propriedade, traduzindo não só a perspectiva patrimonialista inerente ao tema em questão, mas também objetiva compreender os efeitos do direito real de laje sob o panorama dos direitos fundamentais de cunho social elencados na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 6º. Nesse sentido, em uma concepção geral, a Lei nº 13.465/2017, que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, dentre outros pontos de grande relevância, alterou o código civil, inserindo os dispositivos do direito real de laje que se iniciam no artigo 1.510-A e vão até o artigo 1.510-E, trazendo à baila uma perspectiva moderna e independente sobre o instituto dos direitos reais. O artigo 1.510-A corrobora com tal visão à medida que permite que o proprietário de uma construção-base tenha a possibilidade de ceder a superfície seja ela superior ou inferior, com o objetivo de

que o lajeário “mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo”, podendo dela usar, gozar e dispor (§3º). Nesta seara, admite-se ainda que o titular, mediante autorização do proprietário do imóvel originário e das outras lajes, ceda a sua superfície para constituição de uma sobrelaje (§6º). Ademais, fica estabelecida ainda a divisão das despesas necessárias à conservação e fruição das partes que sirvam a todo edifício, as quais serão partilhadas entre proprietário e lajeário nos termos do artigo 1.510-C. Destaca-se, por fim, o direito de preferência que terão os titulares da construção-base e da laje, no caso de alienação de qualquer das unidades sobrepostas (artigo 1.510-D) e as formas de extinção do direito real de laje elencadas no artigo 1.510-E. Soluciona-se, portanto, diversas questões referentes ao descompasso demográfico existente em cidades do Brasil que se caracterizam pelo amontoado de habitações construídas sem um planejamento preliminar. É evidente que a ausência de estrutura de tais construções improvisadas, associada com a impossibilidade de se exercer, na prática, os direitos conferidos a quem possui a qualidade de proprietário, gera incerteza e insegurança. O presente estudo, ainda, irá abordar a propriedade, tanto no que diz respeito à noção geral, como mais especificamente quanto ao seu tratamento no Código Civil e na Constituição Federal de 1988, para posteriormente dar enfoque ao direito real de laje como fenômeno social urbano, o relacionando com o direito fundamental social à moradia elencado no artigo 6º da CRFB/88, tema central deste estudo. Por fim, passa-se à análise da laje sob o prisma da atividade notarial.

1 DISPOSIÇÕES GERAIS DO DIREITO DE PROPRIEDADE

No plano conceitual, a propriedade, por um lado, parece ser de fácil compreensão e visualização, pois a princípio, seria determinado, de forma genérica, pelo vínculo existente entre o indivíduo e um bem, conferindo-lhe faculdades, direitos e deverem em razão desta relação jurídica. De outra banda, emerge a difícil tarefa de classificá-la, bem como entender o seu conteúdo jurídico, haja vista a complexidade das relações modernas que se desenvolveram e o seus efeitos práticos no código civilista de 2002.

Historicamente, a propriedade possui sua forma original assente em uma concepção absolutista, como se percebe analisando os primórdios do direito romano, embora a submissão do exercício da propriedade ao interesse social – pilar essencial para o estabelecimento de um viés constitucional do instituto abordado pelo código civil – já viesse sendo defendida por estudiosos da civilização romana. Nesta seara, em um momento posterior, verifica-se que o movimento Iluminista promove o triunfo do caráter individualista perante a um bem, à medida que consagrava a ideologia liberal, com a mínima intervenção do Estado, em prol do direito à propriedade privada.

A regulamentação do presente instituto, no código civil de 1916 preceituava em seu artigo 524: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que, injustamente, os possua”. Nas lições de Flavio Tartuce¹⁴⁸, o dispositivo em apreço, possui diferenças substanciais com a atual normatização conferida pelo código civil de 2002, mais especificamente, no caput do artigo 1.228, “Isso porque não há mais a previsão da existência de direitos relativos ao uso, fruição e disposição da coisa, mas sim de faculdades jurídicas, o que foi feito no sentido de abrandar o sentido do texto legal”. Afirma, ainda, que:

essa alteração conceitual demonstra, pelo menos em parte, o rompimento do caráter individualista da propriedade, que prevalecia na visão anterior, pois a supressão da expressão direitos faz alusão à substituição de algo que foi, supostamente, absoluto no passado, o que não mais ocorre atualmente.¹⁴⁹

Nesse sentido, pode-se afirmar que a propriedade representa uma situação fático jurídica, em que há uma relação direta, não entre um bem determinado e o indivíduo que o detém, mas coloca-se em evidência o liame estabelecido entre aquele e a coletividade. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal¹⁵⁰, portanto, conceituam a propriedade como “uma relação jurídica complexa formada entre o titular do bem e a coletividade de pessoas”.

Necessário se faz, em uma última análise, apartar os conceitos de propriedade e domínio, embora tradicionalmente, os dois vocábulos sejam considerados como sinônimos entre si. Como exposto, o conceito de propriedade repousa sobre o conteúdo jurídico de uma relação composta pela coletividade e um bem determinado. De outra banda, o domínio engloba, efetivamente, a situação material compreendida pelo titular e a coisa: desta, decorrem as faculdades jurídicas expostas no artigo 1.228 do código civil, quais sejam, uso, gozo, disposição e o direito de reivindicação de quem injustamente a possua.

148 TARTUCE, Flavio. *Manual de direito civil*: volume único – 11^a. ed. rev. atual e ampl. Editoria: Rio de Janeiro: Forense Ltda; São Paulo: MÉTODO, 2021, p.1554/1555.

149 TARTUCE, Flavio. *Manual de direito civil*: volume único – 11^a. ed. rev. atual e ampl. Editoria: Rio de Janeiro: Forense Ltda; São Paulo: MÉTODO, 2021, p.1555.

150 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: direitos reais* – 16. ed. rev., ampl e atual, vol. 5. Salvador. Editoria: JusPodivm, 2020, p. 278.

Acertadamente, as lições de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona¹⁵¹ esclarecem com precisão:

A priori, é possível, sim, fazer a distinção clássica entre as expressões “propriedade” e “domínio”, compreendida a primeira como um direito mais amplo, abrangente de bens materiais e imateriais, que legitima a titularidade do sujeito, ao passo que a segunda, restrita a bens corpóreos, traduz uma perspectiva material de poder, de submissão da coisa.

1.1 A PROPRIEDADE NO CÓDIGO CIVIL

O artigo 1.228 estabelece a estrutura do direito de propriedade ao elencar as faculdades jurídicas concedidas ao proprietário, quais sejam: uso, gozo, disposição da coisa e o direito de reavê-la. Tais faculdades serão analisadas, de maneira pormenorizada, ao longo do presente subtítulo, haja vista que o intuito precípua, neste momento, é o de investigar o conteúdo jurídico abarcado pelo domínio da *res*.

Em um primeiro plano, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁵² esclarecem: a faculdade de uso, “é a faculdade do proprietário de servir-se da coisa de acordo com a sua destinação econômica”. Nesse sentido, o uso poderá ser direto ou indireto de acordo com a concessão da utilização pessoal feito pelo proprietário à terceiros. Não obstante tal entendimento, é imperioso ressaltar que a concessão do uso a terceiros através de celebração de contrato de locação, confere ao proprietário, segundo entendimento dominante, a percepção dos aluguéis, frutos civil do bem, e esta percepção seria o exercício da faculdade gozo, na letra do art. 1.228, CC ou fruição, e não o uso. Os autores ainda elucidam que o direito de uso atribuído ao titular a percepção dos frutos naturais da coisa¹⁵³, já que conforme o artigo 1.412 do CC, “o usuário usará da coisa e perceberá os seus frutos, quanto o exigirem as necessidades suas e de sua família”. Distingue-se tal norma como um dos direitos reais sobre coisa alheia de gozo ou fruição, limitado, à propriedade mencionada, que também é direito real, mas sobre a própria coisa do titular. Portanto, a propriedade é instituto diverso do direito real de uso.

151 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*, vol. 5. São Paulo. Editora: Saraiva Educação, 2019, p. 164.

152 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: direitos reais* – 16. ed. rev., ampl e atual, vol. 5. Salvador. Editora: JusPodivm, 2020, p. 309.

153 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: direitos reais* – 16. ed. rev., ampl e atual, vol. 5. Salvador. Editora: JusPodivm, 2020, p. 309.

Em última análise, cumpre ressaltar que o não uso, não prescreve por si só, as faculdades estabelecidas no artigo 1.228. Há que se atentar, todavia, na hipótese em que a não utilização se mostra contrária ao interesse social como, por exemplo, nos casos de abandono do bem. Portanto, "(..), muitas vezes a faculdade de usar perde a característica de um poder e se converte em um dever jurídico para o proprietário." 154

A seguir, a faculdade de gozar consiste na efetiva exploração econômica do bem, indo além da mera percepção de frutos naturais – situação fática abarcada pelo simples uso. Nesse sentido, o proprietário terá o direito de receber os frutos classificados como os industriais (produzidos pelo ser humano) e civis (decorrentes de uma relação jurídica ou econômica de natureza privada). Englobado está pelo *jus fruendi*, ainda, o direito do proprietário às pertencas que se caracterizam, conforme os ditames do artigo 93 do código civil, os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro.

Em prosseguimento, entende-se como disposição da coisa, "(...) a prerrogativa de transferir o bem, a qualquer título, o que também abarca a possibilidade de consumi-lo" 155. É possível, portanto, que a disposição se dê pelo ato de destruição da coisa ou o seu abandono – disposição material –, bem como, pelo ato de alienação do bem, seja ela onerosa (compra e venda) ou gratuita (doação), o que Cristiano Farias e Nelson Rosenvald 156 classificam como disposição jurídica. Em síntese, há disposição da coisa, quando se pode escolher a sua destinação.

O último elemento constitutivo do direito à propriedade é o de reivindicar o bem, denominado como elemento externo ou jurídico haja vista a oponibilidade contra qualquer um que atente contra o direito universal de abstenção. Abstenção, porque, entende-se como um verdadeiro dever direcionado aqueles que não possuem ingerência sobre um bem determinado, adotar uma conduta omissiva/negativa em prol da posição jurídica assumida pelo proprietário. No direito brasileiro, a via jurídica adotada para que os poderes dominiais sejam recuperados é a ação reivindicatória, consequência clara e inevitável do direito de seqüela – *jus perseguendi*, típico dos direitos reais.

154 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: direitos reais* – 16. ed. rev., ampl e atual, vol. 5. Salvador. Editoria: JusPodivm, 2020, p. 310.

155 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*, vol. 5. São Paulo. Editoria: Saraiva Educação, 2019, p. 167.

156 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: direitos reais* – 16. ed. rev., ampl e atual, vol. 5. Salvador. Editoria: JusPodivm, 2020, p. 312.

Ultrapassada a análise do conteúdo jurídico do domínio abarcado pelo artigo 1.228 do código civilista, é imperioso, ainda, elencar os atributos da propriedade - ou o que Maria Helena Diniz denomina como *caracteres* - à luz do que dispõe o artigo 1.231 do mesmo diploma legal. A norma em apreço estabelece a presunção, *juris tantum*, de exclusividade e plenitude. Cumpre, neste momento, investigar tais atributos.

O caráter exclusivo aduz à impossibilidade de um mesmo bem pertencer, com exclusividade e simultaneamente, a duas ou mais pessoas, no mesmo período de tempo, ressaltando a unidade e indivisibilidade do domínio. Interessante, neste ponto, destacar a questão do condomínio, por exemplo, que é o exercício do direito de propriedade por mais de um titular. Nesse sentido, os autores Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹⁵⁷ explicam que “no condomínio tradicional não há elisão ao princípio da exclusividade, eis que, pelo estado de indivisão do bem, cada um dos proprietários detém fração ideal do todo”. Nesta explicação, se faz referência ao condomínio *pro indiviso*, em que os proprietários possuem apenas cotas abstratas. É possível, portanto, que mesmo em uma propriedade plural, todos possam exercer os direitos de uso, fruição, disposição e reivindicação. Situação distinta é a que ocorre no condomínio *pro diviso*, haja vista que os proprietários possuem cada qual, seu espaço físico. Neste último caso, as faculdades de uso e fruição serão limitadas, naturalmente. Ainda sobre a exclusividade, faz-se necessário trazer a baila as lições de Arnoldo Wald¹⁵⁸ que nos ensina com precisão: “O direito de excluir terceiros é um corolário da exclusividade da propriedade. O proprietário pode impedir que terceiros pratiquem qualquer ato em relação ao objeto que lhe pertence”, evidenciando o direito de reivindicação como garantia do exercício de outros poderes inerentes à propriedade. Quanto à plenitude, nos esclarece Maria Helena Diniz¹⁵⁹ que este atributo “decorre da liberdade que o proprietário tem de usá-la como lhe aprouver, acatando as restrições legais, evitando a sua utilização abusiva e atendendo à sua função socioeconômica”. A perpetuidade é de igual forma, uma característica da propriedade. Significa dizer, portanto, que esta subsiste independentemente do exercício de seu titular, com a posterior transmissão aos herdeiros. A este respeito, é relevante que se mencione o posicionamento de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹⁶⁰: “À luz do princípio da função social da

157 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: direitos reais* – 16. ed. rev., ampl e atual, vol. 5. Salvador. Editora: JusPodivm, 2020, p. 317

158 WALD, Arnoldo. *Direito civil : direito das coisas*, vol. 4 / Arnoldo Wald com a colaboração dos professores Álvaro Villaça Azevedo. — 13. ed. atualizada e reformulada – São Paulo :Saraiva, 2011, p. 44

159 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direitos das coisas* – 28ª edição, vol. 4. Editora: Saraiva, p. 137.

160 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: direitos reais* – 16. ed. rev., ampl e atual, vol. 5. Salvador. Editora: JusPodivm, 2020, p. 319.

propriedade, em uma concepção dinâmica desse direito, a perpetuidade será colocada em xeque quando o titular inerte se exime de emprestar ao bem a sua finalidade normal”.

Por fim, para concluir esta fase do presente estudo, ressalta-se que, a doutrina nacional (mais especificamente Orlando Gomes¹⁶¹) elenca, ainda, a elasticidade do domínio avultando a possibilidade de fracionamento deste - embora a propriedade se mantenha concentrada em uma única pessoa - conforme sejam contraídos e acrescidos os atributos. É possível concluir que, na propriedade plena, o direito se encontra em seu nível mais amplo de elasticidade.

Cabe ainda mencionar algumas características caracterizadas doutrinariamente, tais como o absolutismo, que impõe o dever jurídico de não ingerência sobre a propriedade alheia, com oponibilidade *erga omnes* em face de terceiros, classificados estes como sujeitos passivos da relação jurídica, ao passo que o polo ativo é ocupado pelo titular do direito real; a sequela que “se relaciona ao princípio da inerência ou aderência, no sentido de o direito real aderir à coisa e o perseguir”¹⁶²; e a publicidade que decorre diretamente do princípio do absolutismo haja vista que os poderes inerentes à propriedade só serão exercidos contra todos se forem públicos. Refuta-se, portanto, a clandestinidade à medida que é imposto pela norma cogente a necessidade do registro dos títulos no Cartório de Registro de Imóveis (art. 1.227, CC).

1.2 A PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988 (CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE):

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXII, vai além de prever o direito à propriedade: este é elencado como uma garantia fundamental, possibilitando a instrumentalização de uma existência digna do ser humano que não se reduz, todavia, à mera sobrevivência. É o que Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves¹⁶³ denominam, em sua obra, como o *mínimo existencial*. No lúcido esclarecimento dos autores, “o mínimo existencial é algo quantitativa e qualitativamente superior ao mínimo vital. Este se identifica com a postura estatal ativa de manutenção do mínimo fisiológico e orgânico do ser humano (...)”.

Nesse sentido, a revisão das bases seculares do código civil, à luz do processo de constitucionalização, fez emergir uma nova acepção do conceito de propriedade. Não mais

161 GOMES, Orlando. *Direitos reais* – 21ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro. Editoria: FORENSE, 2012, p. 105.

162 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: direitos reais* – 16. ed. rev., ampl e atual, vol. 5. Salvador. Editoria: JusPodivm, 2020, p. 37.

163 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: direitos reais* – 16. ed. rev., ampl e atual, vol. 5. Salvador. Editoria: JusPodivm, 2020, p. 301.

se considera como aquela vinculada, necessariamente, ao solo. As situações fáticas atuais criam a possibilidade de novas titularidades - a exemplo do condomínio em multipropriedade¹⁶⁴ - e, assim sendo, não é viável que se reduza o direito de propriedade a tão pouco.

Nesta seara, o advento da Lei n. 13.456/2017, com a conseqüente normatização do direito de laje, nos permite enxergar melhor essa perspectiva mais humanista, baseada na justiça social, ao permitir que incontáveis indivíduos possam estabelecer sua residência em pavimentos distintos da construção-base de titularidade do proprietário, seja pela relação de descendência (núcleo familiar) ou por uma espécie de locação dos apelidados "puxadinhos", o direito de propriedade é considerado verdadeiro instrumento de concretização do acesso ao *patrimônio mínimo*¹⁶⁵ e, sobretudo, ao mínimo existencial.

Em tempo, faz-se necessário destacar que o direito de propriedade deve ser interpretado de maneira complementar com o princípio da função social, - com fulcro no art. 5, XXIII da Constituição Federal - o qual permitiu, concretamente, a superação do viés absolutista e individualista consagrado nos primórdios da era liberal. Assim, a noção de função social não limita o exercício do direito à propriedade, mas o coloca nos moldes dos interesses coletivos. Neste aspecto, exige-se que a utilização do bem pelo titular seja coerente com as demandas sociais: são defesos atos nocivos que prejudiquem terceiros e que não apresentem nenhuma utilidade. Sobre o assunto, Caio Mário da Silva Pereira¹⁶⁶ arremata:

bombardeado de todos os ângulos, o absolutismo do direito de propriedade cede lugar a uma nova concepção. A ordem jurídica reconhece que os bens não são dados ao homem para que levem a sua fruição até o ponto em que o seu exercício atente contra o bem comum

Conclui-se que a evolução da *velha concepção monista e monolítica*¹⁶⁷ do direito de propriedade propõe uma releitura dos institutos patrimoniais consagrados no Código

¹⁶⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Artigo 1.358-C do CC: "Multipropriedade é o regime de condomínio em que cada um dos proprietários de um mesmo imóvel é titular de uma fração de tempo, à qual corresponde a faculdade de uso e gozo, com exclusividade, da totalidade do imóvel, a ser exercida pelos proprietários de forma alternada". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.> Acesso em: 19 nov 2021

¹⁶⁵apud FACHIN, Luiz Edson, Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, p. 41

¹⁶⁶ apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil – Alguns Aspectos de sua Evolução*, p. 71

¹⁶⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; DEBS, Martha El; DIAS, Wagner Inácio. *Direito de Laje: do puxadinho à digna moradia* – 2. ed. rev. atual. e ampl. – Salvador. Editoria: JusPodivm, 2018, p. 67

Civil a partir da preeminência do princípio da dignidade humana corolário da ressignificação do instituto em questão.

2 O DIREITO DE LAJE COMO FENÔMENO SOCIAL URBANO

De acordo com Rodrigo Mazzei 168, vê-se que a laje "(...) em curtas palavras, seria a possibilidade de construir (...) sobre edificação alheia, aproveitando-se da sobre do respectivo volume vertical acima do solo". Assim, o direito de laje surge como solução ao até então descompasso do direito formal legislado e a realidade de diversas cidades brasileiras. Isto porque, até o advento da Lei nº 13.465/2017, a regularização de diversas edificações tidas como irregulares era ilusório. O que se observava, na prática, era um conjunto de comportamentos específicos e corriqueiros que integravam o direito informal de espaços destituídos de políticas públicas que garantissem um ordenamento social mínimo.

O descuido no processo de metropolização por parte dos agentes públicos na organização das frações do solo intensificou realidades opostas dentro da cidade e, sobretudo, os processos de dominação e exclusão produzidas pela globalização, pelo capital financeiro e pelo neoliberalismo. O reflexo deste movimento pode ser ratificado em dados estatísticos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística: os *aglomerados subnormais* – termo técnico utilizado pelo Instituto para referir-se às favelas - parecem ser a solução mais exequível para 11 (onze) milhões de pessoas no Brasil, de acordo com o censo realizado em 2010. Faz-se necessário esclarecer aqui, que, embora o foco do presente estudo não seja analisar tão somente o fenômeno do direito de laje presente em favelas, – mas sim em todas as áreas marcadas pela ausência do Estado no Brasil – a informação ora mencionada ilustra de maneira mais efetiva o cotidiano marcado pela negligência estatal.

Nesse sentido, como viabilização do direito fundamental social do acesso à moradia abarcado pela Constituição Federal de 1988, a laje ou vulgarmente denominada como "puxadinho", surge, segundo Ricardo César Pereira Lira¹⁶⁹, à medida que "o ocupante ceder a utilização da laje de sua moradia a um terceiro, permitindo que esse terceiro construa para si nova moradia.", verdadeiro mecanismo de aproveitamento e ampliação do uso do solo.

168 apud MAZZEI, Rodrigo. *Direito de Superfície*. Salvador: JusPodivm, 2013.

169 LIRA, Ricardo César Pereira. *Direito formal e direito informal nos centros urbanos brasileiros*.

Revista de Direito da Cidade, vol. 7, nº 2, 2015, p. 683.

Como é evidente, trata-se de fenômeno social habitual no cenário das cidades brasileiras. Fenômeno este que antes de sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro, “gravitava em um limbo completo”¹⁷⁰ frente à verdadeira apatia dos agentes públicos que há muito marginalizam moradores com baixo poder aquisitivo, impedindo-os de acessar o mercado imobiliário formal.

O direito que exsurge não ficou, portanto, adstrito à legislação, nem à ciência do Direito e tampouco à decisões judiciais, mas vinculou-se às condições do dia a dia, as quais representaram uma nova fonte de produção normativa na cultura jurídica. É o que elucida Antonio Carlos Wolkmer¹⁷¹ ao considerar que a produção do direito, enquanto ciência extrapola os limites impostos pelas instituições e órgãos do Estado, haja vista que a juridicidade emerge das práticas sociais inseridas em um movimento comunitário.

Pode-se considerar que o direito de laje, de certa forma, instituiu uma nova relação entre sociedade e Estado, indo de encontro ao caráter hegemônico de edificação de normas jurídicas porquanto tornou mais palpável a aproximação dos sujeitos sociais e dos órgãos institucionais, favorecendo um processo comunitário participativo que cria diretrizes e mecanismos capazes de consagrar não só o direito de acesso à moradia abarcado pela Carta Política de 1988, mas, sobretudo, os direitos humanos.

Nesta seara, de acordo com as lições de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Roselvald¹⁷²,

(...) com a presença do Estado ao legalizar o ‘gueto’ e urbanizar essas áreas, o novo proprietário se despede da condição de necessitado e “vitimizado”, tornando-se cidadão cooperativo e responsável pela preservação e crescimento do ‘capital vivo’ que adquiriu (...).

À toda evidência, a socialização do fenômeno do direito de laje exterioriza, de maneira prática e efetiva, o dever do Estado Democrático de Direito que se consubstancia na valoração do ser humano a medida que possibilita o acesso amplo e irrestrito aos direitos fundamentais elencados na denominada Constituição Cidadã, mais especificamente, repise-se, ao direito de moradia – objeto do presente estudo.

170 FARIAS, Cristiano Chaves de; DEBS, Martha El; DIAS, Wagner Inácio. *Direito de Laje: do puxadinho à digna moradia* – 2. ed. rev. atual. e ampl. – Salvador. Editoria: JusPodivm, 2018, p. 28

171 apud WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 153.

172 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: direitos reais* – 16. ed. rev., ampl e atual. – Salvador. Editoria: JusPodivm, 2020, p. 306

Nesta toada, aliado ao processo de positivação do referido instituto, ainda se faz imperioso o direcionamento de toda a engrenagem estatal no sentido de tornar o “direito de asfalto” 173 realidade palpável ao indivíduo e não uma determinação jurídica apática e sem eficácia no meio social. Ainda nas lições de Cristiano Chaves e Nelson Rosendal¹⁷⁴:

O objetivo é afirmar que a ordem civil de um Estado Democrático de Direito é agente de transformação social, pois a segurança jurídica não compactua com a liberdade travestida em inércia e preservação de *status quo*. A segurança no contexto brasileiro clama pela redução das desigualdades sociais e afirmação da cidadania.

Diante de todo o exposto, constata-se que, a laje surge como uma solução efetiva à desorganização territorial das cidades brasileiras, tornando-se prática social legitimada e corriqueira construída – em um primeiro momento – a margem da até então legislação vigente. É evidente que, diante da habitualidade com que as construções irregulares ocorriam, o poder estatal brasileiro se viu compelido a regular o instituto afim de que a informalidade não se alastrasse – de uma vez por todas – frente à ordem social.

Conclui, acertadamente, Luís Roberto Barroso¹⁷⁵:

Como muitas vezes registrado, as Constituições não podem aspirar à perenidade do seu texto. Se não tiverem plasticidade diante de novas realidades e demandas sociais, sucumbirão ao tempo. Por essa razão, comportam mecanismos de mudança formal e informal, pressupostos de sua continuidade histórica.

3 O DIREITO REAL DE LAJE À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

O tema a ser abordado se apresenta como matéria de Direito Civil, Direito Registral e Direito Constitucional, notadamente no que diz respeito ao direito fundamental social à moradia elencado no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 e a sua associação com a efetivação do direito de laje. Nesse sentido, pretende-se investigar o diploma civilista de 2002 sob o viés constitucional – constitucionalização do direito civil - e, com isso, exceder

173 FARIAS, Cristiano Chaves de; DEBS, Martha El; DIAS, Wagner Inácio. *Direito de laje: do puxadinho à digna moradia* – 2.ed.rev.atual. e ampl. – Salvador: Ed: JusPodivm, 2018, p. 14.

174 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: direitos reais* – 16. ed. rev., ampl e atual. – Salvador. Editoria: JusPodivm, 2020, p. 301

175 apud BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, op. cit., p. 15

a “velha concepção monista e monolítica” já mencionada anteriormente¹⁷⁶ de que a propriedade se limita ao que está edificado ao solo. Assim, o estudo em questão propõe uma releitura dos institutos patrimoniais consagrados no Código Civil. Nesta toada, em obra própria, Luiz Edson Fachin¹⁷⁷ elucida que “a proteção de um patrimônio mínimo vai ao encontro dessas tendências (de despatrimonialização das relações civis), posto que põe em primeiro plano a pessoa e suas necessidades fundamentais”. Cumpre salientar que a Teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo assegura a aplicação dos direitos essenciais ao estabelecer a preservação de um conjunto patrimonial hábil a permitir que o indivíduo possa viver dignamente. É o que se destaca como o “mínimo existencial”¹⁷⁸, como forma de estabelecer uma relação com a dignidade humana em busca da concretização da ideia de justiça social.

Face ao exposto, é necessário que se compreenda ainda, de acordo com uma perspectiva histórica, os direitos fundamentais sociais sobre a ótica das “gerações de direitos”¹⁷⁹ mais especificamente no que diz respeito aos direitos fundamentais de segunda dimensão que evidenciaram a proeminência da coletividade em detrimento do individualismo. Aqui, cabe destacar o seguinte trecho quando do julgamento do REsp. 1.478.254/RJ de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão¹⁸⁰:

o foco da norma foi o de regulamentar realidade social muito comum nas cidades brasileiras, conferindo, de alguma forma, dignidade à situação de inúmeras famílias carentes que vivem alijadas de uma proteção específica, dando maior concretude ao direito constitucional à moradia.

4 DIREITO REAL DE LAJE E O REGISTRO DE TÍTULOS: ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS

¹⁷⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; DEBS, Martha El; DIAS, Wagner Inácio. *Direito de Laje: do puxadinho à digna moradia* – 2. ed. rev. atual. e ampl. – Salvador. Editoria: JusPodivm, 2018, p. 67

¹⁷⁷ apud FACHIN, 2006, p. 41

¹⁷⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: direitos reais* – 16. ed. rev., ampl e atual. – Salvador. Editoria: JusPodivm, 2020, p. 300-301.

¹⁷⁹ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* – 23 ed – São Paulo. Editoria: São Paulo Educação, 2019, p. 1156.

¹⁸⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.478.254/RJ. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registr=201401819930&dt_publicacao=04/09/2017> Acesso em: 01 out 2020

Primeiramente, faz-se necessário trazer à baila o conceito do direito real de laje. Assim, nos ensina Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona¹⁸¹ que

Trata-se, portanto, de um direito real sobre coisa alheia, com amplitude considerável – mas que com a propriedade não se confunde –, limitado à unidade imobiliária autônoma erigida acima da superfície superior ou abaixo da superfície inferior de uma construção original de propriedade de outrem.

A sua disciplina, outrossim, encontra-se elencada nos artigos 1.510-A a 1.510-E do Código Civil, como já exposto anteriormente, em razão das alterações promovidas pela Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017. Tal norma, em prol da característica da legalidade inerente aos direitos reais, ainda alterou o artigo 1.225, também do código civilista, para incluir o direito de laje em seu rol.

A instituição do direito real de laje trouxe um novo cenário à diferenciados ramos jurídicos, sobretudo, à atividade registral, merecendo destaque, portanto, neste momento do estudo. Isto porque, conforme detalhado, há um verdadeiro regime tributário responsável por conduzir os atos do cartório de Registro de Imóveis. Passa-se à análise:

A lei 13.465/2017 incluiu o §9º no art. 176 da Lei 6.015/1973, assim:

Art. 176

(...)

§ 9º A instituição do direito real de laje ocorrerá por meio da abertura de uma matrícula própria no registro de imóveis e por meio da averbação desse fato na matrícula da construção-base e nas matrículas de lajes anteriores, com remissão recíproca.

Conjugado com o artigo 1.510-A, §3º, do Código Civil - o qual dispõe que os titulares da laje, unidade imobiliária autônoma constituída em matrícula própria, poderão dela usar, gozar e dispor -, a norma transcrita anteriormente criou unidades imobiliárias distintas e autônomas. De acordo com as lições de Cristiano Chaves de Farias, Martha El Debs e Wagner Inácio Dias¹⁸² as “Aludidas unidades serão objeto de matrícula própria e poderão

¹⁸¹ GANGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: direitos reais* – 3. ed. rev. atual. e ampl. vol 5. Editora Saraiva, 2021, p. 216.

¹⁸² FARIAS, Cristiano Chaves de; DEBS, Martha El; DIAS, Wagner Inácio. *Direito de Laje: do puxadinho à digna moradia* – 2. ed. rev. atual. e ampl. – Salvador. Editora: JusPodivm, 2018 p. 211

ser alienadas e gravadas livremente por seus titulares, dada a autonomia registral que lhe foi conferida pelo §1º do art. 1.510-A do Código Civil”

Inegável o aspecto positivo da autonomia registral mencionada pelos autores acima. Isto porque, sob esta perspectiva, permite-se o registro da construção em nome de pessoa distinta do seu proprietário, bem como a possibilidade de por o bem em garantia ou aliená-lo o que confere ao interessado na aquisição, a possibilidade de buscar financiamento gravando a própria laje.

É certo que, em homenagem ao princípio doutrinário abarcado pela doutrina, qual seja, o da especialidade, a matrícula deverá conter a descrição com medidas perimetrais e confrontantes. A título de complementação, sobre este princípio, pontifica com precisão Afrânio de Carvalho¹⁸³ que

o princípio da especialidade significa que toda transcrição deve recair sobre um objeto do imóvel, vertido no fraseado clássico do direito, significa a sua descrição como corpo certo, a sua representação escrita como individualidade autônoma, como o seu modo de ser físico, que o torna inconfundível e, portanto heterogêneo em relação a qualquer outro. O corpo certo imobiliário ocupa um lugar determinado no espaço, que é o abrangido por seu contorno, dentro do qual se pode encontrar maior ou menor área, contanto que não sejam ultrapassadas as raias definidoras da entidade territorial.

O impacto positivo para o Erário, no que diz respeito à tributação, também é, de igual forma, incontestável. Haverá incidência de imposto na transmissão, sendo de ITBI (Imposto de transmissão de bens imóveis – art. 156 da CF) nos de transmissões onerosas e de ITCMD (Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação – art. 155 da CF) nas transmissões gratuitas, além é claro da incidência de IPTU sobre a propriedade da laje que ocorrerá após o devido registro. O fato gerador dos impostos mencionados será o ato subsequente à transmissão dos direitos ou bens, que poderá ocorrer simultaneamente à constituição da laje. A forma pública, tanto no que abrange a constituição, tanto no que diz respeito a transmissão do direito real, deverá prevalecer se o valor do imóvel for superior a 30 (trinta) vezes o salário mínimo e mediante o seu correspondente registro na unidade cartorial. Percebe-se que a atuação dos colaboradores fiscais em prol da tributação gera o fomento econômico de bairros informais, possibilitando o investimento e urbanização das áreas de favelas e assentamentos precários. Infelizmente, parte-se do

¹⁸³ apud Registro de Imóveis, Rio de Janeiro, Forense, 1976

pressuposto que em razão das despesas cartorárias e tributárias, os imóveis que podem ser classificados como irregulares, assim permanecerão.

Relevante citar, neste momento, que a *constituição* do direito de laje poderá ocorrer de inúmeras formas, não obstante o art. 1.510-C do Código Civil citar o termo “*contrato*”. Portanto, há a possibilidade de constituição por sentença judicial, por negócio jurídico *causa mortis*, e por usucapião em qualquer de suas modalidades. Em especial no que diz respeito à usucapião Cristiano Chaves de Farias, Martha El Debs e Wagner Inácio Dias¹⁸⁴ explicam:

O procedimento para a usucapião foi simplificado e ficou mais célere. Todavia, a disposição que previa a anuência expressa do antigo proprietário (§2º do art. 216-A), dificultava a mudança. O dispositivo teve sua redação alterada pela Lei 13.465/2017 que assim viabilizou o instituto ao prescrever que o silêncio do titular será interpretado como concordância

Segue transcrição da parte final da primeira sentença do Tribunal de Justiça de Recife - PE que reconheceu a usucapião como aquisição do direito de laje¹⁸⁵:

TJPE – ACORDÃO 0071376-44.2013.8.17.0001

LOCALIDADE: Recife DATA DE JULGAMENTO: 14/07/2017 DATA DJ: 14/07/2017

RELATOR: Rafael de Menezes

LEI: CC/2002 – Código Civil de 2002 – 10.406/2002 ART: 1510-A Acessão construída na superfície superior de um imóvel. Presentão de aquisição da propriedade que se coaduna ao direito de laje, previsto no art. 1510-A do Código Civil. (Ementa não oficial).

ÍNTEGRA PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNANBUCO – JUÍZO DE DIREITO DA 26ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE RECIFE – SEÇÃO

184 FARIAS, Cristiano Chaves de; DEBS, Martha El; DIAS, Wagner Inácio. *Direito de Laje: do puxadinho à digna moradia* – 2. ed. rev. atual. e ampl. – Salvador. Editora: JusPodivm, 2018 p. 205

185 BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Acórdão 0071376-44.2013.8.17.0001. Juiz de direito: Rafael de Menezes. Disponível em: <[https://irib.org.br/app/webroot/files/downloads/files/Senten%c3%a7a-Usucapi%c3%a3o-Extraordin%c3%a1rio-Procendente-Direito-de-laje\(2\).pdf](https://irib.org.br/app/webroot/files/downloads/files/Senten%c3%a7a-Usucapi%c3%a3o-Extraordin%c3%a1rio-Procendente-Direito-de-laje(2).pdf)> Acesso em: 11 out 2021.

B. Processos nº 00027691-84.2013.8.17.0001, e nº 0071376-44.2013.8.17.0001.

(...)

Trata-se de julgamento simultâneo das Ações de Usucapião nº 00027691-84.2013.8.17.0001, e nº 0071376-44.2013.8.17.0001, reunidas por força de conexão. Ante o exposto, atento ao que mais dos autos consta e aos princípios de Direito aplicáveis à espécie, além de estar em conformidade com o art. 1.242 do Código Civil, julgo procedente o pedido formulado na Ação de Usucapião nº 00027691-84.2013.8.17.0001, para declarar a ocorrência da prescrição aquisitiva e, em decorrência, constituir o domínio da parte autora sobre o imóvel indicado na inicial, devendo esta sentença, juntamente com a sua certidão de trânsito em julgado, servir de título para a averbação ou registro (art. 172 da Lei de Registros Públicos) oportunamente, no Cartório de Registro de Imóveis competente, pagos os emolumentos e respeitadas as formalidades legais. Por outro lado, julgo improcedente o pedido de usucapião de formulado na Ação de Usucapião nº 0071376-44.2013.8.17.0001, ao tempo em que reconheço o Direito de Laje da casa 743-A à autora, nos termos do art. 1.510-A do Código Civil, devendo o imóvel referido ser registrado com matrícula própria, pagos os impostos e emolumentos e respeitadas as formalidades

legais.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Custas satisfeitas. Sem honorários. Após o trânsito em julgado desta decisão, arquivem-se

os autos. Recife, 14 de julho de 2017.

Rafael de Menezes

Juiz de Direito

Cabe aqui mencionar o enunciado do Conselho da Justiça Federal nº 627 da VIII Jornada de Direito Civil que recepciona a possibilidade de constituição da laje por meio da prescrição aquisitiva em suas espécies compatíveis, vale dizer ordinária, extraordinária,

especial urbana, coletiva ou extrajudicial - "O direito real de laje em terreno privado é passível de usucapião".¹⁸⁶

Finalmente, dada a autonomia conferida pelo art. 1.510-A, §5º do Código Civil aos Municípios e o Distrito Federal a fim de que possam dispor sobre posturas edilícias e urbanísticas associadas ao direito de laje, a realidade prática é o que mais se chama atenção haja vista a dificuldade de adequação normativa ao novo conjunto fático. É inegável que a instituição do direito de laje, ultrapassa a sua normatização: é necessário que os dispositivos legais andem em conjunto com o direito social e humanitário protegendo e garantindo o mínimo social da população de baixa renda tão defendido e exposto ao longo deste estudo.

4.1 O TRATAMENTO NORMATIVO DISPENSADO À LAJE ANTES DE SEU RECONHECIMENTO OFICIAL E A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA: BREVES CONSIDERAÇÕES

A inserção do direito real de laje no rol dos direitos reais no art. 1.225, XIII do Código Civil dividiu opiniões no âmbito jurídico. Isto porque, sem levar em conta as suas particularidades, a laje era interpretada e entendida pela jurisprudência brasileira como uma superfície em sobrelevação. Cabe aqui citar¹⁸⁷:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. "VENDA DE LAJE". DIREITO OBRIGACIONAL.

Ilegitimidade configurada diante da natureza do direito. **Direito de sobrelevação configurado, ainda que não disciplinado pelo Código Civil de 1916 ou de 2002.** Direito de natureza obrigacional. Desnecessidade de outorga uxória. Inexistência de nulidade, eis que não se trata de direito real, dispensando-se a escritura pública. Inexistência de descumprimento contratual, conforme prova pericial. (...) (grifou-se)

Categoricamente, a sua inserção no Código Civil como um direito *real* e a sua posterior conversão na Lei 13.465/2017 (Medida Provisória nº 759/16), deixa claro a opção do legislador em reconhecer a natureza real do direito de laje como um *direito autônomo*, afastando, portanto, as características de uma relação meramente obrigacional. Não há

¹⁸⁶ BRASIL. Conselho de Justiça Federal. VIII Jornada de Direito Civil. Enunciado 627. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1210>>. Acesso em: 19 nov 2021.

¹⁸⁷ TJRJ, 12ª Câmara Cível, Apelação nº 0003373-4.2010.8.19-28, Relator Desembargador Cherubin Schwartz, j. 12. Nov. 2013. Acesso: 11 out 2021.

mais razão para que se confunda, portanto, direito real de laje e o direito de superfície, visto que “não leva em consideração a autonomia e a extensão do novo direito real criado”¹⁸⁸.

De fato, a anomia jurídica em que se encontrava o direito de laje, era fruto do direito informal, fático e muito latente: construções irregulares, ausência de acesso á saneamento, saúde e, sobretudo, à moradia digna. O apartamento de um entendimento mais técnico sobre o tema confirmava a realidade dos assentamentos precários.

Com o fim de regulamentar diretrizes específicas de política urbana que trata os artigos 182 e 183 da CRFB/1988, surgiu o Estatuto da Cidade, 10.257, de 2001, que positivou as formas de aquisição da propriedade para regularização fundiária de interesse social e coletiva. Nesta seara, a revogada Lei 11.977 de 2009, que dispõe sobre o programa do Governo “Minha Casa, Minha Vida”, inaugurava mudanças relevantes quanto a legitimação da posse, incluída na alínea u do inciso III, do art. 4º do Estatuto da Cidade. Em seu art. 46 trazia o conceito de regularização fundiária¹⁸⁹:

Conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

Assim, apenas em 2016 surge a Medida Provisória nº 759 revogada pela presente Lei n. 13.465/2017 com o intuito de ampliar as medidas sanitárias e conferir uma maior regularização às áreas antes tidas como informais.

Relevante mencionar as modalidades de Reurb’s trazidas pela Lei 13.465/17: poderá ser Regularização Fundiária Urbana de Interesse Social (Reurb-S) ou Regularização Fundiária Urbana de Interesse Específico (Reurb-E). A primeira espécie é consagrada no art. 13, I do mesmo diploma legal sendo considerada aquela que se refere à “regularização

188 FIUZA, César Augusto de Castro; COUTO, Marcelo de Rezende Campos Marinho. *Ensaio Sobre o Direito Real de Laje como Previsto na Lei 13.465/2017*. In: *Civilística*. Disponível em:

<<http://civilistica.com/wpcontent/uploads/2017/12/Fiuza-e-Couto-civilistica-com-a.6.n.2.2017.pdf>.> Acesso em: 10 out 2021

189 BRASIL. *Lei nº 11.977 de 7 de Julho de 2009*. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm.> Acesso em: 10 out 2021

fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, assim declarados em ato do Poder Executivo municipal”¹⁹⁰. Já a segunda, conforme mandamentos do art. 13, II diz respeito a “regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados por população não qualificada na hipótese de que trata o inciso I deste artigo.”¹⁹¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do trabalho exposto, o objetivo do presente estudo é o de estabelecer a nítida e relevante relação existente entre o direito de laje e o direito social à moradia abarcado e defendido pela Constituição Federal em seu artigo 6º. Percebe-se que, embora seja um processo custoso, o acesso ao mínimo existencial não deve ser colocado em prática de qualquer forma.

É diante deste pressuposto que surge a instituição do direito real de laje como forma de atender à realidade brasileira manchada pelo déficit de moradia. Os dados estatísticos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística trazem à tona: os aglomerados subnormais – termo técnico utilizado pelo Instituto para referir-se às favelas - parecem ser a solução mais exequível para 11 (onze) milhões de pessoas no Brasil, de acordo com o censo realizado em 2010.

Assim sendo, diante do não reconhecimento oficial, era evidente o distanciamento entre o direito formal e o informal: o acesso à moradia é direito claro e expresso abarcado

¹⁹⁰ BRASIL. Lei nº 13.465, de 11 De Julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis nos 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm.> Acesso em: 11 out 2021.

¹⁹¹ Ibidem.

pela Constituição Federal, todavia, era o direito informal o legitimador do processo de favelização.

De fato, a normatização jurídica do direito real de laje pela Lei n. 13.465/2017 trouxe importantes soluções para as questões fáticas até então presentes o que não deixa de tornar sempre impreterível o avanço ao efetivo *acesso* à regularização fundiária, cumprindo o seu objetivo pleno de *socializar, regular e integrar*.

Logo, é imperioso que o arcabouço jurídico esteja constantemente sendo renovado e analisado sob o viés constitucional e social com o precípua intuito de permitir que a população brasileira de fato viva e alcance o que aquilo lhes é de direito: a moradia digna.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Acórdão 0071376-44.2013.8.17.0001. Juiz de direito: Rafael de Menezes. Disponível em: [https://irib.org.br/app/webroot/files/downloads/files/Senten%c3%a7a-Usucapi%c3%a3o-Extraordin%c3%a1rio-Procendente-Direito-de-laje\(2\).pdf](https://irib.org.br/app/webroot/files/downloads/files/Senten%c3%a7a-Usucapi%c3%a3o-Extraordin%c3%a1rio-Procendente-Direito-de-laje(2).pdf) Acesso em: 11 out. 2021

IBGE, CENSO 2010. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/2012->

[agencia-de-noticias/noticias/15700-dados-do-censo-2010-mostram-11-4-milhoes-de-pessoasvivendo-em-favelas.html](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/2012-agencia-de-noticias/noticias/15700-dados-do-censo-2010-mostram-11-4-milhoes-de-pessoasvivendo-em-favelas.html). Acesso em: 11 out. 2021.

Lei nº 6.015, de 31 de Dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 11 out. 2021.

Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 11 out 2021.

Medida Provisória nº 759, de 22 de Dezembro de 2016. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos

19assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal, institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União, e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2016/medidaprovisoria-759-22-dezembro2016-784124-exposicaodemotivos-151740-pe.html>. Acesso em: 26 set. 2021.

Lei nº 13.465, de 11 De Julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária

rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis

nos 8.629, de 25 de fevereiro de 1993 , 13.001, de 20 de junho de 2014 , 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011 ,10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm. Acesso em: 11 out. 2021

Registro de Imóveis, Rio de Janeiro, Forense, 1976

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direitos das coisas* – 28ª edição, vol. 4. Editoria: Saraiva

FARIAS, Cristiano Chaves de; DEBS, Martha El; DIAS, Wagner Inácio. *Direito de laje: do puxadinho à digna moradia* – 2ª Edição, JusPODIVM, 2018.FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: direitos reais* – 16. ed. rev., ampl e atual, vol. 5. Salvador. Editoria: JusPodivm, 2020

FIUZA, César Augusto de Castro; COUTO, Marcelo de Rezende Campos Marinho. *Ensaio Sobre o Direito Real de Laje como Previsto na Lei 13.465/2017*. In: Civilística. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/12/Fiuza-e-Couto-civilistica.com-a.6.n.2.2017.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021

GOMES, Orlando. *Direitos reais* – 21ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro. Editoria: FORENSE, 2012

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* – 23 ed – São Paulo. Editoria: São Paulo Educação, 2019

LIRA, Ricardo César Pereira. *Direito formal e direito informal nos centros urbanos brasileiros*. Revista de Direito da Cidade, vol. 7, nº 2, 2015

MAZZEI, Rodrigo. *Direito de Superfície*. Salvador: JusPodivm, 2013.

ROBERTO, Luis. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, op. cit.

TARTUCE, Flavio. *Manual de direito civil: volume único* – 11^a. ed. rev. atual e ampl. Editoria: Rio de Janeiro: Forense Ltda; São Paulo: MÉTODO, 2021

“STEALTHING”: ADEQUAÇÃO AO DIREITO PENAL COMO VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA A MULHER E A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO ABORTO LEGAL

RAFAELA BEATRIZ MARIANO COSTA:

Acadêmica do curso de Direito da Instituição de Ensino Superior Faculdade de Minas, FAMINAS-BH. 192

Resumo: O termo inglês Stealthing traduzido para o português como “furtivo”, refere-se à prática da remoção do preservativo durante a relação sexual sem o conhecimento e consentimento da mulher. Este ato pode trazer diversas consequências e riscos as vítimas como a gravidez indesejada, doenças sexualmente transmissíveis (DSTs) e danos psicológicos. Além de se colocar em pauta que no momento da retirada da proteção sem o consentimento da parceira, poderia ser considerado um crime sexual pelo vício de consentimento. Essa conduta vem sendo discutida em diversos países, ganhando notoriedade após o estado norte americano da Califórnia, reconhecê-lo como crime de agressão sexual, estabelecendo multa cível além do pagamento de indenização as vítimas. No Brasil o “Stealthing” não é tipificado no ordenamento jurídico nem há doutrina a este respeito, fazendo com que quem o pratica não seja responsabilizado, e conseqüentemente as mulheres que sofrem com esta violência não tenham amparo legal para lidar com suas implicações. O objetivo deste trabalho é verificar como o stealthing pode se enquadrar no direito penal brasileiro como violência sexual contra mulher e a possibilidade da aplicação da analogia para autorizar o aborto legal no caso de gravidez indesejada da vítima.

Palavras-chave: violência sexual, stealthing, aborto legal.

Abstract: The English term Stealthing, translated into portuguese as “furtivo”, refers to the practice of removing a condom during sexual intercourse without the woman's knowledge and consent. This act can bring several consequences and risks, such as unwanted pregnancy, sexually transmitted diseases (STDs) and psychological damage. In addition to putting on the agenda that at the time of withdrawal of protection without the consent of the partner, it can be considered a sexual crime for the vice of consent. This conduct has been evaluated in several countries, American notoriety from California, recognizing it as a fine crime of aggression in addition to sexual, establishing as a reference the North American crime of aggression of the payment of the North indemnity. In Brazil “Stealthing” is not typified in the legal ment nor is there in this regard, making it the practitioner not held accountable, and consequently the women who suffer from this violence did not suffer legal to deal with its sanctions. The objective of this work is to verify how stealthing can fit into Brazilian criminal law such as sexual violence against women and the possibility of

192 Acadêmica do curso de Direito da Instituição de Ensino Superior Faculdade de Minas, FAMINAS-BH. E-mail: adv.rafaelamariano@gmail.com.

applying the analogy to authorize legal abortion in the case of an unwanted pregnancy of the victim.

Keywords: sexual violence, stealthing, legal abortion.

1. INTRODUÇÃO

A liberdade sexual foi e é mutável no tempo, na medida em que os movimentos sociais e culturais conquistam espaços e direitos. A partir dos anos 1960, com a chamada “Revolução Sexual” houve modificações na concepção da moral tradicional, dos costumes e cultura quanto ao comportamento sexual da sociedade.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro passa por diversas alterações em sua redação para se adequar a essas transformações. O Código Penal em sua parte especial, traz no título VI os crimes contra a dignidade sexual, que teve sua redação modificada pela Lei nº 12.015, de 2009. Em sua redação originária, sua intitulação era “Dos crimes contra os Costumes”, dessa forma, “o legislador propunha-se à tutela do comportamento médio da sociedade, no que dizia respeito à ética sexual (segundo a moral média dos homens). [...] transmitia a impressão de que se procurava impor às pessoas um padrão mediano no que concerne à sua atividade sexual.” (ESTEFAM, 2022, p. 833).

Hoje, o Código Penal trata da defesa de bens jurídicos, de garantir a dignidade da pessoa humana e não a tutela de regras morais. Sendo a liberdade individual um dos bens jurídicos mais importantes da sociedade. A sexualidade se desvinculou do âmbito do casamento com o fim de cumprir com as obrigações conjugais e de procriação, e passou a ser inerente as necessidades fisiológicas e ao prazer humano, não se fazendo distinção entre relacionamentos heterossexuais ou homossexuais, bem como a existência de vínculo afetivo ou não para se ter uma relação sexual.

Contudo, com essa liberdade sexual, surgem também novos problemas e a necessidade de tutelar os direitos que são infringidos por eles. A relação sexual passa por diversas fases de consentimento, desde o início onde se aquiesce em iniciar a prática sexual ao fim do coito. A partir do momento em que há o dissenso de um dos parceiros nessas fases, e o ato permanece contínuo mesmo após essa resistência, existe a configuração de um crime.

Arelado a todo exposto, o risco de doenças sexualmente transmissíveis e a gravidez indesejada, tornou o uso de anticoncepcionais e preservativos masculinos ou femininos indispensáveis tanto nas relações casuais quanto nos relacionamentos afetivos, sendo a anuência do seu uso, uma das fases de consentimento para se iniciar e manter a relação sexual.

O stealthing é exatamente a quebra dessa fase de consentimento (que para a caracterização do crime é elemento objetivo do tipo penal e forma de excludente de

ilicitude) onde um dos parceiros, sem o conhecimento do outro, retira o preservativo após o início da prática sexual, prosseguindo o ato sem proteção, independentemente de anuência, expondo a vítima aos danos psicológicos e físicos que podem ocorrer através do ato.

Destarte, o presente trabalho de pesquisa através da metodologia descritiva e quantitativa bibliográfica, visa a adequação do *stealthing* como violência sexual contra a mulher e a possibilidade jurídica do aborto legal nos casos em que a prática tenha como consequência a gravidez indesejada da vítima. Uma vez que considerando as palavras de Cezar Bitencourt “quando a liberdade individual e, mais especificamente, a liberdade sexual forem desrespeitadas, sendo colocada em prática a violência sexual, a repressão estatal deve fazer-se presente, energeticamente, criminalizando e punindo sua transgressão.” (BITENCOURT, 2020, p. 45).

2.0 STEALTHING

O termo “*Stealthing*” palavra originária da língua inglesa, que significa “furtivo”, “dissimulação” e “ocultação” foi criado pela norte americana Alexandra Brodsky, advogada e pesquisadora do jornal de gênero e direito da Universidade da Columbia, “*Rape-Adjacent: Imagining legal responses to nonconsensual condom removal*” em artigo onde analisou relatos de vítimas que sofreram com essa agressão (PINHATA, 2020).

O *Stealthing* refere-se à remoção do preservativo durante a relação sexual sem o conhecimento e consentimento da parceira. O ato é inicialmente anuído, mas condicionado ao uso de preservativo, então o autor desse tipo de violência faz a vítima acreditar estar em um ato sexual seguro, e se utiliza da dissimulação para retirar a proteção sem a autorização.

Alguns pesquisadores estrangeiros consideram que a conduta do *stealthing* pode ser considerada como estupro, havendo condenação nesse sentido na Suíça, “O fundamento para essa decisão foi a condicionalidade do consentimento, ou seja, a vítima que estava praticando a relação sexual só havia consentido com a condição de que o preservativo fosse utilizado. A retirada do preservativo durante o ato sexual sem que a outra pessoa percebesse caracterizou um vício de consentimento que tornou criminoso um ato sexual até então indiferente em termos criminais.” (CABETTE; CUNHA, 2017)

A prática deste ato pode ser notoriamente considerada um crime contra a dignidade sexual, no entanto, no âmbito jurídico brasileiro não existe consequências para o autor da violência, pelo fato do *stealthing* ocupar um difícil campo de comprovação de consentimento. É importante salientar que a ocorrência de delitos sexuais não é dispensada somente as mulheres em se tratando de *stealthing* podem ocorrer também em relações

homossexuais, todavia, no presente estudo busca-se especificar as relações sexuais heterossexuais onde a vítima é a mulher.

O tema tem ganhado destaque e sendo debatido de forma global, depois que a advogada norte americana Alexandra Brodsky publicou um artigo que utilizou experiências de diversas mulheres que sofreram com essa prática, para defender a tese que se enquadraria em uma agressão sexual, que permitiria que o *stealthing* fosse processado com estupro. (BRODSKY, 2017).

No periódico científico, Brodsky, afirmou que existem grupos e comunidades na rede mundial de computadores onde pessoas que praticam esse crime se reúnem e compartilham informações acerca da retirada ou violação do preservativo durante a relação sexual, que apesar da sua conduta poder ser realizada por ambos os sexos, as mulheres são, em sua maioria, as potenciais vítimas dessa violência. (BRODSKY, 2017).

Através da repercussão do artigo nas redes sociais, diversas vítimas do *stealthing* se manifestaram publicamente compartilhando suas experiências, e assim, dando conhecimento a diversas pessoas que sofreram com essa violência, mas não tinham ciência que era considerado um abuso.

Exatamente pela falta de discussão sobre o assunto, e por ainda hoje não se constituir um crime tipificado no ordenamento pátrio, não se tem registro de quantas pessoas já passaram por essa situação, nem as consequências que o ato gerou em suas vidas. Esse tipo de violência está cada vez mais comum e presente nas relações entre jovens, tendo enfoque nas mulheres e homens em relações homossexuais.

No âmbito jurídico internacional, além da condenação do *stealthing* como estupro na Suíça, onde o autor foi condenado a pena de prisão por 12 (doze) meses por retirar a camisinha sem o consentimento da vítima, que em depoimento disse que: "*não teria feito sexo se soubesse que ele estava sem camisinha*". Recentemente, o estado norte-americano da Califórnia disciplinou no âmbito cível definindo o *stealthing* como ato ilegal de agressão sexual sujeito a condenação em indenização à vítima.

Quando se fala em *stealthing*, há de se considerar o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento basilar da República Federativa do Brasil, previsto no art. 1º, inciso III da Constituição Federal. Segundo Tavares (2018, p. 448), conforme citado por Miranda (1988, p. 170) "A dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas." Assim o que impede o homem utilizar sua capacidade de decidir, que interfira no seu intelecto racional, está ferindo este enquanto homem e afeta sua dignidade. (TAVARES, 2018).

Indispensável a prática do *stealthing* é discorrer deste princípio basilar da carta magna, que assegura o direito a liberdade, a dignidade sexual e ao planejamento familiar. Quando o autor dessa violência retira o preservativo sem consentimento da parceira, está ferindo o maior fundamento constitucional, razão esta que torna a temática tão relevante nos dias atuais.

A presente pesquisa visa o estudo do *stealthing* como violência sexual quando as vítimas são mulheres, com enfoque na consequência direta de gravidez indesejada e a possibilidade de sua interrupção legal.

2.1 *Stealthing* sob a ótica da violência sexual contra a mulher

Ao longo dos anos as mulheres ganharam espaço através de movimentos sociais, como as diversas ondas do movimento feminista no mundo. A luta pelos direitos e dignidade humana tem uma longa trajetória afim de reconhecimento e efetivação. Mesmo com a conquista de várias garantias, a violência representa uma das principais causas de morbidade e mortalidade no Brasil e no mundo.

A violência de gênero ainda é um impasse longe de ter efetiva solução. As mulheres diariamente são suscetíveis e submetidas a várias formas de abuso, muito atreladas as ideias patriarcais e papéis sociais que por muitos anos as colocaram a mercê da sociedade, sob o prisma de dominação e de satisfação sexual masculina durante a relação, o que tornou a prática do *stealthing* comum há várias décadas. As mulheres em situação de violência sexual experimentam sequelas físicas e psicológicas, tornando-as mais vulneráveis a diversos problemas de saúde. (BRASIL, 2005, p. 70)

As vítimas do *stealthing* são em sua maioria compostas por mulheres, uma vez que o autor do crime leva a parceira a acreditar estar em um ato sexual seguro, mas de forma dissimulada retira o preservativo e prossegue no ato quebrando uma das fases do consentimento. Nas entrevistas realizadas para o artigo de Brodsky (2017) algumas mulheres afirmaram que o constrangimento é tão grande que seria como um “quase estupro” em tradução livre.

A prática do *stealthing* pode trazer diversas consequências irreparáveis. Essa modalidade de violência sexual é um fenômeno universal que atinge mulheres de todas as classes sociais, etnias e culturas. Segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, no ano de 2021 no Brasil, foram registrados 56.098 boletins de ocorrência de estupros apenas do gênero feminino, considerando que no ano, a cada 10 minutos, uma mulher foi vítima de violência sexual.

Mediante os registros exorbitantes de violência sexual contra as mulheres no Brasil, e que estes números se referem a apenas 7% e 8% dos casos segundo pesquisa do Ministério da Justiça, atrelado ao fato de se ter disparidade comparado a outros países do

mundo. No âmbito interno, se vê a chamada “cultura do estupro” onde se tornou algo banal e até se justifica o crime com base em vestimentas das vítimas e a forma de se portar, banalizando as práticas de violação sexual.

Esses casos relatados de violência não correspondem a metade dos que ocorrem de fato, muitas vezes por medo e constrangimento das mulheres em denunciar os abusos. Nessas estatísticas a prática do *stealthing* também não é somada pelo fato de não ter tipificação criminal, por isso a relevância e extrema importância em se discutir esse crime nos dias atuais.

Neste diapasão, o *stealthing* no ponto de vista de violência sexual contra a mulher, além dos danos psicológicos e a possibilidade do contágio de uma doença sexualmente transmissível incurável como a Síndrome da Imunodeficiência Humana que é transmitida pelo vírus HIV (AIDS), o dano físico pode ter por fim a gravidez indesejada da vítima, que somente ocorreu pela retirada do preservativo feita sem seu consentimento durante a relação sexual que foi acordada mediante a proteção.

Dessa forma, se questiona qual seria o tratamento jurídico criminal para essa violência, como se daria sua regulamentação e amparo legal as vítimas mulheres do *stealthing*.

3.A ADEQUAÇÃO AO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O Direito Penal não pune o ato da relação sexual, pois tem o princípio que a intervenção penal deve ser mínima, assim tutelando bens jurídicos realmente relevantes para a sociedade. Partindo do pressuposto de liberdade, a dignidade sexual deve ser respeitada no âmbito da vida e intimidade privada de cada indivíduo, que pode explorar sua orientação sexual, tendo o poder de escolha de parceiros, e sem a associação do objetivo reprodutivo nem a interferência estatal, social, cultural ou religiosa.

Contudo, essa escolha “deve dar-se em âmbito de estrita legalidade, vale dizer, sem afronta a direito alheio ou a interesse socialmente relevante. Assim sendo, não se tolera a relação sexual invasora da intimidade ou vida privada alheia, sem consentimento, além do emprego de violência ou grave ameaça.” (NUCCI, 2014, p. 26). Com isso, tem-se a base que a partir do momento em que existe uma quebra de consentimento ainda que velada, o Estado deve intervir para tutelar a dignidade sexual da vítima.

No *Stealthing*, a relação sexual é consentida em seu início sob a premissa do uso do preservativo, porém no decorrer da relação sexual esse consentimento é eivado de vício a partir do momento em que o parceiro retira o preservativo sem a anuência do outro. Então, existe a caracterização de ato penalmente punível.

A prática do *stealthing* no Brasil ainda não se encontra tipificada no ordenamento jurídico apesar de estar ganhando notoriedade e ser conhecida. O fato é que não há muitos julgados nem denúncias neste sentido, e por isso a necessidade de se indagar qual seria a disposição legal para essa modalidade de violência, e como seria a sua adequação no Direito Penal.

É importante salientar que a Lei 11.340 de 2006 (Brasil, 2006), popularmente reconhecida como “Lei Maria da Penha” traz em seu artigo 7º formas de violência doméstica e familiar contra mulher. Neste sentido, a lei no inciso III do artigo poderia se considerar o *stealthing* como forma de violência doméstica, senão vejamos:

Art. 7º, III. a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, **que a impeça de usar qualquer método contraceptivo** ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos. (Brasil, 2006, grifo nosso).

Sendo assim, depreende-se que uma das adequações do *stealthing* ao Direito Penal seria como forma de violência doméstica e familiar contra a mulher, pois no ato da retirada do preservativo sem o consentimento da parceira, o autor impede a vítima de utilizar o método contraceptivo optado no início da relação sexual.

A Lei 11.340/06 condena a prática de negar o uso de preservativo, que pode ser utilizada em analogia ao *stealthing*, é uma forma de violência de gênero, prevendo como pena a prisão de até 3 (três) anos, podendo a forma de violência tratada no presente estudo, se enquadrar na lei em tela, quando se considera que a partir do momento em que o preservativo é retirado sem o consentimento da parceira, está sendo negado o direito de uso do contraceptivo.

Neste diapasão, em decisão do TJDF, mostra que a Lei Maria da Penha tem sido utilizada em casos semelhantes, como pode se notar:

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. AMEAÇA. VIAS DE FATO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PROVA DOCUMENTAL E ORAL. SUFICIÊNCIA. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. PENABASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. QUANTUM DE AUMENTO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Comprovadas a autoria e materialidade da conduta criminosa por meio da prova documental (portaria de instauração do inquérito policial, ocorrência policial e termos de representação e abertura de investigação em face do apelante) e oral (declaração extrajudicial de testemunha MARAGARIDA), revela-se perfeita a subsunção dos fatos à tipificação da violência doméstica contra a mulher ocorrida no âmbito de relação íntima de afeto, prevista nos artigos 147 do Código Penal e 21 Decreto-Lei 3.688.41, na forma dos artigos 5º E 7º DA Lei 11.340/2006, não havendo que se falar em absolvição do apelante por insuficiência de provas à condenação. 2. Em crimes ocorridos no contexto de violência doméstica, a palavra da vítima assume especial relevância, quando corroborada por outros elementos de prova. Soma-se a isso o próprio comportamento post factum, quando a vítima procura por proteção junto à autoridade policial e ao Poder judiciário – como por exemplo, representando contra o agressor e requerendo pela abertura de investigação e decretação de medidas protetivas – o qual delinea a evidência a prática delitiva. Precedentes. 3. “A exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da de 1/6 para cada vetor desfavorável, em situações nas quais não há fundamentação específica que justifique a necessidade de elevação superior a esse patamar” (Resp 1741828/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018). 4. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJ-DF 20171010028262 DF 0002760-27.2017.8.07.0010, Relato: MARIA IVATÔNIA, Data de Julgamento: 21/02/2019, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 26/02/2019. Pág.: 122/148).

O artigo supracitado é usado como fundamento para se caracterizar o crime. Fazendo com que a negativa do contraceptivo pelo parceiro se enquadre no crime de violência doméstica contra a mulher. E nessa linha, pode se usar nos casos de stealthing o mesmo dispositivo legal.

Outrossim, pode se considerar que o autor do stealthing tenha a intenção de transmitir uma doença sexualmente transmissível ao seu parceiro, a conduta poderia ser enquadrada na tipificação do crime de “perigo de contágio venéreo”, previsto no art. 130 do Código Penal, que consiste em expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, ao contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado. Neste sentido como disciplina Nucci (2022, p.573): “*Expor* significa colocar

em perigo ou deixar a descoberto. O objeto da conduta é o contágio de moléstia venérea (doença transmissível através de contato sexual).

O tipo penal tem o objetivo de tutelar a saúde e a vida humana. Para Alexandre Salim e Marcelo André de Azevedo (2017, p. 121) não é necessário para a classificação do delito que a vítima tenha conhecimento ou que possa saber da contaminação do parceiro, tendo sua consumação no momento em que a vítima é exposta. Mesmo com as adequações do *stealthing* nos tipos penais supracitados, no país, ainda não há condenações deste ato, que muito se deve ao desconhecimento acerca do assunto.

3.1 A caracterização como crime de violação sexual mediante fraude

Importante a discussão sobre o *Stealthing* como uma modalidade de estupro. Os crimes contra a dignidade sexual tipificados no Código Penal Brasileiro, pressupõe a violação da liberdade mediante violência ou grave ameaça, que é o estupro (art. 213), e a violação sexual mediante fraude (art. 215). Diferentemente da conclusão de pesquisa da advogada norte americana Blodsky no período científico, no Brasil, o *stealthing* não se enquadra na modalidade de estupro.

O crime de estupro previsto no ordenamento jurídico pressupõe que a vítima seja coagida, obrigada a realizar o ato sexual mediante violência ou grave ameaça. "A premissa do crime, portanto, é o dissenso da vítima, isto é, que o ato seja realizado contra a sua vontade" (GONÇALVES, 2022, p. 629). Na prática do *stealthing* a relação sexual é inicialmente consentida pelas duas partes, sem vícios, sob a premissa do ato ser realizado com o uso do preservativo, não havendo o pressuposto de violência ou grave ameaça, não se tipificando como estupro.

No Brasil, as decisões acerca do *stealthing* especificamente são recentes, não havendo ampla divulgação e discussão a respeito. Considerando o recente entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, o *stealthing* "pode caracterizar o crime de violação sexual mediante fraude, descrito no artigo 215 do Código Penal. O ato pune a conduta de ter relação íntima com alguém, por meio de engano ou ato que dificulte a manifestação de vontade da vítima." (TJDFT, 2021). Assim, o art. 215 do Código Penal, dispõe, *in verbis*:

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. (BRASIL, 1940).

A fraude é caracterizada por qualquer meio de dissimulação usado para que a vítima tenha a falta percepção da realidade, e consinta com o ato sem o conhecimento do que está realmente acontecendo. "Por meio de artifícios, o sujeito forja uma série de

circunstâncias que levam a mulher à convicção da legitimidade do ato ou fazem com que ela se engane.” (DAMÁSIO, 2020, p. 108).

No *stealthing*, o parceiro usa a fraude para ter a relação sexual com a vítima, utilizando do desconhecimento para praticar o ato sem proteção, violando o direito da mulher que somente consentiu com o ato mediante o uso do preservativo durante toda a relação sexual.

Apesar da conduta ter sido recentemente enquadrada no tipo penal de violação sexual mediante fraude pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ao se analisar todo o contexto e particularidades do *stealthing*, e a proporção do crime após o início dos estudos e publicidade onde se encontram cada vez mais vítimas, é imprescindível a tipificação específica do crime no ordenamento jurídico.

Recentemente, o deputado delegado Marcelo Freitas apresentou o Projeto de Lei 965/2022 que além de tipificar a conduta de remover propositalmente o preservativo durante o ato sexual, ou deixar de colocá-lo sem a anuência do parceiro, prevê a pena de reclusão de um a quatro anos, se o ato não constituir crime mais grave. Sendo assim, sem uma legislação específica tratando do tema, pessoas que, de fato, são abusadas sexualmente, continuarão sem o amparo que deveriam receber de nossa sociedade. (informação verbal).¹⁹³ Nota-se que o *stealthing* tem ganhado notoriedade e espaço dentro do ordenamento jurídico brasileiro, apesar de ainda estar no início do exame minucioso dessa modalidade de violência.

4.A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO ABORTO LEGAL NOS CASOS DE STEALTHING

Antes de tudo, é importante salientar que o Código Penal ao tipificar o aborto como crime, tem como escopo tutelar o bem jurídico da vida do ser humano ainda em formação. O tema do aborto ainda é polêmico e gera diversas discussões e manifestações sociais para a sua descriminalização e autorização legal, uma vez que não envolvem somente os aspectos jurídicos e de saúde, mas morais e até religiosos.

No julgamento do Habeas Corpus 124/306 RJ, o Ministro Roberto Barroso frisou a autonomia da mulher sobre o próprio corpo e a escolha quanto pese a permanência ou não da gestação, para Barroso não há necessidade de intervenção do Estado neste quesito:

Quando se trate de uma mulher, um aspecto central de sua autonomia é o poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas, inclusive a de cessar ou não uma gravidez. Como pode o Estado – isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito – impor a uma mulher, nas

¹⁹³ Fala do deputado Marcelo Freitas em apresentação do Projeto de Lei nº 965/2022.

semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida? (BARROSO, 2016).

Nesta seara, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 442) que tramita há mais de seis anos no Supremo Tribunal Federal discute sobre a legalização do aborto até a 12ª semana de gestação, mas ainda não há decisão pacificada sobre a temática.

O ordenamento jurídico brasileiro o tipifica como crime desde 1940. Hoje não é diferente, o Código Penal autoriza taxativamente o aborto legal somente nos casos previstos no art. 128, quais sejam:

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

I — se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II — se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 1940)

O aborto legal possui duas modalidades, que são doutrinariamente chamadas de aborto necessário e sentimental.

O aborto necessário também chamado de terapêutico é a hipótese do inciso I, do art. 128 do Código Penal, são necessários dois requisitos para que se exclua a ilicitude, o primeiro deles é que não haja outro meio senão o aborto para salvar a vida da gestante não sendo necessária a comprovação de risco atual. O segundo requisito é que este aborto seja realizado por um médico, com a ressalva de que se houver risco eminente para a gestante, a manobra abortiva pode ser realizada por qualquer pessoa sob a excludente de estado de necessidade de terceiro.

O inciso II, do art. 128 do CP, dispõe sobre o aborto sentimental ou humanitário. Nesta modalidade, há de se considerar três requisitos, sejam eles que a gravidez seja resultante de estupro, por se tratar de um ato de violência que ocasionou a gestação indesejada, esse aborto deve ser realizado com o consentimento da vítima ou de seu representante legal caso esta seja incapaz e que seja realizado por um médico.

Em nenhuma das modalidades de aborto legal é necessário a autorização judicial, bastando o convencimento do médico por exames realizados na vítima ou prova documental de processo penal em trâmite.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) defende o aborto como uma atividade de saúde essencial. No país, as vítimas de estupro respeitando o tempo máximo permitido de 20 semanas ou de 22 semanas caso o feto pese menos de 500 gramas, ou gestantes com

risco de vida que se enquadrarem nos casos previstos em lei, possuem direito a realizar a manobra abortiva de forma gratuita e segura pelo Sistema Único de Saúde (SUS), conforme as garantias postas na Lei nº 12.845/2013.

Outrossim, a lei supracitada, também conhecida como Lei do Minuto Seguinte, no art. 2º considera a violência sexual como qualquer forma de atividade sexual não consentida.

Em que pese à pesquisa em tela, o *stealthing* ainda não é considerado uma forma de violência sexual, mas tem como premissa a ausência consentimento da vítima durante a relação sexual. Para os resultados do presente artigo, há de considerar a possibilidade do uso da analogia ao estupro nos casos de *stealthing* para a realização do aborto sentimental as vítimas dessa violência.

4.1 A possibilidade de utilização da analogia para autorizar o aborto legal em vítimas de *stealthing*

Como anteriormente posto, o aborto legal precede requisitos taxativos em lei para sua autorização. O *Stealthing* como uma modalidade de violência sexual ainda não foi tipificado no ordenamento jurídico, não sendo legal a manobra abortiva nesses casos. A viabilidade para a prática não ser criminalizada, seria através do uso da analogia.

Para se discutir sobre a aplicação da analogia no *stealthing*, é necessário dispor sobre seu conceito, nas palavras de Pacelli e Callegari (2020, p. 127):

A analogia é o exemplo por excelência da autointegração. Por meio dela, uma situação da vida não regulada, isto é, não prevista em nenhuma das normas do ordenamento, será resolvida com base em outra, instituída para situação diversa. Obviamente, para que se possa recorrer à analogia, e como a própria expressão indica, é preciso que haja uma grande proximidade entre a situação regulada e a outra, carente de norma específica. A aplicação da analogia não pode ser arbitrária; impõe-se uma identidade ou uma semelhança relevante entre *os fundamentos* da norma existente a ser aplicada e a *necessidade* de regulação. Ou, na fórmula latina: *ubi eadem ratio, ibi eadem iuris* (onde a mesma razão, o mesmo direito).

Como se depreende, a analogia é aplicada mediante situações onde não há regulamentação legal e existe uma similaridade entre os casos. Um dos exemplos onde se é aplicada é no caso do art. 128 do Código Penal, onde existe a pré-disposição do aborto ser realizado por um médico, mas em se tratando de situação em que não era possível e a vida gestante corria risco atual, a manobra é realizada por uma dola, ou enfermeira, se utiliza da analogia para não se incriminar o ato.

O Código Penal permite o aborto nos casos em que a gravidez seja resultado de estupro, e este é caracterizado quando o agente constrange alguém mediante violência ou grave ameaça a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique um ato libidinoso, segundo o art. 213 do dispositivo legal mencionado. O estupro é crime hediondo, insuscetível de fiança, graça e indulto.

Diferentemente do Stealthing, o estupro pressupõe violência e grave ameaça, naquele, a vítima consente com o ato sexual mediante o uso de preservativo e se tem a quebra do consentimento no momento em que o autor o retira sem sua anuência. Já neste, o autor obriga a vítima a praticar o ato sexual usando a força ou a ameaçando.

No âmbito internacional, houve a aplicação da analogia para condenar um homem a prisão pela prática do stealthing, que consistiu em furar o preservativo antes da relação sexual com a mulher, tendo pena de quatro anos de prisão na Inglaterra. Contudo, não há julgados nacionais que utilizem da analogia para equipar o stealthing ao crime de estupro.

Em decisão recente do TJDF, o colegiado da 7ª turma cível entendeu que a partir do momento em que o consentimento a cerca do preservativo é quebrada, e se força a relação sexual é caracterizado o abuso sexual, e conseqüentemente as disposições legais do estupro. Autorizando então a realização do aborto legal e seguro:

REMESSA NECESSÁRIA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. VIOLÊNCIA SEXUAL. GRAVIDEZ. REALIZAÇÃO DE ABORTO HUMANITÁRIO NA REDE PÚBLICA DE SAÚDE. CP, ART. 128, II. POSSIBILIDADE. DIREITO À SAÚDE. DEVER ESTATAL.SENTENÇA MANTIDA. 1. Cabe ao Estado prestar assistência integral à mulher em situação de gravidez decorrente de violência sexual, por meio de um atendimento emergencial, integral e multidisciplinar em todos os hospitais integrantes da rede o Sistema Único de Saúde- SUS, visando o controle e ao tratamento de agravos físicos e psíquicos decorrentes da violência, além do encaminhamento aos serviços de assistência social, compreendendo a profilaxia as gravidezes nas hipóteses legais (CRFB, arts. 196 e 197; LODF, arts. 204 e 207, XV; Lei n. 12.845/13). 2. A situação descrita configura o fato típico previsto pelo art. 213 do Código Penal, haja vista que, embora o ato sexual tenha sido inicialmente consentido com o uso de método contraceptivo, deixou de sê-lo no momento em que o agressor retirou o preservativo (?stealthing), obrigando a vítima a continuar a relação sexual, sendo legítima a postulação para realização do aborto humanitário, com fulcro no art. 128, II, do Código Penal, não

podendo o Estado se furtar desse direito. 3. Remessa necessária desprovida.

(TJ-DF 076032091120198070016 – Segredo de Justiça 0760320-91.2019.8.07.0016, Relator: LEILA ARLANCH, Data de Julgamento: 28/10/2020, 7ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no PJe: 20/11/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.

Portanto, conclui-se que para a autorização do aborto legal nos casos envolvendo *stealthing*, é necessário os requisitos previstos em lei para a caracterização do estupro, e como nesta prática não existe a ação de violência ou grave ameaça, não há como se assemelhar ao crime de estupro previsto no Código Penal. Assim, a prática do *stealthing* que consiste na retirada do preservativo sem o consentimento da parceira, e que tenha como resultado a gravidez indesejada, não preenche os requisitos para a utilização da analogia ao estupro e sim a analogia ao crime de estelionato sexual disciplinado no art. 215 do CPP, sendo este, não enquadrado nas hipóteses legais de aborto.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prática no *Stealthing* que consiste na retirada do preservativo sem o consentimento da parceira ou parceiro durante a relação sexual que somente foi consentida mediante o seu uso não surgiu nos dias atuais, apesar de sua discussão ganhar notoriedade e espaço nos campos jurídico e sociais de forma global com artigos científicos, decisões judiciais e condenações a prisão no exterior.

O termo que ainda não possui tradução no português surgiu nos Estados Unidos, e se propagou após Alexandra Brodsky, advogada norte americana, publicou um artigo dispondo sobre o tema e relatando casos reais de vítimas, o equiparando ao crime de violação sexual. No Brasil, ainda pouco discutido e difundido nas doutrinas e jurisprudencialmente, este ato não é tipificado no ordenamento jurídico, tampouco prevê garantias e direitos as vítimas que passam pela situação e lidam com as sequelas temporárias ou permanentes do *stealthing*.

O desenvolvimento deste estudo demonstrou e possibilitou a análise do *stealthing* em diversos aspectos, chegando ao resultado que esta prática é uma forma de violência sexual, ferindo um dos fundamentos basilares da carta magna: a dignidade da pessoa humana, e traz diversas consequências físicas e psicológicas, o ato é precedido pela quebra de uma das fases de consentimento e confiança durante a relação sexual.

O *stealthing* pode se enquadrar no âmbito jurídico em algumas tipificações penais, sejam elas a negativa do uso do preservativo previsto no art. 7º, III, da Lei 11.340 de 2006 (Lei Maria da Penha) que pode se utilizar quando o parceiro pratica o *stealthing* e não

permite que a mulher utilize métodos contraceptivos; pode se enquadrar no art. 130 do CP quando a intenção do autor é transmitir uma doença sexualmente transmissível ao parceiro e se retira o preservativo sem o conhecimento da vítima incorrendo o perigo de contágio venéreo, e por fim e o mais aceito no campo jurisprudencial é seu enquadramento no delito do art. 215 do CP, a violação sexual mediante fraude.

Como resultado desta pesquisa também se conclui que há a impossibilidade de se utilizar da analogia ao delito de estupro, uma vez que é indispensável o requisito de o ato seja praticado com violência ou grave ameaça a pessoa para forçar ao ato sexual ou libidinoso. E no *stealthing* a relação sexual é consentida, possuindo vício de consentimento após o seu início, o parceiro usa a fraude para ter a relação sexual com a vítima, utilizando do desconhecimento para praticar o ato sem proteção.

Contudo, em decisão recente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, entende que a partir do momento da falta de consentimento e a parceira percebe a retirada do preservativo e é obrigada a permanecer no ato sexual, a conduta passa a se enquadrar no delito de estupro. Sendo necessário analisar o dolo nas condutas de *stealthing* para se enquadrar nos delitos previstos em lei.

Conclui-se que é necessário que se acrescente a tipificação do *stealthing* como crime próprio no ordenamento jurídico brasileiro em que pese os dispositivos do título VI do CP que formam os crimes contra a dignidade sexual, para a segurança jurídica e proteção legal das vítimas.

A possibilidade jurídica do aborto legal neste diapasão quando do ato se tem uma gravidez indesejada utilizando da analogia ao crime de estupro é inviável nestes casos, uma vez que não há os requisitos essenciais para sua caracterização. E inclusão do *Stealthing* dentro do rol de situações que autorizam o aborto sentimental ainda é um assunto rígido que carece de estudos aprofundados e pesquisas neste sentido. Assim, os resultados finais não são suficientes sendo necessária a continuação do estudo, e a publicação de materiais que auxiliem na compreensão deste tema multidisciplinar que não envolve somente o campo do direito, mas também da saúde.

As vítimas do *stealthing* podem sofrer diversos danos psicológicos e físicos gerados por essa quebra de confiança, e independentemente destes danos serem mais graves ou não, há necessidade do enquadramento da conduta criminosa ao agente e do acolhimento médico e psicológico a estas pessoas.

Finalizando, a temática é nova e caberá aos legisladores, com fulcro na pesquisa, doutrina e jurisprudência, a análise e consolidação para eventual solução, utilizando dos campos do direito, medicina e psicologia para atender as necessidades de criminalização,

mas também a garantia de direitos que assegurem as vítimas o tratamento psicológico, e físico que o stealthing traz como consequência,

REFERÊNCIAS

ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Especial – Arts. 121 a 234-C** – v. 2. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. P. 833.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; CUNHA, Rogério Sanches. **Qual o tratamento penal para o “stealthing” no Brasil?** Jus Brasil. Mai. 2017. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/454526857/qual-o-tratamento-penalpara-o-stealthing-no-brasil>. Acesso em: 11 mai. 2022.

BRODSKY, Alexandra. **“Rape-Adjacent”: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal.** Vol. 32, Nº 2. Columbia Journal of Gender and Law. 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2954726. Acesso em 11 mai. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Área Técnica de Saúde da Mulher. Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes. 2. ed. Atualizada e ampliada. Brasília: Ministério da Saúde: Norma Técnica, 2005.

PINHATA, Thaís. **Remover o preservativo durante a relação sexual sem o consentimento é crime.** 2020. Disponível em: <https://www.justificando.com/2020/03/18/remover-o-preservativo-durante-a-relacao-sexual-sem-o-consentimento-e-crime/>. Acesso em: 11 mai. 2022.

Violência contra mulheres em 2021. **Secretarias Estaduais de Segurança Pública e/ou Defesa Social.** Fórum Brasileiro de Segurança Pública. 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/03/violencia-contra-mulher-2021-v5.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2022.

PACELLI, Eugênio. **Manual de direito penal: parte geral.** – 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. p. 127.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual.** - 5. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, out./2014.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a **violência doméstica e familiar contra a mulher**, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá

outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em 14 mai. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 16 mai. 2022.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes contra a dignidade sexual até crimes contra fé pública – Coleção Tratado de Direito Penal Volume 4** – 14. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. – 18. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal: Parte Especial**; coord. Pedro Lenza. – 12. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

STEALTHING. TJDF, 2021. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/stealthing>. Acesso em: 16 mai. 2022.

TJDF autoriza realização de aborto seguro em vítima de "stealthing". 2020. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2020/dezembro/tjdft-confirma-que-df-proceda-aborto-seguro-em-vitima-de-violencia-sexual-201cstealthing201d>. Acesso em 23 mai. 2022.

HOMEM é condenado na Inglaterra por furar camisinha antes de relação sexual: Criminoso, um condutor de trem que tem 47 anos, usou um alfinete para furar o preservativo em 2018, mas só confessou o crime recentemente. Ele ficará quatro anos preso por estupro; promotor descreveu crime como 'pura maldade'. [S. l.], 5 out. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/10/05/homem-e-condenado-nainglaterra-por-furar-caminsinha-antes-de-relacao-sexual.ghtml>. Acesso em: 23 mai. 2022.

JESUS, Damásio de. **Parte especial: crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a paz pública – arts. 184 a 288-A do CP**. – Direito penal vol. 3 – 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. – 38. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma) **HC 124306** – DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em 23 mai. 2022

AMAR É PRECISO: A IMPORTÂNCIA DO AFETO PARA A CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

FLAVIA AUGUSTA RODRIGUES GARCIA:

Advogada Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-Graduada em Direito Contemporâneo com ênfase em Processo Civil pela Universidade Cândido Menezes e em Direito Tributário pela Faculdade Cidade Verde. Atualmente Pós-Graduada em Direitos Humanos e Políticas Públicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.¹

RESUMO194: O presente artigo pretende demonstrar a relevância do afeto para as crianças enquanto seres em desenvolvimento e a repercussão de sua ausência na vida adulta, especialmente no que tange ao convívio com outras pessoas. Visa demonstrar que o princípio da afetividade para criança decorre da dignidade da pessoa humana, garantida constitucionalmente, cuja proteção foi ampliada pela Lei 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente ao consagrar a integral proteção da criança. Evidencia, por meio de alguns estudos psicológicos sobre o tema, a relevância do afeto no ambiente familiar para uma criança e suas reflexões no mundo jurídico, tanto sob a perspectiva doutrinária quanto jurisprudencial. Por fim, o objetivo é analisar a necessidade de intervenção do Estado para garantir o melhor interesse das criança, especialmente no que tange a omissão dos pais em cumprir as disposições normativas, o que se dá por meio de políticas públicas para fomentar o desenvolvimento saudável das crianças com sua consequente repercussão sobre a violência, tanto no ambiente familiar quanto no convívio em sociedade.

Palavras-Chave: Criança. Dignidade da Pessoa Humana. Proteção integral Afetividade. Intervenção Estatal.

1.INTRODUÇÃO

194 Artigo apresentado originalmente ao CONJURI - Estudo Jurídicos Integrados de Maringá em homenagem ao Professor dr. Wanderlei de Paula Barreto. 340 ed.Maringá: CANIATTI, v., p. 43

Este estudo tem como objetivo demonstrar a importância do afeto no seio familiar para o desenvolvimento pleno do indivíduo. Demonstrando que o princípio da afetividade é uma decorrência da interpretação da dignidade da pessoa humana em conjunto com a proteção integral da criança, o objetivo principal do presente trabalho é demonstrar se existem consequências danosas à sociedade e para a própria criança que cresce em uma família sem a presença do afeto.

Considerando que a convivência em família é a primeira experiência em coletividade do indivíduo e que o aprendizado repercutirá em sua convivência social, é necessário analisar a importância da atuação estatal dentro dos lares para assegurar a efetivação do direito ao afeto porquanto estudos psicológicos que apontam que a falta de afeto pode repercutir de forma negativa na vida adulta.

2.A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: CONTEXTUALIZAÇÃO E CONCEITO

O constitucionalismo na atualidade é voltado formalmente à persecução de direitos individuais e coletivos, pois a Constituição Federal de 1988 elencou amplo rol de direitos fundamentais e afirmou em seu 1º artigo que está fulcrada no princípio da dignidade da pessoa humana, princípio que deve ser entendido como prerrogativa de toda e qualquer pessoa humana, sem distinções, e sem o qual não é possível estabelecer qualquer ordem jurídica.

Em que pese a positivação da dignidade da pessoa humana ser relativamente recente, o conceito é histórico, passando por grandes modificações e evoluções no transcorrer do tempo. Não é possível apurar fielmente como surgiu tal princípio, mas esse perpassou desde a antiguidade pelo pensamento filosófico, político, religioso, até vir a receber a proteção jurídica como princípio essencial do ser humano.¹⁹⁵

Na Grécia Antiga, a dignidade da pessoa humana não podia ser dissociada da posição social do indivíduo, pois quanto maior o seu *status* e função ocupada diante da sociedade, mais digno o homem era. Tal pensamento enunciava uma medida para dignidade, que era condicionada à fatores econômicos, políticos e sociais.¹⁹⁶ Já na perspectiva cristã apontada por Ingo Sarlet, a dignidade da pessoa humana poderia ser observada a partir do pensamento de criação divina abordado na Bíblia sagrada, por

195 SIQUEIRA, Alessandro Marques de. **Dignidade da pessoa humana**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 82, nov2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8510&n_link=revista_artigos_leitura.

196 KUMAGAI, Cibele; MARTA, Taís Nader. **Princípio da dignidade da pessoa humana**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830.

meio da premissa: “o homem é a imagem e semelhança de Deus”, por isso era possível perceber, mesmo que intrinsecamente, uma valoração a todos os seres por sua origem superior, bem como a igualdade entre eles, ao dar essa origem divina a todos sem qualquer distinção.¹⁹⁷

Ainda no pensamento cristão, não poderia o ser humano ser considerado de forma meramente material, por possuir corpo e alma, assim deveria ser considerado como ser com espírito, dando à dignidade um sentido inviolável.¹⁹⁸ Com a evolução de pensamento e mudanças de paradigmas ocorreu a laicização do Estado que levou à racionalização do pensamento e, diante disso, a dignidade da pessoa humana passou a ser analisada filosoficamente, ou seja, de modo mais racional.¹⁹⁹

As maiores contribuições filosóficas sobre a dignidade da pessoa humana são atribuídas a Immanuel Kant em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*, em que já declarava: “No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo o preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade”.²⁰⁰

Para o filósofo, o homem, diferente das coisas, não tem preço, não há como quantificá-lo, pois não é possível sua substituição em equivalência de valores. Tal conceito filosófico se estende no tempo e deve ser considerado até os dias de hoje, já que a dignidade da pessoa humana deve ser, em meio a esse capitalismo pujante, o diferenciador principal entre coisas, quantificáveis e entre pessoas, distintas entre si, mas, iguais em respeito e dignidade, simplesmente pela sua condição de ser humano e por seu imensurável valor, que não tem preço.²⁰¹

197 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 29-37.

198 ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da Dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, Biblioteca de Teses, 2001. p. 22-30.

199 MORGADO, Gerson Marcos. **A importância do cristianismo para a concepção da dignidade da pessoa humana e para a universalização de sua consciência**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3804, 30 nov. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/26022>.

200 KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor, 2006. p. 67.

201 MARTINS JÚNIOR, Lázaro Alves. **O princípio da dignidade humana como fundamento para a legislação supranacional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2605, 19 ago. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/17217>.

É certo que essas fases foram determinantes para construir o conceito de dignidade da pessoa humana que encontramos nos dias de hoje, mas conceituá-la não é uma tarefa simples em razão de sua subjetividade e amplitude, não sendo possível apresentar um conceito absoluto a seu respeito. A dignidade foi uma construção histórica na busca da proteção dos homens enquanto seres diferentes, mas merecedores de igual consideração, tanto entre os próprios homens como pelo Estado, independente de qualquer circunstância extrínseca, por isso ao homem é atribuído um valor supremo, qual seja, a dignidade.²⁰²

A dignidade da pessoa humana, reconhecida pela Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos da República, deverá ser observada e respeitada em qualquer lugar onde se encontre o homem, posto que dele é indissociável. Toda relação, quer jurídica ou não, deverá ser baseada por tal princípio, pois é concernente à pessoa, seja inserida na coletividade ou no seio familiar.²⁰³

No que toca a entidade familiar, dada a sua relevância na sociedade, a Constituição Federal cuidou ainda, em seu artigo 226 parágrafo 7º, de reiterar a dignidade da pessoa humana como seu alicerce. Tal reafirmação é consequência lógica da proteção especial prometida no *caput* do artigo, vez que é impossível falar em proteção, seja ao ser individualmente considerado, seja inserido num contexto familiar, sem dar-lhe o mínimo de dignidade e respeito. A definição de dignidade no contexto do ambiente familiar ainda pode ser ampliada, decorrendo implicitamente dela diversos outros princípios como: a solidariedade, respeito e confiança.²⁰⁴

O conceito de família sofreu drásticas mudanças com a queda do patriarcalismo, posto que antes o núcleo central que interligava os membros de uma mesma família girava em torno do patrimônio. O sistema patriarcal tem como suas principais características o papel secundário da mulher dentro do âmbito doméstico, a autoridade exercida com exclusividade pelo *pater*, além da diferenciação entre os filhos de origens não biológicas ou unilaterais.²⁰⁵

202 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social**. Revista Interesse Público. São Paulo: Notadez, 1999. p.26.

203 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 2 ed, revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002. p. 62.

204 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 38-50.

205 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Educação: o ensino do direito de família no Brasil**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Repensando o Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 309-324.

Na ordem jurídica brasileira a Lei n. 6.697 de 1979, denominada de Código de Menores, foi o primeiro passo dado para a proteção integral da criança ao considerá-la como ser dotado de direitos, enunciando, por exemplo, o direito sucessório em caso de adoção. A necessidade desta lei foi percebida pelo legislador ao notar o crescente número de menores abandonados nas ruas, conhecidos como menores “delinquentes”, mas essa lei tinha como finalidade a segurança pública e não a proteção integral dessas crianças, conhecidas como “irregulares”.²⁰⁶

O ordenamento jurídico acompanhou a evolução social, trazendo conceitos novos que demonstravam a clara desbiologização do direito de família, e a Constituição foi com certeza um marco histórico, rompendo radicalmente conceitos preconceituosos arraigados em nossa ordem jurídica, ao conferir maior proteção a entidade familiar com igualdade plena entre filhos, homens e mulheres, dando assim dignidade da pessoa humana aos seres individualmente dentro de suas famílias qualquer que fosse a origem.²⁰⁷

A sujeição das crianças, inseridas em tais modificações familiares passou da denominação pátrio poder, em que a autoridade paternal era absoluta dentro do lar, para a era do poder familiar, adotado pelo novo Código Civil em 2002. O que se notou não foi apenas uma alteração da nomenclatura, mas uma alteração da relação entre a criança e o seu responsável²⁰⁸, o pátrio poder familiar, a consequência, é a exigência de submissão das crianças em relação às vontades dos pais, excluindo seus direitos individuais enquanto seres em desenvolvimento e as tratando como mero “prolongamento narcísico” de seus genitores, um instrumento de realização para eles, não visando vontades para as próprias crianças, tal conceito totalmente ultrapassado desconsidera por completo a dignidade da pessoa humana inerente à criança, da qual decorre seu direito a respeito e igualdade.²⁰⁹

É na materialização à dignidade da pessoa humana das crianças e adolescentes que hoje a doutrina nos traz como melhor definição a esse poder familiar a denominação

²⁰⁶ ARAÚJO, Denilson Cardoso de; COUTINHO, Inês Joaquina Sant'Ana Santos. **80 anos do Código de Menores. Mello Mattos: a vida que se fez lei.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1673, 30 jan. 2008. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/10879>.

²⁰⁷207 CHINELATTO. Silmara Juny de Abreu e Outros. **Direito de Família no Novo Milênio.** São Paulo: Atlas, 2010.

²⁰⁸ COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **Função Social da Autoridade Parental: Algumas Considerações.** Revista Síntese de Direito de Família, São Paulo: Volume 13, no. 67, ago./setembro 2011.

²⁰⁹ ROENINGA, Giselle Câmara. **O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade.**In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). Família e dignidade humana – Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo/Belo Horizonte: IOBThomson/IBDFAM, 2006. p. 452.

“função social da autoridade parental” tendo em vista que tal “poder” deve ser exercido sempre pró-interesses, realizações dos filhos preponderando, e não o contrário, tendo em vista a vulnerabilidade moral, psicológica e até mesmo física das crianças enquanto seres em evolução, merecendo diferenciada proteção nos seus direitos, buscando acima de tudo o “melhor interesse da criança e adolescente”.²¹⁰

Adentrar no mérito da dignidade da pessoa humana no âmbito doméstico é dar ainda mais complexidade e abrangência a seu conceito, considerando que essa dificuldade de conceituação ainda é ampliada em lares que guardam em sua composição crianças e adolescentes, pois a dignidade deve ser analisada conjuntamente à proteção integral da criança. Para criança enquanto ser em desenvolvimento é necessário muito mais do que casa, roupa e alimentação. Considerando a importância do afeto na vida de uma criança, este, pode ser determinante em sua formação, por conseguinte é certo dizer que aos pais existe o dever de afeto em relação a seus filhos menores.

3.DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E A PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA

Com esteio na dignidade da pessoa humana surge o princípio da afetividade no âmbito doméstico. Como consequência, o afeto que por muito foi matéria inexistente para o direito, passou a ser observado como um fato jurídico relevante.

O código civil 2002 ampliou a possibilidade de reconhecimento de parentesco por origem diversa à biológica como se vê no artigo 1593 “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem” desta maneira, o legislador deixou evidente a possibilidade de reconhecimento familiar de origem sócioafetiva.

O direito de família, assim como o direito da criança e do adolescente, vive em constante mutação, mas existem alguns princípios concernentes a eles que são indiscutíveis, independentemente de qualquer relação extrínseca, como é o caso da proteção integral da criança. Tal princípio deve ser analisado sob a ótica constitucional da dignidade, e foi dessa análise que surgiu principio da afetividade.²¹¹

Por muito tempo o afeto foi preocupação apenas da educação e da psicologia, mas, passou a ser reconhecido pelo mundo jurídico como desdobramento implícito da dignidade da pessoa humana.²¹² O indivíduo é movido pelo sentir, sendo certo que este serve como delineador da maneira como agirá com os outros, por isso é comum vermos

²¹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil:Famílias**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 292.

²¹¹ SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 49.

²¹² MADALENO. Rolf. **A multa afetiva**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=52>.

crianças tomando das mais variadas atitudes desde violência física, psicológica, moral à desobediência em um clamor por atenção, ou seja, em busca de afeto. Aos adultos cabe não apenas alimentar seus filhos, mas lhes transmitir carinhosamente parâmetros morais e psicológicos suficientes para que eles cresçam como adultos íntegros.²¹³

É indubitável que as necessidades do ser humano vão muito além das físicas, na medida em que o que nos diferencia dos outros animais é a nossa racionalidade e dela decorre o sentimento, este que é ainda mais importante na fase de formação das crianças. A afetividade em nada se confunde com laços biológicos, pois não são poucos os casos em que presentes o vínculo sanguíneo, dentro da convivência familiar percebe-se que não há qualquer solidariedade recíproca ou afeto voltado à criança. Esta falta de atenção reflete no adulto e se manifesta em muitos casos com revolta e violência devolvida à sociedade, ou no próprio seio doméstico.²¹⁴

Existem, no âmbito da psicologia, diversos estudos que comprovam os malefícios trazidos pela falta de afeto num lar sadio à criança e ao adolescente na composição de sua consciência. Esta deficiência diminui a autoestima da criança e é por muitas vezes o fator determinante na promoção da violência no futuro. Nessa linha de pesquisa René Spitz, em 1945, desenvolveu um estudo de comparação “de desenvolvimento psicoafetivo” de crianças dentro de penitenciárias junto a suas mães presas e de crianças criadas em orfanatos, com os cuidados físicos necessários, porém, sem afeto.²¹⁵

Os resultados apontados por tais estudos foram alarmantes, dentre as crianças carentes de afeto que moravam nesses abrigos, 40% das que contraíam doenças tipo sarampo morriam, pois, concluiu-se que a ausência de contato físico impedia o desenvolvimento celular. Tal constatação foi denominada por ele de “síndrome do hospitalismo” que demonstrou a ligação direta entre o retardo no desenvolvimento infantil e a afetividade recebida, já nas crianças não separadas de suas mães nos presídios, tal síndrome só pôde ser percebida quando essas crianças vinham a ser separadas do seio materno e colocadas em casas específicas.²¹⁶

213 SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 50-53.

214 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio Jurídico da Afetividade na filiação**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15144-15145-1-PB.htm>

215 BOWLBY, John. Separação. **Da trilogia apego e perda**. São Paulo: Martins Fontes, 1984. v.3. p. 55.

216 BOING, Elisângela; CREPALDI, Maria Aparecida **Os efeitos do abandono para o desenvolvimento psicológico de bebês e a maternagem como fator de proteção**. *Estud. psicol.* Campinas, 2004. v. 21. p. 211-226.

Após esse estudo, vários outros surgiram no mesmo esteio de investigação, alguns especialmente relevantes para o mundo jurídico, Bowlby, Rutter e Zannon, descobriram uma ligação entre a delinquência e a falta de amor, mostrando que o abandono é um fator preponderante de risco ao desenvolvimento, se fazendo necessário uma intervenção psicológica para conter os abalos, evitando maiores problemas sociais no futuro²¹⁷

Não poderia o direito se manter alheio ao amor dentro do ambiente familiar se sua falta traz consequências tão relevantes ao pensar pela perspectiva jurídica, por isso vários autores se dedicaram a explorar o assunto pelo panorama do direito, e puderam inferir o princípio da afetividade como desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, dando especial importância a ele e o valorizando nas relações familiares enxergando-o sob a ótica da proteção integral da criança.²¹⁸

Ainda na dimensão do direito, o Promotor da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Patos de Minas – MG, Jaques Souto Ferreira, em seus anos de trabalho analisou o perfil dos menores infratores que atendeu, e pôde concluir que em média 90% deles sofriam com a falta de afeto no seio familiar. ²¹⁹ O que se nota, tanto da perspectiva psicológica como na jurídica, é a magnitude da aplicação do princípio da afetividade na relação intrafamiliar, mais do que um poder familiar é o dever de solidariedade e convivência dos pais na criação do filho, por isso devem se voltar a educar a criança de forma a transmitir tanto valores morais como afetivos, independente da realidade financeira e social da família, minorando as chances de um futuro delituoso, pois, como bem registra Rodrigo da Cunha Pereira no âmbito doméstico “deve haver o alimento para alma, pois, nem só de pão vive o homem”.²²⁰

217 BOING, Elisângela; CREPALDI, Maria Aparecida **Os efeitos do abandono para o desenvolvimento psicológico de bebês e a maternagem como fator de proteção.** *Estud. psicol.* Campinas, 2004. v. 21. p. 211-226.

218 MACHADO Gabriela Soares Linhares. **Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família: Repercussão na relação paterno-filial.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/865>.

219 FERREIRA, Jaques Souto. **A importância da atenção e do afeto do pai para os filhos.** Disponível em: aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/821/4.2.1%20A%20import%C3%A2ncia%20da%20aten%C3%A7%C3%A3o%20e%20do%20afeto.pdf?sequence=1

220 PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Nem só de pão vive o homem: Responsabilidade Civil por abandono afetivo.** Disponível em: http://www.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/05_nem.so.de.pao.vive.o.homem.pdf.

Os Tribunais também estão se debruçando sobre o assunto, o STF em decisão sobre a união homoafetiva²²¹ afirmou a existência do “afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional” nesta oportunidade ainda o caracterizou como postulado implícito da dignidade da pessoa humana.

Em nosso país temos que ver notícias recorrentes e chocantes de assassinatos, sequestros, roubos que quando realizados por crianças e adolescentes surpreendem ainda mais, temos uma tendência ingênua, devido a tanta corrupção, que também somos obrigados a assistir, a culpar tão somente o Estado por não prover as condições sociais necessárias para que esses menores venham a se desenvolver de maneira a não delinquir. É certo que existe uma parcela de culpa pelo descaso do Estado principalmente no que tange à educação, porém, muito dessa desestruturação psicológica começa dentro do seio familiar, o qual tem um papel fundamental na formação destas crianças.²²²

Muito se discute na psicologia sobre como a convivência, solidariedade e afeto dentro de casa poderia modificar o cenário de violência existente no Brasil. Para Rodrigo da Cunha Pereira: “É na família que o indivíduo nasce, se desenvolve, molda sua personalidade e se integra no meio social. É na família que, no curso de sua vida, o indivíduo encontra conforto, amparo e refúgio para sua sobrevivência, formação e estruturação psíquica”²²³: Por estas razões podemos afirmar que a falta de afeto e suas consequências são problemas a serem observados e enfrentados conjuntamente pela família e pelo Estado.²²⁴

A análise em conjunto da dignidade da pessoa humana e da proteção integral da criança evidencia a relevância do princípio da afetividade para a criança e o adolescente, mas, de nada adianta a consagração formal sem a observância material. Tais princípios por muitas vezes são esquecidos pelos pais fazendo com que nasça a responsabilidade do Poder Público através de intervenção estatal a fim de garantir os direitos fundamentais da criança. Em que pese a casa ser asilo inviolável, como dispõe a

221 ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554.pdf>.

222 PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Nem só de pão vive o homem: Responsabilidade Civil por abandono afetivo**. Disponível em: http://www.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/05_nem_so.de.pao.vive.o.homem.pdf.

223 PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Nem só de pão vive o homem: Responsabilidade Civil por abandono afetivo**. Disponível em: http://www.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/05_nem_so.de.pao.vive.o.homem.pdf.

224 ALMEIDA, Priscila Araújo de. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. Disponível em:
<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/829>.

Constituição²²⁵, a proteção integral da criança deve preponderar sobre a intimidade e propriedade privada, o que impõe a intervenção do Estado.

4 DA NECESSÁRIA INTERVENÇÃO ESTATAL

Em 1990, o então presidente Fernando Collor de Mello sancionou a Lei 8.069 Estatuto da Criança e do Adolescente, instrumento de cidadania, com o objetivo de revelar direitos e deveres aos menores, protegendo-os de maneira diferente dos adultos, para alcançar a igualdade material. Anteriormente existia o código de menores, supracitado, que cuidava de proteger apenas os menores de 18 anos considerados carentes, delinquentes ou em situação de abandono familiar, mas, com o passar tempo foi possível perceber que as crianças, independentemente de sua situação social, mereciam igual proteção estatal e foi nesse contexto que o Estatuto da Criança e do Adolescente surgiu.

O Estatuto estabeleceu uma série de deveres estatais para a efetivação dos direitos das crianças, reservando um capítulo²²⁶ para tratar das Políticas Públicas a serem adotadas na promoção desses direitos. Como consequência o Estado tem legitimidade para adentrar no âmbito doméstico a fim de garantir que todos os direitos das crianças sejam fielmente cumpridos pelos pais, podendo intervir de forma mais branda com orientação familiar socioeducativa através de programas de assistência social multidisciplinares, ou de forma mais severa, retirando o poder familiar, sempre que for o mais benéfico para a criança e o adolescente.²²⁷

O Estado chamou para si, no artigo 227 de nossa lei maior, em conjunto com a família, a responsabilidade de assegurar, com absoluta prioridade, a dignidade e respeito da criança, dentre vários outros direitos, garantindo ainda, em seu parágrafo 1º, a criação de programas governamentais. Ao considerar a criança como ser em desenvolvimento destinou a ela os mais variados programas na saúde, educação, visando um crescimento

²²⁵ Art. 5º. X, CF/88: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988), São Paulo: Saraiva.

²²⁶ Parte Especial, Título I – Da política de atendimento." BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente** (1990) São Paulo: Editora Saraiva.

²²⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª Ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2009. p. 392.

em um lar livre de violência, abandono, negligência, exploração, o que gera um dever estatal, para a efetivação material de tais direitos. 228

O princípio do melhor interesse da criança prepondera sobre argumentos meramente políticos, portanto é certo dizer que o afeto, por toda sua relevância no desenvolvimento das crianças, como já demonstrado, é matéria de ordem pública e deve ser garantido às crianças, cabendo ao ente público proporcionar o meio externo ideal para o pleno desenvolver da criança, e quando este for desrespeitado no meio intrafamiliar, deve obrigatoriamente intervir.

Tendo em vista a importância da afetividade e solidariedade para uma criança em desenvolvimento, é garantido desde o nascimento o direito a um lar que forneça estrutura psicológica e moral suficientes para formação de sua personalidade, com uma educação pautada em valores positivos. Para o Estado nasce a responsabilidade de intervenção toda vez que as disposições legais não forem respeitadas pelos responsáveis, não sendo correto considerar a destituição do poder familiar como uma forma de punir esses pais em falta com suas obrigações, mas sim de garantir que essas crianças não venham a crescer em um ambiente lesivo à sua dignidade.²²⁹

No que toca ao poder estatal de delimitar condutas positivas de educação a serem seguidas pelos pais, ainda podemos citar a Lei 13.010/2014, que ficou conhecida inadequadamente como Lei da Palmada, quando foi proposta causou grande furor na população e no mundo jurídico. Os pais que advogam contra tal regulamentação, justificam que não cabe ao Estado intervir na maneira como se castiga no seio doméstico.²³⁰

Não obstante a revolta da maioria dos pais contra tal projeto de Lei, os apoiadores consideraram grande avanço na proteção da criança e adolescente, pois o atual texto do Estatuto da Criança e do Adolescente trata dos "maus-tratos", mas, não singulariza quais castigos poderiam gerar a responsabilização dos pais, essa lei busca prevenir os abusos à força na educação, trazendo tratamento sociopsicológico às crianças vítimas de violência. Por ser uma imposição legal com interferência dentro do âmbito familiar,

228 SOLCI, Sílvia Maria. **A efetivação dos direitos da criança e do adolescente**. Disponível em: http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c_v4n2_Solci.htm.

229 COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 27.

230 PENNA, Bernardo. **Lei da palmada ou da paulada?** Disponível em: http://bernardospenna.jusbrasil.com.br/artigos/113984870/lei-da-palmada-ou-da-paulada?utm_campaign=newsletter&utm_medium=email&utm_source=newsletter.

muitas são as críticas à legislação por esta razão estão retardando sua apreciação pelas casas.²³¹

Não cabe ao Estado, imposição de regras de condutas a ser seguidas pelos pais na educação de seus filhos ou tolher a liberdade do exercício do Poder Familiar, em razão do direito constitucional à liberdade. No entanto, apesar de a Constituição estabelecer liberdade do planejamento familiar, pautou essa decisão à paternidade responsável, atribuindo ao Estado a possibilidade de se valer de recursos da educação e ciência para que este exercício ocorra de forma consciente.

Ao Estado cabe garantir os direitos fundamentais da criança, incluindo a afetividade, mas ele deve atuar sempre quando os responsáveis se mantiverem omissos na efetivação dos direitos à afetividade e à proteção integral da criança por meio da criação de programas sociais aptos a propiciar melhores condições às crianças, garantindo seu desenvolvimento, pautado na dignidade da pessoa humana assim diminuindo os riscos de delinquência infanto-juvenil.²³²

A atuação estatal voltada a persecução de direitos e princípios garantidos, em especial a dignidade da pessoa humana e o princípio da afetividade, terá como consequência o melhor convívio da criança na família e em sociedade, repercutindo diretamente nos índices de violência. Assegurar a proteção integral da criança é por certo garantir um futuro melhor para o país.

5. CONCLUSÃO

Vários estudos psicológicos apontam para a relevância que o afeto dentro do âmbito doméstico pode trazer para o desenvolvimento completo de uma criança, ligando inclusive a carência afetiva com a violência, desta maneira o que se observou foi que à vulnerabilidade psicológica e moral das crianças requer uma atenção especial da sociedade e do Estado, sendo necessário garantir a elas muito mais que as necessidades sociais básicas, como o direito a convivência pautada na solidariedade e afeto.

Em razão desta importância do afeto à criança dada por outros ramos de estudo, principalmente a psicologia, a doutrina do direito de família atualmente vem se debruçando sobre o tema e concluindo pela existência de um princípio da afetividade o

231 BARRUCHO, Luís Guilherme. **No dia mundial da criança, “lei da palmada” enfrenta impasse no congresso**. Disponível em:

http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/11/131119_lei_palmada_brasil_dia_mundial_direitos_crianças_lgb.s.html.

232 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 6. p. 331-335.

qual decorre implicitamente da dignidade da pessoa humana e da proteção integral da criança, acreditando que este deve ser respeitado, abrandando assim os problemas sociais do país.

Dada a relevância do afeto para uma criança concluiu-se pela necessidade da intervenção do Estado no seio familiar quando os pais não fundarem suas relações nos princípios explícitos e implícitos que regem o ordenamento jurídico, em especial ao da afetividade. Da mesma forma, evidencia-se a necessidade de Políticas Públicas voltadas à proteção dos direitos das crianças, pois sua inobservância tem ligação umbilical com a violência.

A jurisprudência aponta para o mesmo sentido, reconhecendo o afeto como norte para o direito de família, restando superada a caracterização de família que apenas considerava os liames biológicos. No que tange a intervenção estatal, o Supremo Tribunal tem entendido pela obrigatoriedade de implementação programas para a garantir o melhor interesse da criança, não se tratando de mera faculdade do ente federativo.

Por fim, percebe-se que princípio da afetividade deve ser levado a sério pelo direito, devendo família e Estado atuarem em conjunto para garantir um desenvolvimento à criança que a leve a ser um adulto íntegro, caso contrário, sem o afeto e o respeito devido, estas crianças podem vir a se tornar adultos violentos, o que repercutirá negativamente em toda a sociedade.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Priscila Araújo de. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/829>.

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da Dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, Biblioteca de Teses, 2001.

ARAÚJO, Denilson Cardoso de; COUTINHO, Inês Joaquina Sant'Ana Santos. **80 anos do Código de Menores**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/10879>.

BARRUCHO, Luís Guilherme. **No dia mundial da criança, "lei da palmada" enfrenta impasse no congresso**. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/11/131119_lei_palmada_brasil_dia_mundial_dir_eitos_crianças_lgb.shtml.

BOING, Elisângela; CREPALDI, Maria Aparecida. **Os efeitos do abandono para o desenvolvimento psicológico de bebês e a maternagem como fator de proteção.** *Estud. psicol.* Campinas, 2004.

BOWLBY, John. **Separação. Da trilogia apego e perda.** São Paulo: Martins Fontes, 1984.
BRASIL. **Vade Mecum.** 17.ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético.** São Paulo: Renovar, 2003.

CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu e Outros. **Direito de Família no Novo Milênio.** São Paulo: Atlas, 2010.

COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **Função Social da Autoridade Parental: Algumas Considerações.** *Revista Síntese de Direito de Família.* São Paulo, 2011. v. 13. no. 67. ago./setembro.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Infância, juventude e política social no Brasil.** São Paulo: Columbus, 1990.

CUSTÓDIO, André Viana. **Teoria da proteção integral: Pressupostos para compreensão do direito da criança e do adolescente.** Disponível em: <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/657/454>.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 5ª Ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

FERREIRA, Jaques Souto. **A importância da atenção e do afeto do pai para os filhos.** Disponível em: aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/821/4.2.1%20A%20import%C3%A2ncia%20da%20aten%C3%A7%C3%A3o%20e%20do%20afeto.pdf?sequence=1

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos.** Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KUMAGAI, Cibele; MARTA, Taís Nader. **Princípio da dignidade da pessoa humana.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Filiação e Princípio da Afetividade.** *Revista Igualdade.* Volume, XXVI. Disponível em: http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_22_2_4.php.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Educação: o ensino do direito de família no Brasil.** In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Repensando o Direito de Família.* Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio Jurídico da Afetividade na filiação.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15144-15145-1-PB.html>.

LOPES, Sarila Hali Kloster. **O dever da prestação de afeto na filiação como consequência da tutela jurídica da afetividade.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ddcbe25988981920>.

MACHADO Gabriela Soares Linhares. **Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família: Repercussão na relação paterno-filial.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/865>.

MADALENO. Rolf. **A multa afetiva.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=52>.

MARTINS JÚNIOR, Lázaro Alves. **O princípio da dignidade humana como fundamento para a legislação supranacional.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2605, 19 ago. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/17217>.

MORGADO, Gerson Marcos. **A importância do cristianismo para a concepção da dignidade da pessoa humana e para a universalização de sua consciência.** *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3804, 30 nov. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/26022>.

PENNA, Bernardo. **Lei da palmada ou da paulada?** Disponível em: http://bernardospenna.jusbrasil.com.br/artigos/113984870/lei-da-palmada-ou-da-paulada?utm_campaign=newsletter&utm_medium=email&utm_source=newsletter.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Nem só de pão vive o homem: Responsabilidade Civil por abandono afetivo.** Disponível em: http://www.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/05_nem.so.de.pao.vive.o.home.m.pdf

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social.** Revista Interesse Público. São Paulo: Notadez, 1999.

ROENINGA, Giselle Câmara. **O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade.** In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). Família e dignidade humana – Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo/Belo Horizonte: IOBThomson/IBDFAM, 2006.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade.** Curitiba: Juruá, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** 2 ed, revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. **Dignidade da pessoa humana.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 82, nov2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8510&n_link=revista_artigos_leitura.

SOLCI, Silvia Maria. **A efetivação dos direitos da criança e do adolescente.** Disponível em: http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c_v4n2_Solci.html.

ANÁLISE SOBRE A ÉTICA PROFISSIONAL DO ADVOGADO E OS DIREITOS E DEVERES NA ADVOCACIA

IARA ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA:
Bacharelanda do curso de Direito pela
Universidade Brasil Campus
Fernandópolis.

MARCO ANTÔNIO COLMATTI LALO
(orientador)

RESUMO: O artigo tem por intento discorrer acerca a ética profissional na seara jurídica, considerando que se faz necessária no exercício da advocacia bem como a dignidade, o decoro, a honestidade e a boa-fé, requisitos essenciais para aqueles que buscam a efetivação da justiça em nossa sociedade. O Código de Ética e disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil tem um sentido pedagógico relevante, pois define um norte a ser seguido. Nasce da necessidade de conciliar a disciplina do papel ético dos Advogados com as exigências atuais. O jurista deve encontrar na Ética as lições necessárias para atuar com independência a mais bela das profissões, que permite ao advogado defender seu semelhante e contribuir para o aprimoramento da nação e das instituições, na busca de um país que seja mais justo e fraterno, onde a liberdade e a igualdade sejam uma realidade.

Palavras chaves: Advocacia; Direitos; Deveres; Ética; Estatuto da Ordem dos Advogados.

ABSTRACT: This article aims to discuss ethics in the pursuit of good faith, essential for those who seek to apply ethics. justice in our society. The Code of Ethics and Discipline of the Brazilian Bar Association has a relevant pedagogical meaning, as it defines a guideline to be followed. It arises from the need to reconcile the discipline of ethical conduct of Lawyers with current requirements. The legal professional as lessons can be useful to exercise more independence of the professions, which allows the lawyer to defend his own work and contribute to the improvement of the nation and institutions, in the search for a country that is more just and fraternal , where the freedom and equality are a reality.

Keywords: Advocacy; Rights; Duties; Ethics; Statute of the Bar Association

INTRODUÇÃO

A Lei Maior garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país o direito à vida, à igualdade, à liberdade, à propriedade, à segurança, que são consecutivos do Estado democrático de direito. A observância das normas e a submissão à ordem são fundamentais com a intenção de que os indivíduos possam conviver em harmonia.

Ao Poder Judiciário foi conferido a incumbência de preservação dos direitos e garantias assegurados aos residentes no país, por meio de seus juízes, que, considerando o regramento constitucional e infra legal pátrio, somente estão aptos e competentes a julgar mediante aprovação em concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil. Por conseguinte, aos Poderes Executivo e Legislativo é destinada a atribuição de fiscalizar as atividades desenvolvidas pelos demais órgãos, entre outras. Em suma, pode-se observar que a teoria dos freios e contrapesos é uma salvaguarda contra os abusos ou excessos que possam ser cometidos no desempenho das funções públicas.

Dentro do Estado Democrático de Direito, o profissional denominado como advogado tem um encargo de elevada relevância para a tutela da ordem e dos direitos assegurados ao cidadão. Na atuação de sua incumbência privada que tem um múnus público, o operador do direito é um agente de transformação, e favorece para que o direito possa acompanhar as transformações ocorridas nas relações privadas e públicas na sociedade.

Sob tudo vamos ressaltar as imunidades dos juristas na atribuição da Advocacia, tendo em consideração que os atos dos Advogados são invioláveis, pois prestam serviço público e de relevante valor social, inexistindo hierarquia nem subordinação entre Procuradores, Juízes e representantes do Ministério Público. Todavia, é dever do Advogado agir com ética, respeito, discrição e independência, exigindo tratamento isonômico e zelando pelas prerrogativas a que tem direito. Para assegurar o desempenho da profissão, é fundamental conhecer os direitos da classe, que estão presentes no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906 de 1994), no Artigo 7º.

Na hipótese de quaisquer violações a um desses direitos, ou mesmo qualquer ato que seja incompatível com as prerrogativas da função da Advocacia, a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB - tem como escopo promover com exclusividade, a representação e a defesa dos Advogados em toda a República Federativa do Brasil.

O exercício profissional da advocacia, como se sabe, é pautado por uma série de direitos e deveres. Dentre estes sobressai o dever de informação, que, no âmbito da advocacia contenciosa, é bifurcado em duas diferentes direções.

Antes de tudo, no relacionamento com o seu constituinte, a teor do disposto no artigo 8º do Código de Ética e Disciplina da OAB, o advogado tem a responsabilidade de "informar o cliente, de forma clara e inequívoca, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e dos desfechos que possivelmente irão advir da demanda".

No Código de Ética em seu Parágrafo Único está descrito que são deveres do advogado:

“I - Preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade”.

“II - Atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé”.

A Ética fundamenta-se na noção de reprovabilidade que a população tem. Esta noção transforma-se com o passar dos tempos, razão pela qual a Ética é tão dinâmica quanto o Direito. Afinal, um ideal de vida não é o mesmo em todos os períodos históricos, porém este reflete um conjunto de condições que vão se construindo junto com a formação da Sociedade em função do fator tempo (ACQUAVIVA, 2000).

No desejo de concretizar uma ordenação de relações interpessoais ao Direito mister se faz compromisso de suas normas com princípios éticos.

Dessa forma, reconhece-se que Ética e Direito precisam andar juntos e se iluminar mutuamente com o objetivo maior de alcançar a justiça. Por esse motivo, o trabalho entende essencial entender tais conceitos à luz do exercício da advocacia.

1. ADVOCACIA NO BRASIL

De uma forma geral, não é possível estabelecer um período exato em que ocorreu o surgimento da profissão da advocacia no mundo, em que pese já registros de primeiras aparições nas civilizações antigas. A Grécia foi considerada o berço da advocacia, muito embora seja em Roma que a advocacia se consolidou. Demóstenes foi considerado o primeiro advogado da Grécia (LANGARO, 1996), ao passo que Costa (2002), descreve ser Péricles o primeiro advogado profissional.

A partir da independência do Brasil em 1822, após a coroação de D. Pedro I, houve intensificação um movimento de constitucionalização interna. Neste cenário, instalou-se a Assembleia Constituinte, com o escopo de desenvolver a Constituição pátria. Outrossim, imprescindível que a sociedade como um todo detivesse conhecimento acerca da questão, para que fosse possível a efetividade e concretização das normas.

Através das ordenações filipinas de Portugal, a advocacia foi introduzida ao Brasil, com diretrizes para o exercício.

A propositura de criação de curso jurídicos foi preconizada por José Feliciano Fernandes Pinheiro no ano de 1823. Os dois primeiros cursos de direito foram criados por Dom Pedro I, em 11 de agosto de 1827, sendo um em Olinda e o outro em São Paulo.

Na era Vargas, o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), criado em 1843, converteu-se em ordem dos Advogados do Brasil em 1930.

Lobo (2019) entende que a o distanciamento de sintonia da realidade profissional e a social acarretou o desenvolvimento de nova ordem legislativa, qual seja, o de 1994. Nesse interim, a advocacia compreendia-se na atividade demandar a qualquer órgão do Poder Judiciário e como atividade de consultoria, assessoria e direção jurídicas extrajudiciais. Por oportuno, estabeleceu a acepção e a abrangência de sua indispensabilidade na administração da justiça, fixada no artigo 133 da Lei Maior.

Ressalta-se que o serviço profissional não é uma mercadoria que se ofereça à aquisição dos consumidores. Em território nacional, trata-se de serviço público, mesmo quando exercido de modo privado, graças à Carta Magna e à Lei n. 8.906/94

Oportuno enaltecer a magnitude jurídico-social do jurista no desempenho da advocacia:

É o porta-voz da sociedade, diante a máquina do Estado. Ninguém pode postular em juízo a não ser por meio de advogado, excetuando-se algumas poucas situações, como as da Justiça do Trabalho, do habeas corpus, e dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (CENEVIVA, p. 10, 1991).

O advogado, profissional jurídico, possui o encargo de proteger os direitos de seus clientes, acautelando-os dos possíveis riscos e efeitos que poderão desenvolver-se ao demandar em um litígio.

Merece destaque fragmento de voto proferido pelo Ministro Celso de Mello:

O Advogado - ao executar o encargo de prestar assistência técnica àquele que o constituiu, dispensando-lhe orientação jurídica perante qualquer órgão do Estado - converte, a sua atividade profissional, quando efetuada com independência e sem impertinentes limites e obstáculos, em prática inestimável de liberdade [...] (CELSO DE MELLO, HC 88.015-MC/DF, 2017).

Considerando que a finalidade do direito não é o simples conhecimento teórico da realidade jurídica, não é também a formulação de quaisquer regras técnicas, eficazes e uteis. Trata-se em dirigir a conduta humana na vida social. É ordenar a convivência de pessoas. É dar normas ao agir, para que cada pessoa tenha o que lhe é devido. É, em suma, dirigir a liberdade, no sentido da justiça (MONTORO, 2018).

Referentemente a independência funcional da advocacia, registra-se:

Não se extingue na sua atividade judicial; é inclusive fundamental à atividade extrajudicial de consultoria e assessoria, bem como de suma importância a questão de tutela do Estado de Direito, do governo submetido a leis, da contenção do abuso de autoridade e da limitação do poder econômico (LOBO, 2019, p. 30).

Não obstante o desprestígio na imagem atual do profissional, socialmente, ao causídico, na incumbência de sua atribuição laborativa, incumbe o mister de ser o atuante sujeito de postulação dos interesses individuais e/ou coletivos consagrados pelos os diplomas normativos do país. É certo que todo advogado atua como um agente parcial, mas não se deve desconsiderar o fato de que, quando exercente de uma pretensão legítima, é também um garante da efetividade do ordenamento e de seus mandamentos nucleares (BITTAR, 2012, p.433).

A função associa-se estreitamente também à ideia de paz social, porquanto pretende anteriormente à qualquer questão, a composição justa da lide, a conciliação das partes, procurando encaminhá-las para uma solução harmônica e civilizada da demanda (MACHADO, 2003).

Dessa forma, é estreita a ligação entre o operador do direito e a ética. O causídico é o legítimo interprete da lei. É o único profissional capaz, com sua palavra escrita e oral, de eficazmente auxiliar a aplicação oportuna e efetiva da lei (FARAH, 2000).

2. REGRAS E DISCIPLINAS DA OAB E CODIGO DE ÉTICA

A partir da inauguração de dois cursos jurídicos, período em que Dom Pedro II observou que o desenvolvimento da profissão fazia com que surgisse a necessidade de um órgão fiscalizador e sancionador de leis aos referidos profissionais. Dessa forma, surgiu o Estatuto dos Advogados Brasileiros.

Acerca da legislação, a doutrina esclarece:

O Estatuto da Advocacia se tornou uma Lei Federal, Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, regulamentada e discutida no Congresso Nacional e sancionada pelo Poder Executivo Federal (ACQUAVIVA, 2000, p; 26)

Pelo fato da atribuição pública desenvolvida pelo profissional, demandou-se o estabelecimento de um compilado legislativo. Nesse sentido, surge o Estatuto da Advocacia, possuindo 87 artigos, dividido em quatro títulos, acarretando a imposição de

um Código de Ética e Disciplina, em que os causídicos são compelidos, além de cumprir rigorosamente a lei prevista no Estatuto, em função desta, observar as normas deontológicas, do CEDOAB.

Além de uma profissão, a advocacia guarda função social, considerando que o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, na linha da orientação do texto constitucional, traz em seu art. 2º, § 1º que: “No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social”. Destaca-se que sem liberdade, não há advocacia. Na ausência da ingerência deste profissional habilitado, não há justiça, sem justiça não há ordenamento jurídico e sem este não há condições de vida para a pessoa humana

3. ÉTICA DO ADVOGADO

Primeiramente, nota-se que o termo ética no dicionário faz parte do âmbito da Filosofia, relacionando-se à questão moral. Trata-se de derivação do grego e sendo como conceito pertencente ao caráter. Na seara da filosofia, a ética associa-se com a questão moral. Possui como finalidade o conhecimento dos valores morais que balizam o comportamento humano em sociedade.

Nos tempos atuais, considerando a variedade das relações sociais, é imprescindível que o causídico observe os princípios e normas padrões mínimas de convivência. Essa ação, possui como fundamento a questão ética, um comportamento ideal que cada indivíduo deve observar, dentro dos padrões mínimos do “dever ser”.

O “dever ser” se qualifica, então, por ser um fato de discernimento: A ética é justamente saber discernir entre o devido e o indevido, o bom e o mau, o bem e o mal, o correto e o incorreto, o certo e o errado (NALINI, 2015, p. 55).

Isto posto, Pasquale Gianniti (1992) declara que toda *atividade humana, ao reivindicar sua própria e legítima autonomia, não pode deixar de reconhecer a harmonia e a subordinação ao critério supremo, que é o critério ético.*

Esclarecedora a compreensão de Bittar (2013), no tocante à ética jurídica:

É, sem dúvida alguma, além de algo de suma relevância para o indivíduo, algo de substancial importância para a sociedade, dado que o cidadão que professa uma atividade não vive sozinho, e sim envolvido num cenário de comprometimentos tal que uns subordinam-se dos outros para que se consumam finalidades pessoais e coletivas (BITTAR, 2013, p. 65).

A ética profissional está vinculada às idéias de utilidade moral na execução das suas atividades desenvolvidas com finalidade social, que ressalta o fator social do trabalho na qual a profissão representa uma ação moral, levando-se em consideração que, por meio dela, pode-se transformar o ambiente, a conduta e as condições de vida das pessoas que dela dependem (BITTAR, 2009).

Notadamente, a ética do advogado é disciplinada pelo Código de Ética e disciplina, fiscalizada pelo conselho profissional, qual seja, Ordem dos Advogados do Brasil. Por meio da referida norma, determina-se aos operadores do Direito uma postura ética diante dos indivíduos.

O Código de Ética e Disciplina vincula o profissional no foro, na rua, em seu escritório, enfim, em diversos espaços públicos onde seu comportamento possa repercutir no prestígio ou desprestígio da advocacia.

A codificação da ética do profissional procura reunir em um instrumento regulador as relações de valor que existem entre o ideal moral traçado e os diversos campos da conduta humana. Tal conjunto racional tem o propósito de estabelecer, através de um código, quais são as linhas mestras mais comuns na ação ética e qual é a filosofia a ser seguida pelos profissionais. Este complexo de princípios e regras se convencionou chamar de “Deontologia Forense” (NALINI, 2008)

Fixa-se a observancia ao CEDOAB no seguinte dispositivo:

Art. 33. O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina.

Parágrafo único. O Código de Ética e Disciplina regula os deveres do advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional e, ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de assistência jurídica, o dever geral de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares.

4. DA ATIVIDADE DA ADVOCACIA (DIREITOS E DEVERES)

A legislação em comento estabelece as atividades privativas do advogado, enfatizando a norma supramencionada da Carta Magna, sobre a indispensabilidade do advogado. Em verdade, traduz-se no exercício do jus postulandi, que aqui denota o importante papel do advogado, por meio do qual o cidadão acessa a justiça em busca da tutela de seus interesses. O Estatuto, na seqüência, fala das demais atividades privativas.

Os direitos do profissional estão estabelecidos no Estatuto da Advocacia e da OAB, Lei 8.906/94, no CAPÍTULO II em seus artigos 6º e 7º.

O Estatuto dispõe de modo indistinto as imunidades e prerrogativas do advogado (LOBO, 2019)

De início, a legislação dedica-se a tratar sobre a inexistência de hierarquia entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, dado que não existe vinculação de coordenação e subordinação, relativamente às suas atribuições institucionais, sendo indispensável a igualdade de tratamento para a administração da justiça. Os operadores do direito como um todo efetuam suas obrigações de maneira análoga à consumação da Justiça, harmonizando-se suas atribuições, apesar de diversas, para um mesmo intuito, que é a concretização do justo, as vinculações entre eles devem ser ordenadas por parâmetros de fraternidade e cordialidade, sob pena de se deturpar a própria dignidade da Justiça.

Em seguida, há a disposição acerca da salvaguarda do direito de obtenção de tratamento coadunável com a dignidade do exercício profissional.

Há ainda previsão das prerrogativas dos direitos dos causídicos, a serem elencadas a seguir, tais como a liberdade de atuação no território pátrio; ambiente de trabalho e seus instrumentos são tutelados, de modo a serem invioláveis, atentando-se a relatividade de tal direito, podendo ser excepcionado quando concretizados os pressupostos estabelecidos em lei.

É ainda preceituada a ampla comunicação no tocante ao cliente, inclusive na hipótese de falta de instrumento procuratório, sendo fixada o benefício de comunicação pessoal e reservada, notadamente com cliente preso.

Não obstante, em caso de prisão em flagrante do advogado, no desempenho de sua profissão, há prerrogativa de representante da OAB para lavratura do respectivo auto, sujeito à nulidade.

Determina-se ainda a prerrogativa do profissional de não ser preso, antes de sentença transitada em julgado. Logo, considerando as peculiaridades do caso concreto, este deverá ser recolhido em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades dignas, e se não for possível, caberá prisão domiciliar.

A expressão “pela ordem” permite que o profissional possa intervir em qualquer momento nos processos visando o esclarecimento de equívoco que possa lesar o processo, ou como forma de defesa.

Ato contínuo, será abordado o Código de ética e Disciplina, em seus artigos 1º e 2º com os deveres do advogado.

“Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce”.

Referido Código de Ética e Disciplina regula os deveres do advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional e ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares.

Os preceitos éticos desta norma, que vinculam o exercício da atividade advocatícia, lhes impõem o dever de lealdade, honestidade, boa-fé, dentre outros.

Interessante colacionar o posicionamento do ministro da Corte Suprema, Marco Aurélio no debate acerca da ADIn nº 1127:

O postulado da indispensabilidade não foi previsto na Carta Magna como benesse corporativo aos advogados ou para a reserva de mercado profissional. Seu motivo é de relevante ordem pública e interesse social, como ferramenta de salvaguarda de concretização da cidadania. É proteção da parte e não do profissional (Rel. Ministro Marco Aurélio, 1994).

Os deveres do profissional estão elencados no parágrafo único do artigo 2º, do Código de Ética e Disciplina.

De antemão, destaca-se o encargo de zelar pela dignidade profissional, a postura correta, a honradez e a nobreza. Em verdade, tal postulado considera a significativa responsabilidade do jurista diante da sociedade, considerando que este deve fundamentar-se na concretização da justiça baseado nos princípios morais e sociais.

Em seguida, a legislação fixa a maneira com que o profissional deve pautar-se perante o Estado e a sociedade, qual seja, com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé.

Além disso, a legislação prevê ainda o preceito de reputação do indivíduo, em que é essencial que esta seja incontestável perante a sociedade, dado que deve pautar-se como um modelo de conduta social.

Outrossim, a norma em debate dispõe sobre as alterações constantes no ordenamento jurídico pátrio, considerando ser crucial o estudo e atualização frequente dos preceitos normativos.

É notório que o procurador é personagem crucial da justiça, posto que é sua incumbência tutelar e efetivar as instituições do Direito e empenhando-se na concretização do sistema jurídico.

O art. 26 do Código de Ética e Disciplinar dos Advogados estabelece que: "O Advogado deve guardar sigilo, mesmo que em depoimento judicial sobre o que saiba em razão de seu ofício (...)". Todos esses aspectos normativos são fundamentos para guiar com segurança o exercício da profissão de advogado.

Imprescindível a observação do dever inalienável de respeito às normas éticas, sob pena de sofrer censura (advertência), suspensão e exclusão da OAB, sem prejuízo da pena de multa.

A atuação do advogado, exercida com liberdade e independência não pode deixar de servir também para a busca da verdade no conflito, razão pela qual eventual desonestidade, a má conduta em juízo e erro deliberado devem ser prevenidos e combatidos.

A prática da profissão deve acompanhar as mudanças ocorridas com o desenvolvimento da sociedade. À vista disso, expõe-se a seguir o entendimento doutrinário:

A advocacia e as formas de seu exercício são experiências históricas. Suas necessidades e também seus ideais transformam-se com o decorrer do tempo e novas exigências vão surgindo ante o espírito do homem. Por esta razão, é necessário repensar periodicamente os mandamentos para ajustá-los às novas realidade (COUTURE, 1979, p. 10)

Em suma entende Acquaviva (2000) que a advocacia é disciplinada por postulados que garantem não só apenas os direitos, mas também os deveres dos profissionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão abordada neste artigo fundamentou-se na atuação que o profissional da área do Direito deve conduzir no decorrer de sua jornada profissional para com o múnus público que exerce perante seu patrocinado e juízo.

Esta revisão de literatura demonstrou o papel fundamental do advogado em face da sociedade, pois ele é indispensável para a administração da justiça.

O profissional em comento é carecedor de direitos e deveres. O Estatuto da OAB, a Ética e a Disciplina exercem um papel fundamental na formação do profissional em advocacia, que tem por princípio fundamentar e regulamentar os direitos e deveres dessa classe profissional.

Neste Artigo trata-se de uma sucinta abordagem sobre a importância e o cumprimento do exercício da profissão, e elementos essenciais para o bom desempenho da advocacia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Ética Jurídica**. São Paulo: Desafio Cultural.2002. Disponível: <<http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=alunos&id=25> e http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170619111454.pdf.> Acesso em: 03 abr. 2022.

CENEVIVA, Walter. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1991.

CLÁUDIO, Marcus. **Acquaviva Ética Jurídica. São Paulo: Desafio Cultural**.2002. Disponível: <<http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=alunos&id=25> e http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170619111454.pdf.> Acesso em: 07 maio 2021.

COUTURE, Eduardo. **Os mandamentos do Advogado**. Fabris, 1979.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.> Acesso em: 07 Maio 2021.

COSTA, Marcos. **Estatuto da Advocacia e da OAB- Código de Ética e Disciplina**. Ed. OAB/SP. P. 02-03.

FARAH, Elias. **Ética do Advogado**. São Paulo: LTr, 2000.

LOBO. Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 12ª Ed. Saraiva. 2019. p.26, 30, 219 e 241. Disponível em: <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1421-Comentrios-ao-Estatuto-da-Advocacia-e-da-OAB-2017-Paulo-Lbo.pdf>.> Acesso em: 23 maio 2021.

LOPES, Wellen Candido. Do advogado: origem e contextualizações. Portal Migalhas, 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/348268/do-advogado-origem-e-contextualizacoes>>. Acesso em 10 maio 2021.

MACHADO, Rubens Approbato. **Advocacia e Democracia**. Brasília (DF): OAB Editora, 2003.

GIANNITI, Pasquale. **Principi di deontologia forense**. Padova: Cedam, 1992.

STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil**. Rel. Ministro Marco Aurélio; ADIn nº1127. Distrito Federal. 1994. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61176/comentarios-acerca-dos-deveres-do-advogado-dispostos-codigo-de-etica-e-disciplina-da-oab-art-2>>. Acesso em: 02 abr. 2022.

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA REGRA 50 E A DEFESA DA PROTEÇÃO DA IGUALDADE NO ESPORTE

ANA CRISTINA MIZUTORI ROMERO:

Mestranda em Direito Desportivo pela PUC/SP. Graduada em Direito pela FMU/SP. Advogada em Direito Desportivo

ANDREI SCHMIDT KAMPFF DE MELO

(coautor)

MÁRCIA CRISTINA DE SOUZA ALVIM

(orientadora)

RESUMO: Existe limite na proteção da igualdade dentro do esporte? Há como punir a liberdade de expressão na defesa de direitos humanos? A Regra 50, que proíbe manifestações políticas dentro do movimento olímpico seria juridicamente válida? O esporte se vê diante de muitas interrogações depois que uma onda coletiva de combate ao preconceito se formou depois do "caso George Floyd". A ideia de manter o esporte como "território neutro" se tornou impossível, e regras internas passaram a ser questionadas. O presente artigo pretende refletir sobre direito e liberdade, regulamentos esportivos, e sobre as permanentes pautas de proteção de direitos humanos que o esporte precisa estar atento. Para isso, serão analisadas notícias, tratados, leis, regulamentos esportivos e as reflexões de grandes pensadores do direito e da liberdade.

Palavras-chave: direitos humanos; George Floyd; direito desportivo; COI;

ABSTRACT: Is there a limit to the protection of equality within sport? Is there a way to punish freedom of expression in the defense of human rights? Would Rule 50, which prohibits political demonstrations within the Olympic movement, be legally valid? The sport is faced with many questions after a collective wave of combating prejudice formed after the "George Floyd case". The idea of keeping the sport as "neutral territory" became impossible, and internal rules began to be questioned. This article intends to reflect on law and freedom, sporting regulations, and on the permanent guidelines for the protection of human rights that sport needs to be aware of. For this, news, treaties, laws, sports regulations and the reflections of great thinkers of law and freedom will be analyzed.

Keywords - Human Rights; George Floyd; Sports Law; COI;

1. Introdução

A estrutura jurídica do movimento olímpico passa por um questionamento coletivo. Tendo como ideia manter o ambiente esportivo distante dos conflitos políticos, existe a

Regra 50 do Comitê Olímpico Internacional. Ela proíbe manifestações políticas em eventos esportivos. A história mostra que várias manifestações de atletas foram punidas com base nesse dispositivo.

Acontece que depois do caso "George Floyd", o mundo do esporte se uniu de maneira rara para proteger algo que é da sua natureza: direitos humanos. Com a pressão de atletas unidos no combate ao racismo, líderes do Comitê Olímpico Internacional, da FIFA, e até da conservadora NFL se posicionaram, declarando o que parece óbvio, mas não é: atletas que se manifestarem contra o preconceito não podem ser punidos.

2. Histórico de manifestações políticas em eventos de cunho esportivo

Faz necessário esclarecer a definição do que viria a ser política e esporte. Política é a expressão advinda do termo grego *politiká*, que detinha um vínculo com o que é da pólis, da sociedade, da cidade, isto é, tudo o que viria a ser público, e, em consequência, de relevância para o cidadão²³³ (BOBBIO *et. al.*, 1998).

[...] o termo Política se expandiu graças à influência da grande obra de Aristóteles, intitulada Política, que deve ser considerada como o primeiro tratado sobre a natureza, funções e divisão do Estado, e sobre as várias formas de Governo, com a significação mais comum de arte ou ciência do Governo, isto é, de reflexão, não importa se com intenções meramente descritivas ou também normativas, dois aspectos dificilmente discrimináveis, sobre as coisas da cidade²³⁴.

Na atualidade, em outro panorama, a política se atrela à administração da sociedade por aqueles que a gerem, isto é, o compilado de decisões realizadas pelos eleitos ou não para preencher os cargos de governança. Ademais, para Bobbio, a política pode remeter à definição de poder, hábil a se vincular com o ideal de posse sobre os modos de se adquirir vantagens sobre indivíduos e situações²³⁵.

Na constância de uma democracia, tal como ocorre no Brasil, o poder decorre da aquiescência da maioria, sendo legitimado e assegurado pela Constituição da República

²³³ BOBBIO, Norberto; *et al.* **Dicionário de política**. Coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1a ed., 1998.

²³⁴ *Idem*, p. 954.

²³⁵ *Idem*.

Federativa do Brasil, em consonância com o que se depreende do artigo 1º, *caput*, eis que este consolida o Brasil como uma República consubstanciada em um Estado Democrático de Direito. Ademais, o parágrafo único do referido dispositivo ainda determina que todo poder advém do povo²³⁶.

Outrossim, o poder político pode se basear na posse das ferramentas por intermédio do desempenho da força física, ou seja, do poder coativo. Todavia, na visão de Bobbio, não é somente a utilização da força, mas a sua hegemonia é que teria o condão de extrair a aquiescência da sociedade organizada²³⁷.

Em outros termos, o poder pode ser desempenhado sobre um certo grupo social, ou um território. Além disso, na concepção do autor mencionado, a finalidade da política não se resume em apenas uma nuance, uma vez que seus objetivos são os necessários para atingir o intento do grupo que as sugere, de acordo com o interregno temporal e seu contexto²³⁸.

Pode-se determinar, entretanto, a conservação da ordem pública, bem como a defesa da integridade nacional como sendo finalidades precípua da política. Esses são objetivos mínimos para a execução de todas as metas do poder público.

No entanto, deve-se frisar o fato de que o poder público não pode apresentar o poder político como objetivo único, tendo em vista que seria somente um fim em si mesmo, não atendendo aos fins da política²³⁹.

Noutro giro, Castellani Filho define esporte como uma elaboração humana, produto da atividade do indivíduo que intenta satisfazer às necessidades da sociedade no decorrer do processo de civilização²⁴⁰.

Nesta esteira, a própria definição de esporte também se atrela ao processo de elaboração e estruturação da sociedade. Desta feita, verifica-se que a política e o esporte

236 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2022.

237 BOBBIO, *op. cit.*

238 *Idem.*

239 *Idem.*

240 CASTELLANI, FIHO, Lino. **Educação física, esporte e lazer**: reflexões nada aleatórias. Campinas, SP: Autores Associados, 2013.

são interações humanas e sociais que estão em harmonia desde os tempos Antigos, tal como os registros autorizam concluir²⁴¹.

Na constância do período helenístico, constatado na Grécia Antiga, época nasceu a democracia, entre 510 e 500 a.C. De acordo com Lessa, a democracia pode ser conceituada como a ação psicológica que desempenha sobre as pessoas que vivem sujeitas a sua operação a liberdade que os fomenta e os incentiva²⁴².

A liberdade à qual se refere a lição de Lessa se consubstancia em alguns princípios que operavam como base do funcionamento da democracia de Atenas. O primeiro desses princípios é a *isegoría*, que consiste no direito igual à palavra; o segundo, por seu turno, se relaciona à liberdade de expressão, intitulado *parrhésia*. Verifica-se, desta forma, que existia a liberdade no que tange à oportunidade de expressar ideias, bem como ao teor do que era dito, concedido a todos os cidadãos²⁴³.

Além disso, nota-se a incidência do princípio da isonomia, que se traduz na igualdade diante da lei, que sujeitava a todos e precisava ser publicada e pública, segundo o que assevera Lessa²⁴⁴.

No interior da sociedade explicitada, os cidadãos detinham grande engajamento com a política, que era norteada pelas diretrizes democráticas. Isto posto, a acepção de um bom cidadão era composta a partir de sua educação, que perpassava, obrigatoriamente, pela seara de exercícios físicos e, em consequência, pelo esporte, para além da nuance intelectual²⁴⁵.

Noutro panorama, o esporte também se atrelou ao processo de democratização da sociedade grega, haja vista que, além de figurar como um mecanismo de ascensão social, exercia a tarefa de equalizar os competidores de várias espécies desportivas, ocasionando

241 LESSA, Fábio de Souza. Democracia e esportes em Atenas. **Synthesis** (La Plata), v.15 La Plata, 2008.

242 *Idem*.

243 *Idem*.

244 *Idem*.

245 COELHO NETA, Joana D'Arc Fernandes. **Análise acerca dos limites da liberdade de expressão política no âmbito dos eventos olímpicos Rio/2016**. 2017. 48 f. Monografia (graduação) - Universidade Federal Rural do Semi-árido, Mossoró, 2017.

a estes uma igualdade de relevância ausentes se comparados sob a ótica econômica ou social²⁴⁶.

Essa igualdade se tornava mais saliente na conjuntura do atletismo, eis que este esporte não requisitava do competidor situação econômica elevada a título de financiamento de ferramentas e possibilidade de treinamento²⁴⁷.

Com efeito, além dessa acepção primária, percebe-se que em todo o processo histórico o esporte se atrelou à política, sendo empregado através de governantes, de natureza democrática ou ditatorial, enquanto propaganda de suas realizações e dos respectivos Estados sob sua governança, sobretudo no que tange a grandes eventos, como o porte dos Jogos Olímpicos²⁴⁸.

Essa afirmativa pode ser confirmada na ocasião em que se debruça sobre determinados acontecimentos executados após o retorno dos Jogos Olímpicos, no ano de 1896, organizados pelo barão Pierre de Coubertin, de acordo com o que relatam Alves e Pierranti²⁴⁹.

Vários são os exemplos, mais os que mais se destacam são o intento de *Adolf Hitler* de explicitar a superioridade da raça ariana (em sua concepção) através dos Jogos Olímpicos do ano de 1936; o empenho da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e dos Estados Unidos da América em demonstrar para todo o planeta, no decurso da Guerra Fria, qual seria o melhor regime governamental por intermédio do esporte²⁵⁰.

Além disso, podemos citar um caso nacional, ocorrido no decorrer da Copa do Mundo de Futebol de 1970 em que o governo do então Presidente Emílio Médici, que se valeu do êxito da campanha pátria na competição para instilar o patriotismo, fomentando o pensamento da massa de forma que a vitória atingida pela seleção brasileira havia ocorrido em virtude do êxito político de seu governo²⁵¹.

²⁴⁶ LESSA, *op. cit.*

²⁴⁷ *Idem.*

²⁴⁸ ALVES, José Antônio Barros; PIERRANTI, Octavio Penna. O estado e a formulação de uma política nacional de esporte no Brasil. **RAE electron**, v.6, n.1, São Paulo, Jan./Jun. 2007.

²⁴⁹ *Idem.*

²⁵⁰ *Idem.*

²⁵¹ *Idem.*

Logo, apesar de os primeiros viabilizadores dos Jogos Olímpicos modernos pressuporem uma natureza neutra, sobretudo rechaçando financiamento público, restou notório o âmago sociopolítico explicitado na seara desses eventos, bem como em outras competições internacionais²⁵².

Neste panorama, pode-se, ainda, mencionar competições esportivas executadas no decorrer do governo de Getúlio Vargas no Brasil, bem como de *Juan Domingo Perón*, na Argentina, em que o ente estatal se fez mais presente em todos os âmbitos da sociedade, englobando o esporte²⁵³.

As competições esportivas deste período eram eivadas de enorme estágio político, em virtude da estratégia dos presidentes citados de forma a viabilizar eventos esportivos tentando incentivar o ideal nacionalista na grande massa e se valer disso para direcionar à sociedade discursos sobre suas crenças e projetos, atrelando a sua imagem, a do governo e a do Estado à do esporte, e, isto posto, interceptando os louros das vitórias das equipes²⁵⁴.

Concentrando-se na conjuntura pátria da época, nota-se que, neste interregno temporal, o futebol se consubstanciava no esporte de maior popularidade no país, consistindo numa simbolização da nação e de tudo o que seria nacional²⁵⁵.

A Copa do Mundo de Futebol de 1938 foi o evento em que se tornou mais saliente o vínculo do Presidente da República com o esporte comentado, tendo em vista que, além de fomentar financeiramente despesas da seleção pátria, Getúlio Vargas ainda cumprimentou todos os jogadores antes que estes embarcassem com destino à França, destacando a importância da vitória para a nação²⁵⁶.

Pode-se concluir que o intento do governante foi atingido, haja vista que se denota a enorme comoção com que a seleção foi recepcionada posteriormente à conquista do

²⁵² SANTOS, Adriana Costa. Democracia. **Direito e Participação**: um estudo de caso do comitê popular da copa de Brasília. 2014. 61 fl. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação)- Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

²⁵³ DRUMOND, Maurício. Vargas, Perón e o esporte: propaganda política e a imagem da nação. **Estudos históricos** (Rio de Janeiro), vol.22, no.44, Rio de Janeiro jul./dez. 2009.

²⁵⁴ *Idem*.

²⁵⁵ *Idem*.

²⁵⁶ *Idem*.

terceiro lugar na competição. Nesta ocasião, a população recebeu a seleção como se esta obtivesse o primeiro lugar, já que o comércio foi fechado, as pessoas se locomoveram pelas ruas e os jogadores desfilaram em carros²⁵⁷.

Essa comoção e exaltação à pátria era o que mobilizava o presidente em comento, que chegou a relatar, em seu diário, suas sensações no momento de uma vitória do Brasil concernente a uma corrida de carros, de acordo com os registros do ano de 1934²⁵⁸.

No excerto de seu diário, Vargas comemora a vitória de um brasileiro e proclama a força do sentimento nacional. Ademais, o presidente ainda relata a sua emoção e a forma como se sentia perante a vitória de um nacional em uma competição de grande porte²⁵⁹.

Além disso, Getúlio Vargas ainda elucidava que os esportes, principalmente o futebol, detinham uma função social relevante. O amor ao esporte, segundo ele, possuía o poder de harmonizar os ânimos dos comunistas com os dos integralistas, ou, pelo menos, amenizar, de modo transitório, suas desconformidades de cunho ideológico²⁶⁰.

De acordo com *Drumond*, a mesma lógica utilizada pelo governo de Getúlio Vargas era empregada ao governo do argentino *Perón*, em que se concediam todos os êxitos do Estado argentino em competições desportivas exclusivamente à figura do então presidente e ao seu modo de governar, sendo em maior proporção do que no governo de Vargas²⁶¹.

Isso ocasionava a compreensão, por parte da população, robustamente fomentada pelos meios de comunicação em massa, de determinar como indubitável que o êxito no esporte simbolizava o êxito do regime e, em consequência, não se opusessem às suas diretrizes, de forma a não contestar o governante²⁶².

Um vínculo indireto entre o esporte e a política pode ser extraída da obra do cartunista pátrio Henfil, sobretudo no que cerne ao período da ditadura militar pátria. Neste episódio especial, a ligação que reuniu o esporte e a política foi a arte, por

²⁵⁷ *Idem*.

²⁵⁸ *Idem*.

²⁵⁹ VARGAS, Getúlio. **Diário**. 2 vols. Rio de Janeiro: FGV, 1995.

²⁶⁰ *Idem*.

²⁶¹ DRUMOND, *op. cit.*

²⁶² *Idem*.

intermédio de charges executadas pelo artista mencionado, que se valeu da conjuntura futebolística para executar críticas ao cenário social pelo qual o país passava, bem como alcançar uma grande parte da população com o seu labor, qual seja: os consumidores de materiais de mídia esportiva²⁶³.

Neste diapasão, resta claro que as práticas desportivas salientam e, ainda, oportunizam valores fundamentais que são particulares de uma determinada cultura.

3 Caso George Floyd

George Floyd nunca teve uma relação com o esporte, nem com movimentos sociais relevantes. Mas foi usando o nome dele que um grande movimento contra o racismo começou nos Estados Unidos e se espalhou pelo planeta, atingindo o esporte. Atletas, marcas, equipes e até as conservadoras entidades esportivas se posicionaram, e se uniram no combate ao racismo, vencendo um silêncio muitas vezes constrangedor²⁶⁴.

Floyd teve sua morte gravada e compartilhada nas redes sociais, o que revoltou o mundo. O negro norte-americano morreu depois que um policial branco permaneceu ajoelhado sobre seu pescoço durante nove minutos, mesmo com Floyd algemado e afirmando que não conseguia respirar²⁶⁵. O nome dele virou símbolo de algo que precisa acabar, mas poderia ser também o nome de João Pedro, de 14 anos, ou de Ágatha Félix, de 8 anos, ou de tantos outros casos de violência cometidos contra negros no Brasil e no mundo.

A morte de Floyd desencadeou uma série de protestos em diversos pontos dos Estados Unidos, e movimentou o esporte. Muitos atletas, como o jogador de basquete LeBron James e o piloto Lewis Hamilton, se pronunciaram sobre o caso. Alguns foram além, e se juntaram às manifestações, como *Karl-Anthony Towns*, pivô do *Minnesota Timberwolves*, da NBA, e *Jaylen Brown*, ala-armador do *Boston Celtics*²⁶⁶.

263 COUTO, Euclides de Freitas. Os traços da rebeldia: esporte, cultura e política na obra de Henfil (1968-1971). **PODIUM**: Sport, Leisure and Tourism Review, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 148-167, jul./dez. 2012.

264 Em Revista Veja: disponível <https://veja.abril.com.br/esporte/esportistas-se-unem-em-protestos-raciais-neymar-e-cobrado-por-omissao/>

265 2 Em G1.com: disponível <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/06/01/george-floyd-morreu-por-asfixia-mostra-autopsia-requerida-pela-familia.gh.html>

266 Em EI: disponível em <https://www.esporteinterativo.com.br/melhorfuteboldomundo/Atletas-se-unem-em-homenagens-a-George-Floyd-e-manifestaes-contr-o-racismo-20200531-0018.htm>

Essas manifestações provocaram irritações na *Lex Sportiva*, um sistema transnacional do esporte, que engloba regras, cultura e decisões jurídicas

Pressionados, FIFA e COI foram obrigados a se posicionar. A NBA avançou mais, tomou medidas concretas depois do episódio e de uma paralisação dos atletas.

4 Caso *George Floyd* e a liberdade de expressão

Com a morte do negro *George Floyd* por um policial branco, uma onda de protestos contra o racismo tomou conta do planeta, e o esporte quebrou um silêncio que incomodava. Marcas, clubes, entidades esportivas e atletas se posicionaram de maneira firme contra o preconceito, entendendo o papel que têm na proteção de Direitos Humanos.

4.1 As consequências no futebol

No futebol, os atletas *Jadon Sancho* e *Achraf Hakimi* expuseram publicamente seu apoio à causa de combate ao racismo e protesto pela morte de *George Floyd* na primeira rodada da Bundesliga depois do assassinato e da paralisação em função da pandemia do coronavírus²⁶⁷.

Sancho recebeu cartão amarelo pela manifestação. Os dois atletas correram o risco de serem punidos pelo movimento esportivo alemão. Regulamentos proíbem manifestações de cunho político dos atletas dentro de campo. Não foram. A pressão da sociedade mudou a leitura dos fatos.

O futebol alemão entendeu que não se tratava de uma manifestação de cunho político/partidário, mas da defesa de algo maior e inegociável: a proteção de direitos humanos. Essa leitura mais larga, baseada em princípios, acabou pesando, e não a fria leitura do regulamento. A FIFA teve papel decisivo nesse **entendimento**.

A entidade-mor do futebol mundial se posicionou rapidamente sobre as manifestações em defesa do combate ao racismo. Ela orientou os organizadores das competições a não implementar as sanções das regras do jogo nessas manifestações. O presidente *Gianni Infantino* disse que “tributos a *Floyd* mereciam aplausos e não sanções”.

²⁶⁷ Portal Deutsche Welle: disponível em <https://www.dw.com/pt-002/jogadores-da-bundesliga-pedem-justi%C3%A7a-por-george-floyd/a-53657625>

A entidade faz uma leitura mais ampla do caso, valorizando o necessário combate ao preconceito²⁶⁸.

Uma postura que também reforça um compromisso estatutário. A entidade-mor do futebol mundial incluiu em maio de 2017 em seu Estatuto, no art. 3, a previsão de que a "FIFA está comprometida com o respeito aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos e deverá empreender esforços para promover a proteção desses direitos"²⁶⁹.

E nessa hora, a FIFA e atletas também ganharam a companhia de clubes e marcas.

A marca de produtos esportivos *Nike* postou um vídeo nas redes sociais onde se lia: "não finja que esse problema não existe" O vídeo foi compartilhado pela concorrente *Adidas*²⁷⁰.

O Internacional, time de futebol de Porto Alegre, também se manifestou: "o Clube do Povo precisa se manifestar e lutar contra o racismo". Outros clubes como Santos, Palmeiras, Corinthians, Flamengo e outros também se manifestaram²⁷¹.

Em um momento em que é preciso proteger Direitos Humanos, o esporte se posicionou da maneira necessária, independentemente de ter sido provocado pela pressão de atletas e opinião pública. Ele levantou a voz no combate ao preconceito, e contrariando um histórico recente de silêncio.

4.2 Atletas mudam NBA

O dia 27 de agosto de 2020 foi histórico para o basquete americano e para o esporte mundial.

Por conta da violência policial contra negros, os atletas do *Milwaukee Bucks* não entraram em quadra para enfrentar o Orlando *Magic* pelo jogo 5 dos playoffs da

268 Em Rádio Notícias: disponível em <https://www.tsf.pt/desporto/presidente-da-fifa-diz-que-tributos-a-george-floyd-mercem-aplausos-e-nao-sancoes-12269355.html>

269 Em fifa.com: disponível em <https://resources.fifa.com/image/upload/the-fifa-statutes-2018.pdf?cloudid=whhncbdzio03cuhmwfxa>

270 Em Youtube: disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=drcO2V2m7lw>

271 Em ESPN.com.br: disponível em https://www.espn.com.br/futebol/artigo/_id/7001164/clubes-brasileiros-se-unem-fazem-manifestacoes-contra-racismo-redes-sociais-veja-postagens

conferência leste. O protesto ganhou a adesão de outras franquias e a rodada acabou sendo adiada. Outros esportes também pararam nos Estados Unidos.

Um dia depois, a NBA divulgou uma nota junto com a Associação de Jogadores dizendo que a temporada recomeçaria, depois de alguns acertos;

- criação de uma aliança entre jogadores, técnicos e donos de franquias para promover maior engajamento na discussão de causas sociais;
- os centros de treinamento das franquias seriam transformados em zonas eleitorais;
- a NBA passou a usar espaços publicitários para incentivar as pessoas a participarem de campanhas contra o preconceito racial;

Ou seja, atletas se uniram, defendendo uma causa que entendem como justa e plural, e não só mudaram a relação que tem com o basquete, como também ajudaram na construção de um mundo melhor.

4.3 As consequências no Comitê Olímpico Internacional.

Pressionado por patrocinadores e por um movimento global de atletas combatendo o preconceito, o Comitê Olímpico Internacional (COI) também se manifestou.

Em um comunicado, ele se posicionou contra o racismo, lembrando que a não discriminação é um dos pilares do esporte, lembrando inclusive valores presentes na Carta Olímpica²⁷².

O gozo dos direitos e liberdades estabelecidos nesta Carta Olímpica será assegurado sem discriminação de qualquer tipo, como raça, cor, sexo, orientação sexual, idioma, religião, opinião política ou outra, origem política ou outra, origem nacional ou social, propriedade, nascimento ou outro status.

A mensagem lembrou Pierre de Coubertin, fundador do COI e o “pai” do Olimpismo. Coubertin disse que “não teremos paz até que os preconceitos que agora

²⁷² Em UOL.com: disponível em <https://www.uol.com.br/esporte/colunas/lei-em-campo/2020/06/10/coi-tambem-se-posiciona-contra-o-racismo-nao-ha-outro-caminho-no-esporte.htm>

separam as diferentes raças sejam sobrevividos. Para alcançar esse objetivo, que melhor meio existe do que reunir os jovens de todos os países periodicamente para testes amigáveis de força e agilidade muscular? ”

Um dos princípios do Olimpismo é que “toda e qualquer forma de discriminação relativamente a um país ou a uma pessoa com base na raça, religião, política, sexo ou outra é incompatível com o Movimento Olímpico.”²⁷³

Um pouco antes do comunicado, em entrevista por vídeo no dia 10 de junho de 2020, o presidente do Comitê Olímpico Internacional, Thomas Bach, disse que a entidade apoia a iniciativa da Comissão de Atletas, para que sejam exploradas diferentes formas para se expressar apoio aos princípios da Carta Olímpica, o que inclui protestos contra o racismo.

No entanto, o artigo 50 da Carta Olímpica²⁷⁴ sempre foi usado para tentar preservar a neutralidade política em competições olímpicas, mesmo permitindo que os atletas expressem opiniões depois dos seus eventos. A história mostra que gestos feitos durante a competição ou em cerimônias de premiação foram historicamente usados para punir manifestações de atletas, até no combate ao racismo²⁷⁵.

A Olimpíada é um evento esportivo organizado por uma entidade privada e que tem seus objetivos inspirados por essa espécie de “Carta Magna” do Olimpismo. Esse artigo tem como princípio destacar o caráter “não ideológico” da Entidade ao proibir, em qualquer instalação Olímpica, manifestações e propaganda política, religiosa ou racial.

A proibição tem como cerne promover a ideia de um movimento apolítico, como também proteger patrocinadores do evento que podem não querer ter a marca vinculada a uma ideia política.

Inclusive, o art. 50²⁷⁶ da Carta Olímpica é recebido pela pelo ordenamento jurídico brasileiro. O art. 1º da Lei 9.615/98²⁷⁷, no § 1º, recepciona “as normas internacionais e

273 17 Em fadu.pt: disponível em https://www.fadu.pt/files/protocolos-contratos/PNED_publica_CartaOlimpica.pdf

274 Em fadu.pt: https://www.fadu.pt/files/protocolos-contratos/PNED_publica_CartaOlimpica.pdf

275 Em impulsiona.org.br: disponível em - <https://impulsiona.org.br/atletas-negros/>

276 Em fadu.pt: https://www.fadu.pt/files/protocolos-contratos/PNED_publica_CartaOlimpica.pdf

277 Em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9615consol.htm

regras de cada modalidade”, e, o § 3º diz que “os direitos e garantias estabelecidos nesta Lei e decorrentes de princípios constitucionais do esporte não excluem os oriundos de tratados e acordos internacionais firmados pela República Federativa do Brasil”.

O COI, como observador das Nações Unidas, deve ter uma análise mais ampla de contextos. E, a partir de uma leitura mais profunda do movimento, abraçar o artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que declara: ‘Todo mundo tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de manter opiniões sem interferência’. As regras esportivas não devem ter a capacidade de limitar esse direito.”²⁷⁸

Os atletas mantêm um movimento de pressão para que o COI retire o artigo 50 da Carta Olímpica.

5 A “inconstitucionalidade” da Regra 50

Mesmo tendo como ideia criadora preservar uma postura de “neutralidade” do movimento esportivo diante de disputas políticas, a regra 50 apresenta contradições até mesmo dentro da Carta Olímpica, uma espécie de Constituição do esporte.

Essa regra proíbe “em qualquer instalação Olímpica, qualquer forma de manifestação ou de propaganda política, religiosa ou racial”. Acontece que em uma leitura atenta a essa Carta imediatamente nos deparamos com dois princípios que determinam como objetivo do Olimpismo o desenvolvimento harmônico da atividade esportiva, respeitando a dignidade da pessoa humana e a não discriminação.

O Princípio Fundamental nº 2279, reforça o princípio basilar da dignidade da pessoa humana, visto ser um princípio de Direitos Humanos presente em diversos tratados internacionais, dos quais a imensa maioria dos países olímpicos são signatários, sendo inclusive um pilar do ordenamento jurídico brasileiro, expressado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Já o princípio nº 4280 da Carta Olímpica trata da não discriminação com base em raça, religião, política e sexo, relativos a um país ou pessoa. Ele reforça o que está

278 Em News.un.org: disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>

279 Em News.un.org: disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>

280 Em fadu.pt: https://www.fadu.pt/files/protocolos-contratos/PNED_publica_CartaOlimpica.pdf

estabelecido no art. 7º do Tratado de Roma²⁸¹ (tratado base de formação da União Europeia), bem como com os arts. 3º, 4º e 5º da CF/88, que promovem direitos iguais e repudia discriminações raciais, regionais, religiosas, em relação ao gênero ou de qualquer natureza.

Importante lembrar também que a Organização Internacional do Trabalho (OIT), na Convenção nº 111282, trata sobre a discriminação. Já no art.1, a), entende por “discriminação toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência, tendo por fundamento raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que vise destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento, sendo estas práticas vedadas no que concerne ao ambiente de trabalho.”

Cabe salientar que a Declaração Universal dos Direitos humanos, nos artigos 1º e 2º, ao dispor que “todos os homens devem ser iguais em dignidade e direitos, não devendo haver discriminação de nenhuma espécie,” sobrelevando o artigo 19 do tratado, que prevê a todos a liberdade de opinião e expressão sem nenhum tipo de interferências.

Mesmo entendendo ser o Comitê Olímpico Internacional uma entidade privada, tendo autonomia para criar regras, a Regra 50 cria um conflito interno. Ela representa um caminho de tolher a liberdade de expressão e a manifestação na proteção de causas de igualdade e justiça social, princípios da própria organização.

Outro aspecto importante a ser analisado é a natureza do esporte. Ele nasce com a ideia de aproximar povos e pessoas, não afastar. Esporte abraça, não recrimina. Manifestações em defesa da igualdade e do combate à discriminação estariam em conformidade com os princípios formadores do movimento.

E mesmo autônoma, nenhuma entidade anda dissociada da sociedade. O direito é “uno” e mantém diálogo permanente com todos, inclusive com as entidades esportivas. Por ser indivisível, as interpretações legais devem ser feitas levando-se em conta todo o ordenamento jurídico e não apenas regras isoladas, conforme ensina Pedro *Lenza*²⁸³.

Devemos alertar o leitor que, modernamente, vem sendo dito que o Direito é uno e indivisível, indecomponível. O direito deve ser

281 Em https://europa.eu/european-union/sites/default/files/docs/body/treaty_on_european_union_pt.pdf

282 Em https://www.trt2.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_111.html

283 *Lenza*, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.53

definido e estudado como um grande sistema, em que tudo se harmoniza em conjunto. A divisão em ramos do direito é meramente didática, a fim de facilitar o entendimento da matéria, vale dizer: questão de convivência acadêmica

A liberdade é um tema presente no esporte e na vida. Ela tem sido objeto de reflexão da humanidade há milênios.

6 A liberdade e o direito

A ideia de liberdade vem sendo debatida desde os primeiros grandes pensadores da humanidade. E um dos principais desafios dessa reflexão tem sido estabelecer se há limites e quais seriam as responsabilidades que essa liberdade traria.

Para Aristóteles, discípulo de Platão, considerado um dos maiores filósofos da Grécia Antiga, “a liberdade é a capacidade de decidir-se a si mesmo para um determinado agir ou sua omissão”²⁸⁴.

Ou seja, Aristóteles coloca como elemento indispensável à liberdade a possibilidade de escolha. A missão do homem livre seria escolher caminho e postura diante das alternativas possíveis, realizando-se como decisão e ato voluntário.

Para o filósofo grego a liberdade estaria na possibilidade de viver de acordo com as leis que a pessoa ajudou a elaborar²⁸⁵:

“[...] é livre não aquele que vive sem leis ou contra a lei, mas aquele que vive de acordo com as leis que ele mesmo elaborou, ou às quais dá seu assentimento livre”.

O conceito de liberdade perpassa a história, e mesmo milênios após Aristóteles segue sendo objeto de reflexão e discussão na sociedade.

²⁸⁴ RABUSKE, A. E. *Antropologia filosófica*, 7. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 89

²⁸⁵ FARIAS, M, C, B. *A liberdade esquecida: Fundamentos ontológicos da liberdade no pensamento Aristotélico*. São Paulo: Loyola, 1995, p. 174

Emanuel Kant também avança nas reflexões acerca da liberdade. Para o pensador, a liberdade também é experiência do prático. Dentro dessa ideia, liberdade para *Kant* é agir segundo leis.

Segundo ele, em um conceito positivo, mesmo a liberdade tem que estar submetida a leis, e se essas leis não são externamente impostas, elas são impostas internamente. Ele designa a liberdade como autonomia, ou a propriedade dos seres racionais de legislarem para si próprios. Liberdade e moralidade são indissociáveis. Ou seja, avança no estudo metafísico, científico, colocando o sujeito como elemento fundamental.

Kant entende que a liberdade passa a existir quando agimos pelo dever, quando este dever é determinado pela lei pura, e não pelas inclinações. Para *Kant* a liberdade é uma condição indispensável para que a ação moral tenha validade universal²⁸⁶.

[...] tornamo-nos conscientes de leis práticas puras do mesmo modo como somos conscientes de proposições fundamentais teóricas puras, na medida em que prestamos atenção à necessidade com que a razão as prescreve a nós e à eliminação de todas as condições empíricas, à qual aquela nos remete. [...] visto que a partir do conceito de liberdade nada pode ser explicado nos fenômenos mas que aqui o mecanismo natural sempre tem que constituir o fio condutor, que além disso também a antinomia da razão pura, se ela quiser elevar-se ao incondicionado na série das causas, tanto num caso como no outro enreda-se em representações inconcebíveis, enquanto o último (mecanismo) pelo menos possui utilidade na explicação dos fenômenos, assim jamais se teria chegado à façanha de introduzir a liberdade na ciência, se a lei moral, e com ela a razão prática, não tivesse sobrevivendo e impingindo a nós esse conceito.”

Tratando-se de leis morais ou de normas jurídicas, o fundamento de ambos é a autonomia da vontade. Quanto aos deveres morais, os homens são responsáveis perante a si mesmos; na esfera jurídica, são responsáveis perante os demais.

286 Crítica da razão prática. Tradução e notas de Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2009b.p. 106

Mas é preciso avançar e refletir sobre uma interpretação mais recente. *Ronald Dworkin* entende o direito como uma comunidade de princípios, e a liberdade teria papel central nessa relação.

Para o pensador, os membros dessa comunidade se reconhecem reciprocamente como livres e iguais. Existe um respeito às diferenças, que não pode ser confundido com altruísmo ou dever moral. Ele nasce de um sentimento de pertencimento, fruto das obrigações que são estabelecidas dentro dessa comunidade de maneira coletiva e respeitando esses princípios.

Portanto, o Direito seria um sistema aberto de princípios e regras. Para ele, a ideia positivista de que uma regra geral e abstrata poderia solucionar os problemas do Direito não responde aos problemas concretos apresentados.

Dentro dessa comunidade de princípios, o compromisso com a proteção de direitos humanos mostra-se decisivo para a interpretação dos seus atos. Ou seja, a autoridade precisa de uma atitude que preserve o igual respeito a dignidade de cada um.

Ronald Dworkin entende o Direito como integridade. Igualdade e liberdade estão sob esse guarda-chuva hermenêutico e avança na questão ética. Ele não defende uma homogeneidade ética, mas o respeito de todos aos direitos de todos, como cidadãos dessa comunidade de princípios²⁸⁷.

“A integração ética com os atos coletivos de uma sociedade política se mostra apropriada apenas para os cidadãos tratados pela sociedade como membros plenos e iguais”.

E dentro dessa concepção do direito como integridade, fundado em uma democracia estabelecida por uma “comunidade de princípios”, *Dworkin* também reflete a respeito da liberdade de expressão.

Para *Dworkin*, “a liberdade de expressão é necessária para que o povo governe o governo e não vice-versa”²⁸⁸. Ele também escreve que a liberdade de expressão²⁸⁹.

287 DWORKIN, R. The Partnership Conception of Democracy. *California Law Review*, 86, 1998.

288 32 DWORKIN, 2006, p.322

289 DWORKIN, 2005, p. 497).

[...] é importante não só pelas consequências que tem, mas porque o Estado deve tratar todos os cidadãos adultos (com exceção dos incapazes) como agentes morais responsáveis, sendo esse um traço essencial ou 'constitutivo' de uma sociedade política justa.

Sendo assim, deve ser levado em consideração que a liberdade de expressão se constitui em um fim em si mesma, na medida em que "é, em si, um direito humano fundamental"

Ou seja, pela leitura de Aristóteles, *Kant* e *Dworkin* poderia se encontrar caminhos para entender que a liberdade é um poder individual de todos, que deve ser decisivo para estabelecer leis e princípios que norteiam a vida das pessoas. Mas *Dworkin* vai além, entendendo que a validade dessas leis e regras estaria diretamente relacionada ao consentimento dessa "comunidade de princípios", onde a proteção de direitos humanos, como a liberdade e a igualdade devem ser protegidos.

No esporte, essa "comunidade de princípios" reagiu e agiu depois da morte de *George Floyd*, exercendo a liberdade de expressão na proteção de direitos humanos, do inegociável direito a igualdade, protegido inclusive pelo movimento esportivo.

5.1 A liberdade de expressão

Na visão de Mello e Moreira, a liberdade está intrinsecamente ligada à existência do ser humano. Quando não há liberdade, parcela da vida, se não toda ela, perde a sua razão de ser²⁹⁰.

De acordo com o que se denota, a liberdade é pressuposto intrínseco à existência minimamente digna do indivíduo, sendo, assim, consubstanciada no princípio da dignidade da pessoa humana. A liberdade detém várias acepções, podendo demonstrar uma natureza negativa, tal como as liberdades de natureza civil, ou cunho positivo, conforme se extrai dos direitos políticos.

Saliente-se que a segunda natureza da liberdade positiva detém uma nuance mais ampliada do que a primeira. Nesta esteira, passa-se a dar enfoque a uma espécie específica de liberdade política/positiva, a saber: a liberdade de expressão, que abarca a produção

²⁹⁰ MELLO, Cleysson de M.; MOREIRA, Thiago. **Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

artística, acadêmica, intelectual, científica e de comunicação, bem como quaisquer espécies de opiniões, crenças ou princípios²⁹¹.

Neste diapasão, André Carvalho Ramos elucida:

A liberdade de expressão consiste no direito de manifestar, sob qualquer forma, ideias e informações de qualquer natureza. Por isso, abrange a produção intelectual, artística, científica e de comunicação de quaisquer ideias ou valores.

[...]

Esses direitos, em seu conjunto, demonstram que a liberdade de expressão possui duas facetas: a que assegura a expressão do pensamento e a que assegura o direito dos demais de receber, sob qualquer forma ou veículo, a manifestação do pensamento de outrem²⁹².

Este preceito basilar advém, no Brasil, da Carta Imperial de 1824, que, por ocasião de seu artigo 179, IV, assegurava a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos, de forma a abarcar a liberdade de comunicação, a ausência de censura e a liberdade de imprensa²⁹³.

Ulteriormente, são encontradas remissões à garantia desse direito no texto das Cartas Magnas, tais como a de 1891²⁹⁴ (artigo 72, §12) e 1946²⁹⁵ (artigo 141, §5º). Noutro

291 RAMOS, André Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

292 *Idem*, p. 500.

293 BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 23 jun. 2022.

294 BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 23 jun. 2022.

295 BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 23 jun. 2022.

giro, as Constituições dos anos de 1934²⁹⁶ e 1937²⁹⁷ foram incumbidas de reconhecer a censura e restringir, de maneira expressa, o direito à manifestação de pensamento.

Nesta mesma esteira, a Constituição de 1967²⁹⁸, aliada aos “atos institucionais”, depois da cessação democrática, instaurou um novo regime de liberdade de informação plenamente restrito, através da presença de uma administração maciça do Estado no que rege aos meios de comunicação, por intermédio do artigo 150, §8º, o qual foi posteriormente reforçado no artigo 153, §3º da Emenda Constitucional nº 1 de 1969²⁹⁹.

Na seara internacional, pode-se mencionar a presença do princípio da liberdade de expressão nos mais importantes tratados acerca de Direitos Humanos em escala mundial, tais quais: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966; Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000; a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1950; e a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, do ano de 1948³⁰⁰.

O histórico acima citado é deveras significativo para a elaboração de uma consciência sobre a relevância da liberdade de expressão. Essa consciência poderá ser progredida por intermédio do reconhecimento de toda a jornada árdua caminhada a fim de que este direito possa se realizar na conjuntura atual que, nestas situações, será executada com mais empenho e perseverança.

A Carta Magna de 1988 assegura, de modo expresse, a liberdade de manifestação de pensamento, através de seu artigo 5º, IV, pouco importando a censura ou licença, de

296 BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 23 jun. 2022.

297 BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 23 jun. 2022.

298 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1937**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 23 jun. 2022.

299 BRASIL. **Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 23 jun. 2022.

300 MELLO; MOREIRA, *op. cit.*

acordo com o que determina o artigo 5º, IX, bem como o artigo 220, *caput*, e o direito de acesso à informação³⁰¹.

Implicitamente, pode-se mencionar a incidência da garantia à liberdade de expressão, exposta na Lei Maior, através das seguintes normas: o princípio democrático, presente no *caput* do artigo 1º; o pluralismo político, extraído do artigo 1º, V; direito de resposta, disposto no artigo 5º, V; princípio da solidariedade, constante do artigo 3º, I; e o instituto da imunidade de natureza material, efetivo em seu artigo 53³⁰².

Essas garantias são de alta relevância para a elaboração e o bom progresso do Estado Democrático de Direito, haja vista que cessar a voz do povo é correspondente à sua aniquilação, submetendo-o a toda e qualquer espécie de violação e repressão.

Outrossim, a ausência de informação se ingere de modo direto na composição de uma pessoa, que, sem a necessária convivência com esta, tem o progresso de sua personalidade sufocado. Portanto, a informação é o direito à liberdade de expressão em si, tendo em vista que sem aquela, esta não tem razão de ser³⁰³.

Logo, nota-se que a liberdade de expressão está intrinsecamente conectada à informação. Ademais, denota-se que o direito em análise detém duas nuances, tendo em vista que assegura a disseminação de pensamento, bem como o direito que outros indivíduos detêm de receberem a manifestação explicitada por outros³⁰⁴.

Desta maneira, pode-se asseverar que a informação também está inerentemente vinculada à democracia, sendo certo que esta deve ser pluralista e viabilizar o respeito à veiculação das mais variadas espécies de opiniões, crenças, notícias, dentre outros.

Em virtude disso, a proibição à liberdade de expressão é hábil a modificar uma sociedade abarrotado de problemáticas e necessidades sociais em uma sociedade aparentemente tranquila, sem o acontecimento de reivindicações ou manifestações, o que mascara a sua efetiva situação e leva indivíduos alheios à sua verdadeira condição a acreditarem em sua suposta inexistência de problemas, que podem e devem ser retificados.

301 BRASIL, *op. cit.*, 1988.

302 *Idem*.

303 MELLO; MOREIRA, *op. cit.*

304 RAMOS, *op. cit.*

Todavia, urge ressaltar que a liberdade de expressão não se trata de um princípio de natureza absoluta, sem limites, eis que esta pode experimentar restrições, tais quais as mencionadas no artigo 13 do Pacto de São José da Costa Rica. Isto posto, cita-se, na qualidade de um dos princípios restringentes do direito em comento a dignidade da pessoa humana³⁰⁵.

Destarte, perante um caso concreto em que se vislumbra uma colisão de direitos fundamentais, aplica-se a ponderação como método de solucionar esse conflito. Além disso, é imperioso que se verifique a forma pela qual a ponderação poderá impactar a dignidade da pessoa humana, eis que esta detém um *status* de prevalência jurídica *prima facie*³⁰⁶.

Ademais, Mello e Moreira salientam que o uso da dignidade da pessoa humana enquanto restringente da liberdade de expressão não pode acontecer de modo arbitrário ou absoluto, se valendo de um simples subjetivismo do Poder Judiciário³⁰⁷.

Frisa-se, por oportuno, que o presente direito também encontra limitação no que se intitula discurso de ódio. Acerca do tema, Ramos explicita:

O discurso de ódio (*hate speech*) consiste na manifestação de valores discriminatórios, que ferem a igualdade, ou de incitamento à discriminação, violência ou a outros atos de violação de direitos de outrem. Essa terminologia acadêmica é de extrema atualidade no Brasil e em diversos países no mundo, em face do discurso neonazista, antissemita, islamofóbico, entre outras manifestações de pensamento odiosas³⁰⁸.

Este também é o pensamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema. por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 82424, a Corte Suprema estabeleceu, como limite à liberdade de expressão, o discurso de ódio, contendo ideais racistas, violadores de direitos humanos.

305 MELLO; MOREIRA, *op. cit.*

306 *Idem.*

307 *Idem.*

308 RAMOS, *op. cit.*, p. 502.

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). [...]13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica³⁰⁹.

No caso acima enunciado, foram publicados livros de temática antissemita, o que ocasionou a prisão de seu autor. Assim sendo, o Tribunal ora comentado determinou, acertadamente, que a incitação ao racismo não obtém guarida pela liberdade de expressão, mantendo, logo, a decisão que decretou a prisão em razão do crime de racismo.

5.2 O caso da atleta Carol Solberg

Carol Solberg, atleta de vôlei de praia, sofreu uma denúncia pela procuradoria atuante junto ao Superior Tribunal de Justiça Desportiva, uma vez que, em consonância com a inicial acusatória, a atleta, após o fim da partida, teria pegado o microfone

³⁰⁹ STF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 82424**, Relator(a): MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00024 EMENT VOL-02144-03 PP-00524.

pertencente à organização do evento com o intuito de se expressar politicamente, declarando: "só pra não esquecer: fora Bolsonaro"³¹⁰.

A denúncia indica que Carol Solberg teria ofendido um dispositivo do regulamento do evento que determina o compromisso do jogador em não disseminar, por intermédio dos meios de comunicação, informação ou opinião pessoal que reproduza críticas ou seja hábil a indireta ou diretamente, lesionar ou prejudicar a imagem da Confederação Brasileira de Vôlei e/ou parceiros e patrocinadores comerciais das competições³¹¹.

Em virtude disso, a denúncia declara que a jogadora em comento teria ofendido os artigos 191, III, e 258 do Código Brasileiro de Justiça Desportiva, tendo em vista que estas normas estabelecem conduta indisciplinar o descumprimento do regulamento da competição e de avocar qualquer comportamento oposto à ética ou disciplinas desportivas³¹².

É sabido que o desporto é disciplinado pelo título VIII da Carta Magna, que cuida da ordem social e delinea, na qualidade de uma de suas finalidades, a justiça social, de forma que o artigo 220 da Lei Maior, ao cuidar da comunicação social, determina que a manifestação de pensamento, a expressão, a criação e a informação, através de qualquer modo, veículo ou processo, não poderão experimentar limitações³¹³.

Conforme já asseverado a nuance utilitarista da liberdade de expressão encara o seu desempenho como algo proveitoso para o meio social, tendo em vista que, acolhendo-se o parâmetro de liberdade de manifestação, o alcance da verdade é mais viável ou, ainda, que os equívocos sejam retificados. Neste sentido, o direito em análise avoca para si específica tutela constitucional ao direito à informação e à liberdade dos veículos de comunicação.

310 VIEIRA, Marcelo Palladino Machado. Liberdade de expressão no esporte: o "caso Carol Solberg". **Revista Consultor Jurídico**, 21 out. 2020.

311 *Idem*.

312 BRASIL. **Código Brasileiro de Justiça Desportiva**. IBDD Instituto Brasileiro de Direito Desportivo. — São Paulo: IOB, 2010.

313 BRASIL, *op. cit.*, 1988.

Sob esta nuance, é interessante a preocupação da procuradoria no que cerne com a opinião pessoal da jogadora, eis que ela explicita, para a mídia, o que, em sua concepção, configuraria a suposta conduta ilícita de proferir sua opinião política em público.

Vale ressaltar que a atleta, posteriormente, foi absolvida das acusações impostas sobre ela. Contudo, em primeira instância, a jogadora havia sido condenada a uma pena de advertência em razão do ocorrido³¹⁴.

Na verdade, o que se extrai é a preocupação financeira dos denunciantes, à proporção em que os parceiros comerciais poderiam se opor à manifestação da atleta, o que aparenta contrapor um direito de alto *status* na Lei Maior a temáticas simplesmente comerciais, e, ainda, sem embasamentos empíricos acerca do caso.

De acordo com o exposto, o esporte já se explicitou como uma ferramenta utilizada ao longo da história para o fim de catalisar debates políticos, sem que fosse prejudicada a competição. As suas esferas social e política são harmônicas e consolidam a sua natureza competitiva.

Nesta senda, o esporte se consubstancia em uma manifestação cultural, sendo que a tutela constitucional que merece não é medida por seus fins monetários, mas sim pelos ideais da valorização do ser humano em si.

5.3 Colisão entre direitos fundamentais e ponderação

Em consonância com *Dimoulis* e *Martins*, da concepção jurídico-dogmática, os direitos fundamentais se tornam importantes apenas nas ocasiões em que acontece uma intromissão no seu livre desempenho³¹⁵.

Assim sendo, extrai-se do entendimento dos autores que a análise dos direitos fundamentais apenas é válida nas ocasiões em que se procura determinar quais seriam os limites e qual direito deveria se sobrepor em caso de colisão³¹⁶.

314 GLOBO ESPORTE. Carol Solberg é absolvida no STJD do vôlei por "Fora, Bolsonaro" em entrevista. *In: Globo esporte*, 16/11/2020. Disponível em: < <https://ge.globo.com/volei-de-praia/noticia/apos-recurso-carol-solberg-e-absolvida-em-2a-instancia-por-manifestacao-politica.ghtml>>. Acesso em: 24 jun. 2022.

315 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. 4 ed. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012.

316 *Idem*.

Desta feita, segundo os juristas, a análise destes direitos detém importância prática nas ocasiões em que se atestam duas condições, a saber: a existência de uma impossibilidade ao desempenho de um direito fundamental e que essa impossibilidade tenha sido acarretada por uma norma disposta em lei infraconstitucional³¹⁷.

Assim sendo, vale ressaltar que a espécie normativa do direito fundamental é formada por três ferramentas imprescindíveis, a saber: i) a seara de regulamentação, que se consubstancia na temática cuidada pelo constituinte, isto é, o que estiver fora dessa área, não foi englobado pela norma fundamental; ii) a seara de tutela objetiva, que é a conduta jurídica protegida; e iii) a seara de tutela subjetiva, que é o detentor do direito, sendo que a quem a norma não conceder essa titularidade, se encontrará fora dessa seara³¹⁸.

Isto posto, incumbe ao órgão julgador decidir sobre a constitucionalidade do dispositivo infraconstitucional que impacta a seara do direito fundamental protegido, tendo em vista que se trata de direitos não dotados de plenitude.

No que diz respeito às colisões, é necessária a explicitação de alguns conceitos, de modo a melhor entender a temática. *Dimoulis* e *Martins* asseveram que os contextos de colisões entre direitos fundamentais ocorrem em virtude de restrições impostas a estes em virtude dos próprios preceitos constitucionais, que exerce essa tarefa com o fito de harmonizar o interesse coletivo com o individual³¹⁹.

Alexy, por seu turno, ressalta que os princípios fundamentais são regramentos de aprimoramento, isto é, constituem normas que comandam algo que seja executado em maior medida viável, respeitando-se as viabilidades fáticas e jurídicas existentes³²⁰.

Assim sendo, os direitos fundamentais, quando entram em colisão, podem ser relativizados, a fim de que um se sobreponha ao outro, respeitando-se, sempre, o seu núcleo fundamental.

[...] não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de

317 *Idem*.

318 *Idem*.

319 *Idem*.

320 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição³²¹.

Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONTRA DECISÃO DE NATUREZA PRECÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 735/STF. SIGILO BANCÁRIO. CONFLITO APARENTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PONDERAÇÃO. PRECEDENTES. 1. Em respeito ao art. 102, III, da Constituição Federal, ao Supremo Tribunal Federal cabe o julgamento, mediante recurso extraordinário, das causas decididas em única ou última instância. 2. Recurso interposto contra acórdão que confirmou decisão de deferimento de medida liminar, portanto, de natureza precária. Incidência da Súmula 735/STF 3. Na hipótese, a quebra de sigilo foi determinada pelo Judiciário, em decisão que deferiu liminar em ação cautelar preparatória de ação civil pública de improbidade administrativa. Os direitos fundamentais estatuídos pela Constituição, quando em conflito, podem ser relativizados. De modo que o sigilo bancário, espécie de direito à privacidade, deve ser relativizado diante dos interesses público, social e da justiça. 4. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não houve fixação de honorários advocatícios. 5. Agravo interno a que se nega provimento³²².

No caso ora discutido, qual seja, o da atleta Carol Solberg, verificou-se que a denúncia tentou fundamentar a acusação no direito ao desporto, previsto no artigo 217, II e III da Lei Maior. Todavia, percebe-se que não se trata de colisão de direitos fundamentais, já que a suposta norma violada seria de cunho infraconstitucional.

321 STF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 23452**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJe de 12/5/2000.

322 STF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 612687 AgR**, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/10/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-258 DIVULG 13-11-2017 PUBLIC 14-11-2017.

Contudo, se a denúncia fosse, de fato, baseada no direito ao desporto, por todo o elencado no presente artigo, tem-se que este direito deveria ser relativizado em virtude do direito fundamental à liberdade de expressão, tendo em vista toda a sua importância histórica e social relatadas.

6 A luta como instrumento de mudança

Rudolf von Ihering é um dos principais nomes do direito. O jurista alemão influenciou novos pensadores do direito subjetivo, não só como o direito sendo um exercício jurídico da liberdade como também da expectativa de direitos privados. E o cerne dessa ideia estaria a luta. Escreve *Ihering* no livro *A Luta Pelo Direito*:³²³

“Todos os direitos da humanidade foram conquistados na luta; todas as regras importantes do direito devem ter sido, na sua origem, arrancadas àqueles que a elas se opunham, e todo o direito, direito de um povo ou de um particular, faz presumir que se esteja decidido a mantê-lo com firmeza”.

A luta recente pela defesa da igualdade dentro do movimento esportivo tem transformado o jogo. Atletas venceram o déficit democrático do movimento esportivo, levantaram a bandeira da proteção de direitos humanos de maneira coletiva e estão transformando o esporte.

Os Comitês Olímpico e Paralímpicos dos Estados Unidos emitiram um comunicado em dezembro de 2020 informando³²⁴ que não irão punir atletas que protestarem em defesa de justiça social e racial. A iniciativa foi tomada em conjunto com os atletas, e reforça o movimento global para que o esporte reveja regras que proíbem manifestações em defesa de direitos humanos de atletas em eventos esportivos. Além disso, foi pedido que a regra 50 da Carta Olímpica (que proíbe manifestações políticas) seja alterada.

O comunicado foi além e pediu desculpas por erros históricos. *Sarah Hirshland*, CEO do Comitê, disse que foi um erro os EUA terem punido atletas como João Carlos e *Tommie Smith*, que se tornaram personagens importantes no combate à segregação racial no país,

³²³ Ihering, Rudolf Von, *A Luta pelo Direito*, Forense, 1994, p. 1

³²⁴ Em <https://leiemcampo.com.br/comite-olimpico-dos-estados-unidos-nao-punira-atletas-que-se-manifestarem-por-causas-sociais-e- raciais-em-competicoes/>

quando em 1968 na Olimpíada do México, no pódio, levantaram o braço com o punho cerrado num gesto simbólico de combate ao preconceito.

A posição dos Estados Unidos aumentou a pressão sobre a Regra 50.

Na 9ª Cúpula Olímpica, realizada em dezembro de 2020, foi discutida a questão. O presidente da Comissão de Atletas lembrou que estava sendo feita uma consulta com todos os atletas do mundo sobre como garantir que eles possam se expressar em defesa de valores olímpicos, como a proteção de direitos humanos, respeitando seus colegas e não prejudicando o espírito dos jogos”.

Após meses de consultas, a Comissão de Atletas do Comitê Olímpico Internacional (COI) recomendou (34) manter a proibição de protestos e manifestações políticas durante os Jogos Olímpicos de Tóquio. Além de incluir o pódio, a orientação também serve para o local em que os jogos acontecerem e nas cerimônias oficiais.

Apesar do veto, a Comissão pediu uma espécie de 'reestruturação' da Regra 50 da Carta Olímpica, e também uma maior clareza nas punições por violações à regra por atletas. Ao término da reunião, o COI afirmou que houve um avanço, apontando a flexibilização em alguns pontos.

A pesquisa com os atletas foi incluída no documento. Nela, 70% dos entrevistados acreditam que as competições e cerimônias oficiais não são espaço para manifestações e protestos.

Ao longo dos 11 meses, 3.547 atletas de 185 países e 41 modalidades esportivas foram ouvidas. Para 67%, o pódio também não deve ser palco de manifestações. Ainda no relatório, 48% dos atletas disseram que acreditam ser importante que sejam criadas “oportunidades para a expressão dos atletas durante os Jogos”. Eles sugerem também que haja um momento durante a cerimônia de abertura do evento para a “solidariedade contra a discriminação”.

Consultados, atletas reforçaram um freio interno à própria liberdade de expressão dentro do esporte.

7 Conclusão

Existe caminho para proteger dentro do movimento esportivo direitos inegociáveis, como à liberdade e à igualdade. Como lembrado por *Ihering*, ele passa pela força, pelo entendimento do atleta de que ele “está decidido a mantê-lo com firmeza”³²⁵.

Para isso, o exercício democrático se faz indispensável, com o entendimento coletivo dos atletas de pertencimento a uma “comunidade de princípios”, conforme ensinamento de *Dworkin*.

Qualquer posicionamento que seja em favor da igualdade, contra o preconceito e na defesa de valores universais de direitos humanos, não pode ser punido. Pelo esporte e pelos governos. Mas para isso, esse tem que ser o entendimento da sociedade e do movimento esportivo. Essa proteção perde força com um posicionamento coletivo que limite esses direitos, inclusive no esporte. Assim, regras internas aceitas acabam ganhando espaço.

Mesmo assim, a leitura do intérprete das regras jurídicas ainda tem papel fundamental. Dentro do esporte, ter uma leitura mais elástica dos regramentos esportivos na proteção de direitos humanos se torna um desafio permanente. Como ensina Aristóteles³²⁶:

“A equidade é o justo, ou melhor, uma espécie de justiça, a expressão do justo natural em relação ao caso concreto, o que vale dizer a justiça concreta”.

Os fatos desencadeados pelo “Caso George Floyd” mostram uma realidade histórica da sociedade. Tensão gera mudança, de fora para dentro. Mobilizados, os atletas mostraram a força que muitos ainda desconhecem ter, como se viu na NBA e no Comitê Olímpico dos EUA.

Atletas fazem parte da cadeia associativa do esporte. E, por isso, *precisam ter voz nas discussões, inclusive sobre regras. A verdade é que a Lex Sportiva* (sistema em que o esporte se organiza) sofre historicamente de um ‘déficit democrático’, com pouca participação dos atletas nas decisões importantes.

325 Ihering, Rudolf Von, *A Luta pelo Direito*, Forense, 1994, p. 1

326 Andrade, Christiano José de. *Interpretação Jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992 p.37

Mas ele foi vencido. A conquista promete ser histórica, pelo bem da liberdade e da igualdade.

REFERÊNCIAS:

- 1 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- 2 ALVES, José Antônio Barros; PIERRANTI, Octavio Penna. O estado e a formulação de uma política nacional de esporte no Brasil. **RAE electron**, v.6, n.1, São Paulo, Jan./Jun. 2007.
- 3 ANDRADE, Christiano José de. **Interpretação Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- 4 BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. **Direito Desportivo**. Belo Horizonte: Casa da Educação Física, 2018.
- 5 BOBBIO, Norberto; *et al.* **Dicionário de política**. Coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1a ed., 1998.
- 6 BRASIL. **Código Brasileiro de Justiça Desportiva**. IBDD Instituto Brasileiro de Direito Desportivo. — São Paulo: IOB, 2010.
- 7 BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 23 jun. 2022.
- 8 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 23 jun. 2022.
- 9 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2022.
- 10 BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 23 jun. 2022.

- 11 BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 23 jun. 2022.
- 12 BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil de 25 de março de 1824.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 23 jun. 2022.
- 13 BRASIL. **Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 23 jun. 2022.
- 14 CALIXTO, Vinícius. **Lex Sportiva e Direitos Humanos.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.
- 15 CAMARGOS, Wladimir. **Constituição e Esporte no Brasil.** Goiânia: Editora Kelps, 2017.
- 16 CASTELLANI, FIHO, Lino. **Educação física, esporte e lazer: reflexões nada aleatórias.** Campinas, SP: Autores Associados, 2013.
- 17 COELHO NETA, Joana D'Arc Fernandes. **Análise acerca dos limites da liberdade de expressão política no âmbito dos eventos olímpicos Rio/2016.** 2017. 48 f. Monografia (graduação) - Universidade Federal Rural do Semi-árido, Mossoró, 2017.
- 18 COUTO, Euclides de Freitas. Os traços da rebeldia: esporte, cultura e política na obra de Henfil (1968-1971). **PODIUM: Sport, Leisure and Tourism Review**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 148-167, jul./dez. 2012.
- 19 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. 4 ed. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2012.
- 20 DRUMOND, Maurício. Vargas, Perón e o esporte: propaganda política e a imagem da nação. **Estudos históricos** (Rio de Janeiro), vol.22, no.44, Rio de Janeiro jul./dez. 2009.
- 21 FARIAS, M, C, B. **A liberdade esquecida: Fundamentos ontológicos da liberdade no pensamento Aristotélico.** São Paulo: Loyola, 1995.
- 22 GLOBO ESPORTE. Carol Solberg é absolvida no STJD do vôlei por "Fora, Bolsonaro" em entrevista. *In: **Globo esporte***, 16/11/2020. Disponível em: < <https://ge.globo.com/volei->

de-praia/noticia/apos-recurso-carol-solberg-e-absolvida-em-2a-instancia-por-manifestacao-politica.ghtml>. Acesso em: 24 jun. 2022.

23 IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**, p. 1, Forense, 1994.

24 LESSA, Fábio de Souza. Democracia e esportes em Atenas. **Synthesis** (La Plata), v.15 La Plata, 2008.

25 MELLO, Cleysson de M.; MOREIRA, Thiago. **Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

26 NETTO, Menelick de Carvalho e Guilherme Scott. **Os Direitos Fundamentais e a (in) certeza do Direito**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012

27 RABUSKE, A. E. **Antropologia filosófica**, 7. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

28 SANTOS, Adriana Costa. Democracia. **Direito e Participação**: um estudo de caso do comitê popular da copa de Brasília. 2014. 61 fl. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação)- Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

29 STF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 82424**, Relator(a): MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00024 EMENT VOL-02144-03 PP-00524.

30 STF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 23452**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJe de 12/5/2000.

31 STF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 612687 AgR**, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/10/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-258 DIVULG 13-11-2017 PUBLIC 14-11-2017.

32 VARGAS, Getúlio. **Diário**. 2 vols. Rio de Janeiro: FGV, 1995.

33 VIEIRA, Marcelo Palladino Machado. Liberdade de expressão no esporte: o "caso Carol Solberg". **Revista Consultor Jurídico**, 21 out. 2020.

CIBERCRIMINALIDADE: OS CRIMES CIBERNÉTICOS E OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET

NICOLI TAINARA RICARDO BOTON:

Bacharelado do curso de Direito pela
Universidade Brasil Campus Fernandópolis

ALEXANDRE YURI KIATAQUI

(orientador)

RESUMO: Neste trabalho, serão discutidos os aspectos históricos e conceituais do crime cibernético, bem como alguns conceitos gerais do crime cibernéticos e uma breve descrição da atual legislação brasileira que trata do assunto. No entanto, o foco desta pesquisa é realizar um estudo mais aprofundado sobre o exercício do direito à liberdade de expressão para determinar as restrições ao exercício desse direito na internet e o impacto causados por ataques cibernéticos.

Palavras-chave: Cibercrimes. Liberdade. Expressão. Discriminação. Internet.

Abstract: In this work, the historical and conceptual aspects of cyber crime will be discussed, as well as some general concepts of cyber crime and a brief description of the Brazilian legislation that deals with the subject. However, the focus of the research is to carry out a study of the more in-depth exercise on the exercise of freedom of expression to determine how the exercise of the right is exercised on the Internet and the impact of this fight for cyber attacks.

Key words: Cybercrime. Freedom. Speech. Discrimination. Internet.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 CIBERCRIMINALIDADE. 2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES. 2.1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. 2.2. LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. 3 DISCURSO DE ODIOS NA INTERNET. 4 OS CRIMES CIBERNÉTICOS. 4.1. OS CRIMES CONTRA A HONRA E O BULLYING NA INTERNET. 4.2. DA DIFAMAÇÃO. 4.3. DA CALÚNIA. 4.4. INJURIA. 4.5. CONSIDERAÇÕES IMPORTANTES DOS CRIMES CONTRA A HONRA NA INTERNET. CONCLUSÕES E CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

É de conhecimento geral a proporcionalidade como o acesso a internet tornou-se algo cotidiano nos tempos atuais. E com tamanha facilidade para a utilização da rede, tornou-se comum que crimes previstos pelo Código Penal, passassem a serem praticados de maneira online. De forma simples, rápida e sem muitas dificuldades, com apenas alguns cliques.

A liberdade de expressão é um direito que foi conquistado advindo de muitos esforços e que deve ser protegido. Contudo os excessos acabam por acontecer de maneira contínua, principalmente de forma online, trazendo certa vulnerabilidade para o indivíduo e a sua honra, que acabam sendo constantemente alvos de discursos de ódios disfarçados em opiniões que vão além de um limite aceitável.

Embora a liberdade de expressão seja um direito garantido no artigo 5º da Constituição Federal, ela possui limites que devem ser respeitados. Qualquer pessoa possui o pleno direito de expressar-se, desde que não venha a ferir a honra de outrem. E caso o faça, a Carta Magna veda qualquer espécie de anonimato. É necessário que haja alguma identificação, preservando, então o direito ao contraditório. Entretanto, a internet é um lugar onde cria-se a ilusão de estar em anonimato, trazendo para o infrator a sensação de impunibilidade para o que quer que ele venha a fazer.

Deste modo, o presente trabalho, busca abordar quais são esses cibercrimes que ferem a honra de um indivíduo, quais os modos como ocorrem e as considerações que devem ser levantadas através desta pesquisa.

1. CIBERCRIMINALIDADE

1.1 Noções gerais sobre a cibercriminalidade

Durante o começo do milênio, a era digital, apesar de completamente intrigante, era algo desconhecido até então pelo homem comum. Com o passar dos tempos, houve uma popularização da rede de internet referente as mais variadas atividades, e com isso, passou-se a existir uma preocupação referente a segurança de seus usuários, com base nas informações que eram compartilhadas de forma online, não apenas para o governo, mas também para todos aqueles que faziam uso dela.

Ainda que o conceito seja arcaico, o termo "cibercrime" passou a existir apenas no final da década de 90, em uma reunião do G-8, que estava sendo destinada para uma discussão sobre o combate a práticas ilícitas na internet, de maneira preventiva e punitiva.

Desde então, o termo veio a ser utilizado para mencionar infrações penais praticadas na internet.

A maneira como a internet facilita de forma clara nossas vidas, a tornou um meio gigante de comunicação, mas com isso passamos a ser expostos a crimes cibernéticos ou à ameaça do crime cibernético. Com o aumento crescente de usuários, grupos criminosos começaram a se formar na plataforma, prejudicando o domínio sem fronteiras do ciberespaço. Existem diversos modos de ameaças. Sem a tecnologia digital e a internet, esses crimes não poderiam ocorrer, e a tecnologia é seu principal objetivo (exemplificando, a criação, disseminação e a implantação de vírus de computador e ataques à infraestrutura de TI). Mas de outro modo, os crimes cometidos pelo meio cibernético são facilmente cometidos, graças a crescente capacidade tecnológica (por exemplo, exploração de abuso infantil online, transação online de bens ilegais como drogas ou armas e a fraude online).

O crime cibernético também está relacionado à privacidade das pessoas. A maneira como nos comportamos online pode expor dados privados e promover a exposição a diferentes ameaças no ciberespaço. Além disso, a privacidade também está relacionada ao comportamento dos indivíduos, especialmente como as pessoas prejudicam umas às outras (por exemplo, compartilhar imagens privadas sem consentimento). À medida que a tecnologia digital penetra em todos os aspectos de nossas vidas, a segurança e a proteção online / virtual tornaram-se igualmente importantes.

Portanto, pode-se dizer que todos os crimes cibernéticos ocorrem por meio ou com a ajuda de meios virtuais, utilizados na prática do comportamento ilegal, usado para atualizar a execução de crimes antigos ou na criação de novos crimes ofensa. Os cibercriminosos usam vários métodos diferentes para praticarem os seus crimes.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES

2.1 Liberdade de expressão

Expressão é o ato de revelar opiniões, sentimentos ou impressões sobre algo. Expressa de forma espontânea ou calculada em milímetros, independentemente da forma, a mensagem é sempre transmitida.

A liberdade de expressão precisa ser considerada um direito amplo, não existe meia liberdade, ou você é livre, ou não é. Entretanto, se existir algum comportamento considerado excessivo, ele será amparado pelo sistema legal e devidamente punido. Além

disso, ainda neste caso, podemos pensar que a pessoa é livre e, no exercício da sua liberdade, cometeu um crime ou dano de que é responsável.

A Constituição Federal é o diploma jurídico mais importante do Direito brasileiro, e nela é assegurado a liberdade de expressão como um direito fundamental:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
II – Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

IV – É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

VI – É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

IX – É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

XIV – É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Do mesmo modo, existe o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas de 1996, pelo Decreto número 592:

Artigo 19. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

Deste modo, não há dúvidas quanto ao respaldo sobre o direito claro sobre liberdade de expressão

2.2 Limites da liberdade de expressão

O artigo 5º da Constituição Federal Brasileira garante o direito à liberdade de expressão para todos. De acordo com o Artigo 5º da Constituição Federal, Inciso V e X, enfatizam-se que a imagem e a honra de uma pessoa não podem de forma alguma ser violadas. Entretanto, o mesmo artigo também afirma que a expressão dos direitos de alguém não garante que haja espaço para ofensas, violação e inflição dos direitos humanos ou a propagação do discurso de ódio.

Restrição é o limite com outro direito. Por exemplo: posso expressar minhas opiniões sobre alguém livremente. Mas se eu fizer isso de maneira caluniosa, violarei o direito de honra dessa pessoa. Qual é a minha punição? Trata do crime de difamação previsto no capítulo dos crimes contra a honra do Código Penal Brasileiro.

Outro caso: Com minhas palavras ou atitude, pedi desculpas pelo crime organizado ou incitação à violência. Portanto, nestes tipos de crimes, a minha excessiva liberdade de expressão deve ser combatida pela legislação penal, que na verdade considera esta atitude um crime.

Fora do campo penal, também pode ser a minha atitude que causou danos a alguém. Se eu descobrir que minha irregularidade está causalmente relacionada ao dano, serei condenado a indenizar a vítima.

Nesse sentido, a restrição da liberdade de expressão cabe, na verdade, a qualquer conduta que possa causar danos na esfera civil ou criminal. Não há necessidade de falar sobre restrições anteriores, proibir qualquer comportamento e limitar a possibilidade de se expressar.

Bem, por exemplo, é diferente para mim recompensar você pelos danos mentais que me causaram e impedir que você me xingue em público. Em outras palavras: deve haver liberdade. Se cometermos algum ato ilegal (civil ou criminal) dentro desta liberdade, seremos responsáveis por isso. Caso contrário, enfrentaremos um sistema de censura, que é um ato deliberado de restringir o direito à liberdade de expressão de forma dura e autoritária. A censura é uma barreira artificial à liberdade de expressão.

3. DISCURSOS DE ODIO NA INTERNET

Primeiro, usaremos as palavras de Michel Foucault para conceituar a palavra "discurso". Destacou: "Chamaremos de discurso um conjunto de enunciados, na medida em que se apoiem na mesma formação discursiva; ele não forma uma unidade retórica ou formal, indefinidamente repetível e cujo aparecimento ou utilização poderíamos assinalar (e explicar, se for o caso) na história; é constituído de um número A Arqueologia do Saber 133 limitado de enunciados para os quais podemos definir um conjunto de condições de existência. (...) "(FOUCAULT, 1960, páginas 132-133).

A incitação ao ódio também é chamada de "hate" em inglês. Isso também é um desafio ao Estado de Direito, porque está no âmbito da liberdade de expressão. Com a internet e as mídias sociais, principalmente as redes sociais, ficou mais fácil divulgar esse discurso. As redes sociais nos proporcionam uma visibilidade sem precedentes, e há quem diga que uma vez publicado nessas redes, o arquivo ou a mídia nunca mais sairá de lá.

Conseguir manter-se anônimo dentro dessas plataformas é bastante atraente para as pessoas que desejam divulgar este tipo de discurso. Existe uma falsa sensação de poder e de impunidade que, somado com a ignorância e o preconceito impulsiona o "Hater" a fazer publicações com sua ira, em velocidade digital.

Com o avanço das trocas tecnológicas, surgiu a chamada "era digital" e as manifestações se tornaram mais comuns e corriqueiras, principalmente de forma mais informal. Partindo da ideia de que o contato físico não é possível na Internet, o usuário se sente mais protegido e estimulado, podendo expressar sua opinião sem restrições. Isso levou à ideia de que não existem regras no ambiente virtual, e as regulamentações legais não podem chegar lá.

É importante destacar que o discurso de ódio é atualmente um dos meios de comunicação mais nocivos do mundo digital. Esse tipo de comentário enfatiza a atuação do pensamento insuficiente e foca na intolerância, levando a diferentes práticas de violação e abuso de direitos. Na maioria dos casos, os usuários vão estimular o racismo, o preconceito e até o incitamento à divulgação de comentários ou publicações violentas.

Um exemplo claro e atual foi referente ao caso da cantora Luísa Sonza, que sofreu diversas ameaças nas redes sociais. A cantora recebeu diversas mensagens de ódio, com intimidações e promessas de morte. Os ataques se intensificaram após a morte prematura do filho de Whindersson Nunes, ex-marido da artista. Muitas pessoas começaram a xingá-la após a tragédia, com graves ofensas. O fato levou inclusive, Luísa a publicar um vídeo

desesperada, aos prantos, pedindo que as ameaças cessassem. Após o episódio, a equipe da cantora a afastou das redes sociais e ela decidiu dar uma pausa em sua carreira.

A cultura de cancelamento associada ao discurso de ódio, uma nova forma de boicote, está se tornando cada vez mais popular nas redes sociais. Por causa da narrativa obsoleta, o dano é chocante. Os conceitos de liberdade de expressão e leis e regulamentos são extrapolados (SIPELLI, 2020).

4 OS CRIMES CIBERNÉTICOS

4.1. Os Crimes Contra a Honra e o Bullying na Internet

São crimes de dano à honra; a difamação, calúnia e injúria, os quais estão previstos nos artigos 138.139 e 140 do Decreto nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal Brasileiro). É uma violação da pessoa e uma violação dos direitos objetivos da vítima, exceto para os danos que afetam a reputação subjetiva da vítima. Esses crimes geralmente requerem agenciamento da vítima, ou seja, estarão sujeitos ao processo penal do órgão (BITENCOURT, Cezar Roberto). Segundo Guilherme de Souza Nucci, honra:

É faculdade de apreciação ou senso que se faz acerca da autoridade moral de uma pessoa, consistente na sua honestidade, no seu bom comportamento, na sua respeitabilidade no seio social, na sua correção moral; enfim, na sua postura calcada nos bons costumes (...) sua importância está vinculada à estima de que gozam as pessoas dignas e probas no seio da comunidade onde vivem (...) (NUCCI, Guilherme de Souza, 2014, p.743).

A honra pode ser dividida em honra objetiva e honra subjetiva. O momento subjetivo refere-se ao conceito moral de que um indivíduo desfruta diante do coletivo, enquanto a honra subjetiva refere-se ao conceito do indivíduo de si mesmo. Segundo Guilherme de Souza Nucci, Já a honra objetiva é o julgamento da sociedade, ou seja, a imagem de uma pessoa na sociedade.

4.2. Da difamação

A difamação é um típico representante do Código Penal Brasileiro, especialmente de seu artigo 139. A difamação é a atribuição de determinado fato ao ofendido, considerado desonroso e ofensivo à sua reputação, mas não constitui crime,

independentemente de o fato que constitui crime ser falso ou falso. A intenção do agente era desacreditar a honra da vítima. O objetivo desse direito é proteger a honra objetiva da pessoa ofendida, ou seja, o que as outras pessoas pensam dela. (Bittencourt, Cesar Roberto)

4.3. Da calúnia

O artigo 138 do Decreto nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal Brasileiro), dispõe sobre o crime de difamação. Trata-se de um crime com a intenção de manchar a honra da vítima, e erroneamente atribuiu a ela os fatos definidos como crime. Requer necessariamente que os fatos acusados sejam falsos, ou seja, o ofendido não praticou os fatos definidos como crimes, ou os fatos nunca existiram. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci "caluniar é fazer uma acusação falsa, tirando a credibilidade de uma pessoa do meio social" (NUCCI, 2014, p.745).

4.4. Injúria

A injúria está prevista no artigo 140 do Código Penal Brasileiro. Trata-se de qualquer violação intencional da dignidade e da etiqueta da vítima, ferindo sua honra subjetiva, ou seja, afetando de si mesmo o respeito, os princípios e os valores morais da vítima. Segundo Guilherme de Souza Nucci, "Esse é um insulto que macula a honra subjetiva e prejudica o autoconceito da vítima." (NUCCI, 2014, p. 754).

O crime de injúria está previsto no artigo 140 do Código Penal Brasileiro e envolve qualquer violação dolosa da dignidade e da etiqueta da vítima, ferindo sua honra subjetiva, ou seja, afeta Para Guilherme de Souza Nucci. Sua reputação (...). Portanto, caluniar uma pessoa significa revelar fatos notórios por sua honra objetiva, sejam eles verdadeiros ou falsos. (NUCCI, 2014, p.750, 751).

4.5. Considerações importantes dos crimes contra a honra na internet

Quando se trata de conceito, os crimes praticados contra a honra por meio digital não diferem dos acontecidos fora da internet, a principal diferença esta nas proporções que este delito leva. Levando-se em consideração que, uma vez exposto nas redes, nunca mais poderá ser apagado. As consequências são sempre maiores e mais impactantes na vida de quem sofreu o crime.

Sendo assim, cria-se um questionamento da necessidade de criação de novas leis próprias para os crimes virtuais. Alguns juristas afirmam que o Código Penal e as leis esparsas são capazes de suprir esta necessidade, visto que enxergam a internet como apenas um meio para a prática do crime. Deste modo, o Superior Tribunal de Justiça (2008) declarou por meio informativo eletrônico:

Na ausência de uma legislação específica para crimes eletrônicos, os tribunais brasileiros estão enfrentando e punindo internautas, crackers e hackers que utilizam a rede mundial de computadores como instrumento para a prática de crimes. Grande parte dos magistrados, advogados e consultores jurídicos considera que cerca de 95% dos delitos cometidos eletronicamente já estão tipificados no Código Penal brasileiro por caracterizar crimes comuns praticados por meio da internet. Os outros 5% para os quais faltaria enquadramento jurídico abrangem transgressões que só existem no mundo virtual, como a distribuição de vírus eletrônico, cavalos-detróia e worm (verme, em português).

Com esta visão, a internet não passa de um meio para um fim, enquadrando-se como uma mera qualificadora, tornando não necessária a criação de um tipo específico. Entretanto, questões como essa devem ser analisadas com cautela, visto que muitos delitos praticados de forma online, ofendem bens jurídicos ainda não tutelados.

É necessário levar em consideração o fato de que o Brasil adota o sistema da reserva legal, sendo assim, não há crime sem lei anterior que o preveja, portanto, tais condutas não podem ser consideradas delituosas até que a lei penal as descreva. Os crimes de assédio e os de ataque à honra, que devem ser mais bem observados quando praticados online, não possuem previsão legal específica.

CONCLUSÕES

Toda a forma de expressar sua opinião deve ser protegida, visto que é um dos principais pilares sustentadores da democracia. Infringir este direito faria com que o sistema estremecesse e possuísse a sua estrutura abalada. A restrição, embora pareça antidemocrática a primeiro contato, não passa de exceção à regra, e deve ser estritamente aplicada a todos os direitos.

Como nenhum direito é absoluto, a sua extensão é limitada e cabe unicamente ao Estado, na sua forma judicial, corrigir os excessos em seu exercício, haja vista que cada direito acaba onde outro começa. Desta forma, repara-se que os limites entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio são de difícil delimitação em uma linha tênue, transferindo para o judiciário esses problemas, em busca de suas resoluções.

Por fim, demonstra-se que é completamente incontestável a importância da liberdade de expressão, mas faz-se importante impor regras, para que não haja mal uso deste direito que não pode ser utilizado de uma maneira ilimitada. Por essa razão os crimes praticados contra a honra de forma cibernética possuem penalidade três vezes maiores que um crime praticado fora da rede.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FOUCAULT, Michel Foucault. A Arqueologia do Saber. 7º Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitaria, 2008

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito Penal. Parte Especial, volume 2, Dos crimes contra a honra da pessoa. 6º. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal comentado. 14º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

CARVALHO, Marcelo Sávio Revoredo Menezes de. A trajetória Da Internet no Brasil: Do surgimento das redes de computadores à instituição dos mecanismos de governança. Publicado pela UFRJ, 2006. Disponível em: <http://www.nethistory.info/Resources/Internet-BR-Dissertacao-MestradoMSavio-v1.2.pdf>

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

CARPINELLI, André Turella. **Discurso De Ódio E Liberdade De Expressão: Permissão, Proibição E Criminalização No Atual Cenário Sociopolítico Ocidental**. 2017. 114 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Direitos Fundamentais, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37573/1/ulfd137531_tese.pdf. Acesso em: 01 mar. 2021.

CUNHA, Felipe Goulart. **A tensão entre o direito à liberdade de expressão e o discurso de ódio no panorama judicial e democrático brasileiro**. 2019. 63 F. TCC (Graduação) – Curso De Direito.

CUSTÓDIO, Roberto Montanari. **Os Limites da Liberdade de Expressão: uma coisa é censura, outra é responsabilização.** 2019. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/05/03/os-limites-da-liberdade-de-expressao-censura-e-responsabilizacao/>. Acesso em: 23 mar. 2021.

SIPELLI, Wallace. **O discurso de ódio nas redes sociais e os efeitos causados pela cultura do cancelamento.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6271, 1 set. 2020. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/85074>. Acesso em: 20 mar. 2021

SILVA, Alexandre Assunção e. Liberdade de expressão e crimes de opinião. São Paulo: Atlas, 2012.

CONCERINO, Arthur José. Cybercrimes. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.161

IMPOSSIBILIDADE DE GUARDA COMPARTILHADA POR CONTA DE CONFLITOS ENTRE GENITORES E SITUAÇÕES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER VS. DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA.

THAYZA MELLO DA SILVA:
Graduanda em direito da Faculdade
de Direito da Universidade Federal
do Amazonas

FLÁVIA REGINA PORTO AZEVEDO ³²⁷

(revisora)

RESUMO: O presente artigo propõe elaborar uma breve reflexão sobre a correlação entre o Direito de Família e o Direito Penal, bem como o Direito Constitucional. Por conseguinte, devido aos fundamentos e princípios presentes no tema será realizado uma análise do tema no Direito da Criança e do Adolescente. Nesta pesquisa busca-se delinear o conceito de guarda, bem como suas categorias, realizando uma delimitação dos tipos de guarda presente em nosso ordenamento jurídico e as exceções da escolha da guarda unilateral. Além disso, tem-se como objetivo elencar como a Lei Maria da Penha pode intervir na escolha da guarda dos menores após o divórcio e a dissolução de união estável. E, também, fulcral abordar o direito à convivência familiar, haja vista que se pautam pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e, as condições psicológicas do genitor. Desse modo, busca-se de modo geral a importância desse tema e, de maneira breve, refletir sobre a vulnerabilidade das crianças e dos adolescentes diante dessa situação.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da Família. Guarda Compartilhada. Guarda Unilateral. Direito da Criança e do Adolescente. Violência contra a mulher. Lei Maria da Penha. Constituição Federal de 1988. Alienação Parental. Convivência familiar.

ABSTRACT: This article proposes to elaborate a brief reflection on the correlation between Family Law and Criminal Law, as well as Constitutional Law. Therefore, due to the fundamentals and principles present in the theme, an analysis of the theme will be carried out in the Law of Children and Adolescents protection. This research seeks to outline the concept of custody, as well as its categories, making a delimitation of the types of custody present in brazilian legal system and the exceptions to the choice of unilateral custody. In addition, the objective is to list how the Maria da Penha Law can intervene in the choice of

³²⁷ Mestre em Educação e Especialista em Direito Penal e Processual pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM), Professora de Direito de Família e Sucessões na Universidade Federal do Amazonas e chefe do Departamento de Direito Privada da Universidade Federal do Amazonas.

custody of minors after divorce and the dissolution of a stable union. It is also crucial to address the right to family life, given that they are guided by Child and Adolescent Statute and the psychological conditions of the parent. In this way, the importance of this topic is generally sought and, briefly, a reflection on the vulnerability of children and adolescents in this situation.

KEYWORDS: Family Law. Custody Unilateral. Violence against women. Maria da Penha Law. Federal Constitution of 1988. Parental Alienation. Family coexistence.

1.INTRODUÇÃO

Primordialmente, no Direito de Família é fundamental disciplinar a responsabilidade parental com o objetivo de promover o desenvolvimento da criança e do adolescente de modo próspero, quando esses ainda são considerados incapazes e que, conseqüentemente, devem ter um cuidado maior de seus genitores.

Nessa perspectiva, na ideia de que o princípio da dignidade da pessoa humana presente na Carta Constitucional norteia o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, deve-se escolher a guarda que mais beneficia os filhos após divórcio ou dissolução de união estável.

Apesar de parecer uma escolha fácil decidir a guarda dos filhos, leva-se em consideração uma série de fatores que vão influenciar no crescimento dos menores ou na personalidade dos adolescentes. Isto é, fatores culturais, econômicos e políticos, que motivam e instigam atitudes da criança ao se deparar com a separação de seus pais.

Se visto de modo histórico, em uma linha temporal no Brasil, é sabido que desde o início dos tempos, o pai/homem sempre foi tido como chefe da família, sendo assim a pessoa que decidia tudo no seio familiar. Devido à isso, com as mudanças na contemporaneidade, como a ascensão do feminismo e o divórcio, a mulher/mãe passou a ter voz, e apesar de hoje ser visto como algo "mínimo", nos anos 1950 corria o risco de nem ter contato mais com o filho, caso a mãe decidisse sair de casa.

No século XXI, a promulgação das Leis nº 11.698/2008 e nº 13.058/2014 registrou um grande avanço na história do Direito de Família, pois o legislador passou a impor medidas rígidas com a finalidade de buscar um equilíbrio maior na distribuição de responsabilidades entre pais e mães, e conseqüentemente, a ideia do pai provedor e da mãe cuidadora veem se deteriorando cada vez mais.

Ao tratar da guarda, leva-se em consideração como se deu o término do casamento ou da união estável, ou seja, como está sendo para os filhos o procedimento

de divórcio e de dissolução da união estável. É uma razão importante para que o tipo de guarda seja decidido, uma vez que deve-se considerar se os genitores possuem um bom relacionamento, se o genitor ou a genitora possui problemas psicológicos e/ou agressivos, os quais podem ser maléficis aos filhos, se está ocorrendo alienação parental, se a genitora sofria violência doméstica, (entre outros fatores igualmente relevantes)

Isto é, é uma série de fatores determinantes que irão ajudar no procedimento do que será melhor para a criança e/ou adolescente, haja vista que a guarda é atributo do poder familiar e designa o modo de gestão da vida dos filhos, principalmente, após o desfazimento do vínculo conjugal ou convencional dos pais.

Nesse sentido, o presente artigo busca abordar de modo mais afincado a realidade de famílias do Brasil, as quais possuem problemas quando ocorre o divórcio ou a dissolução de união estável. Essas adversidades ocorrem devido à escolha da guarda, uma vez que é necessário se pautar pelo melhor interesse da criança e do adolescente e há casos em que a guarda compartilhada é a melhor alternativa, entretanto, pode ocorrer de a exceção ser a mais viável ao caso, qual seja, a guarda unilateral.

Por conseguinte, é fulcral entender os motivos que levam muitas mães a decidirem pela guarda unilateral em vez da guarda compartilhada, a qual hoje em dia é usada como regra.

E como ocorre a convivência familiar do genitor em casos que um dos motivos do divórcio ou da dissolução da união estável foi a violência doméstica sofrida pela ex-companheira? Neste caso, deve ocorrer restrição de visitas aos filhos? Quais são as consequências mentais e psicológicas para os filhos que vivenciaram as situações de violência sofridas pela mãe? O direito do genitor de ter a convivência com o filho e/ou filha em sua vida, prevalece caso venha trazer malefícios para a saúde física e mental da criança ou adolescente?

Assim sendo, trazer clareza e valor para este tema é necessário, já que está presente em milhares de famílias brasileiras, bem como mostra-se indispensável, haja vista que está ligado diretamente com as decisões dos juízes das varas de família.

É válido, ainda, compreender quando ocorrem situações de violência contra a mulher, como é feita a segurança dos filhos? Já que, muitas vezes, as crianças presenciam os abusos psicológicos e até físicos que a mãe sofre. Há consequências psicológicas trazidas à vida da criança ou do adolescente? Levando em consideração que há casos graves que envolvem medida protetiva e que a Lei Maria da Penha é acionada.

Nesse ínterim, é válido refletir se a guarda compartilhada deve ser aplicada mesmo em casos de violência contra a mulher, visto que deve haver especial ponderação entre o melhor interesse da criança e o direito de a mulher ter uma vida sem violência. Uma vez que o compartilhamento da guarda nesses casos faz com que haja a continuidade do vínculo entre homem e mulher, podendo fazer com que haja também a continuidade da situação de violência.

E, também, uma abordagem da questão do direito de visitas, ou seja, a convivência familiar e comunitária em casos de guarda compartilhada e guarda unilateral. Como também, elencar o pedido de alimentos em ambas as guardas e como o procedimento é feito.

2. GUARDA

Primordialmente, no Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 - a qual entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003 -, em sua redação original a guarda era atribuída a apenas um dos genitores, além disso o Art. 1584 relatava que caso não houvesse acordo entre as partes na dissolução da união, a guarda dos filhos seria concedida a quem tivesse as melhores condições para exercê-la, ou seja, quem tivesse melhores condições econômicas de sustentar e “criar” a criança.

Nesse sentido, com as novidades legislativas em prol da família e da criança e do adolescente, em 2008 a Lei nº 11.698 alterou a redação dos Arts. 1.583 e 1.584 e a guarda compartilhada passou a existir de forma expressa na legislação brasileira. Mudando, assim, o destino de muitas famílias.

Com a possibilidade da guarda compartilhada no ordenamento jurídico, as decisões em prol dos filhos após o divórcio são pautadas nessas duas hipóteses: a guarda compartilhada ou a guarda unilateral. Ambas elencadas no Código Civil de 2002, conforme disposto no Art. 1.583:

Art.1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. §1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Uma das grandes mudanças no Direito de Família é a Lei nº 13.058/2014 a qual foi sancionada em 22 de dezembro de 2014 e alterou a redação do Art. 1.584 §2º do Código Civil brasileiro, estabelecendo que mesmo quando não houver acordo entre a mãe e o pai

quanto à guarda do filho e ambos estiverem aptos a exercer o poder familiar, a guarda compartilhada será constituída. Ou seja, a guarda compartilhada é a regra e a guarda unilateral, portanto, a exceção.

Nesse sentido, no REsp: 1254000 MG 2011/0084897-5 a Ministra Nancy Andrichi explicitou que:

A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. (STJ, REsp: 1254000 MG 2011/0084897-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI).

Apesar de haver casos em que a alternativa mais benéfica e favorável é a guarda compartilhada, há circunstâncias em que a guarda unilateral tem prevalência, a qual é uma via restritiva que ocorre em casos específicos e que melhor irá atender à criança ou adolescente.

2.1. GUARDA COMPARTILHADA X GUARDA ALTERNADA

Entende-se que a guarda compartilhada é a guarda exercida por ambos os genitores, isto é, ambos possuem responsabilidades em relação ao filho, assim, possuem o dever de decidirem conjuntamente sobre questões relevantes da vida da criança. Assim, a escola, as atividades extracurriculares, as consultas médicas, resumidamente, todas as questões que envolvem o bem-estar da criança.

A Lei nº 13.058/2014 aborda de modo geral que a guarda compartilhada é usada como regra no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que entende que a responsabilidade deve ser de ambos os pais para com o filho, isto é, os dois devem ter obrigações e não tudo ficar à cargo de apenas um genitor.

O Desembargador Sérgio Fernando Vasconcellos, em uma decisão explicou a respeito da guarda compartilhada, proferindo:

A chamada **guarda compartilhada** não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma **forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação amplo e flexível**, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é

imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos; mas, quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. (Apelação Cível Nº 70059147280, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando Vasconcellos Chaves, Julgado em 16/04/2014).

Nesse íterim, é válido ressaltar, também, que na guarda compartilhada as despesas do filho devem ser divididas do modo mais equilibrado possível, de acordo com a renda e capacidade de cada um dos pais. Além disso, a guarda compartilhada não significa necessariamente a dupla residência e é importante observar o melhor interesse da criança quando for decidido a moradia, ou seja, qual dos pais moram próximo a escola, aos amigos da criança, das atividades extracurriculares e etc.

Já a guarda alternada, além de não possuir previsão legislativa no Brasil, é às vezes confundida com a guarda compartilhada, mesmo que ambas tenham características diferentes.

O Presidente da Comissão de Assuntos Legislativos do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, elenca a guarda alternada do seguinte modo:

Em outras palavras, na guarda alternada tem-se sucessivas guardas unilaterais ou exclusivas, exercidas pelo genitor que estiver com a custódia física naquele período. Afora a inexistência de previsão legal, penso que esse tipo de guarda não atende ao princípio do melhor interesse da criança, pois, além da mudança constante de residência, deixa a criança confusa, sem saber a que autoridade parental deve respeito, o que interfere nos seus hábitos valores e padrão de vida. (DELGADO. Mario Luiz. Guarda compartilhada ou Guarda Alternada).

Na guarda alternada, ocorre uma alternância na residência do seio familiar, ou seja, cada pai tem seu direito sobre o filho em sua própria casa, ou seja, cada genitor em sua residência ditará as regras e o filho viveria nas duas residências, de modo revezado. Esse modelo de guarda não se mostra a melhor escolha para a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes na visão da grande maioria dos doutrinadores.

2.2. GUARDA UNILATERAL

Na guarda unilateral, a criança ou o adolescente estará sob a autoridade de apenas um dos genitores, podendo ser o pai ou a mãe. Apenas um dos pais exercerá a guarda, tomando as decisões sozinho, decisões essas referentes à escola, atividades extraclasse,

saúde, alimentação e etc. E, também, o genitor detentor da guarda será responsabilizado civilmente pelos danos causados a terceiros pelo menor.

Nesse caso, mesmo que a guarda seja de apenas um dos pais, o outro pai continua tendo direitos em relação ao filho, devendo ter convivência com o menor e fiscalizar os interesses da criança e, se necessário, deve solicitar informações a respeito da saúde física, mental, psicológica e educacional do filho.

Além disso, a convivência é tida como um direito fundamental da criança e mesmo sem a efetiva guarda, o pai ou a mãe terá a seu favor a regulamentação de visitas para que o convívio com a criança seja o melhor possível. Esse direito de visitas, é regulado em comum acordo entre os pais ou por determinação judicial, a qual terá de especificar os dias e os horários de convívio.

2.3. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A APLICAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL

Primordialmente, no que tange à guarda unilateral, faz-se oportuno explicar que mesmo não sendo utilizada como regra, há situações excepcionais, isto é, situações em que a guarda unilateral é a melhor decisão para que a criança e o adolescente tenham um desenvolvimento mais vantajoso.

Nesse sentido, a guarda unilateral no ordenamento jurídico é utilizada como exceção, ou seja, de modo restritivo, sendo utilizada em casos específicos e que melhor atendem à segurança da criança, com respaldo no Direito da Criança e do Adolescente.

Isto posto, mesmo que a guarda compartilhada seja utilizada como regra, como fora dito anteriormente, é ilusório dizer que a guarda compartilhada atenderia todas as famílias com perfeição, quando na verdade cada família possui sua estrutura particular e única. Em razão disso, há casos em que a guarda unilateral é a melhor alternativa para o equilíbrio das relações e, principalmente, para a saúde mental dos filhos e dos pais.

Nesse sentido, um dos pontos que fazem a guarda compartilhada ser impossível, é quando ocorre conflitos constantes entre os genitores, ou seja, pais que não são cooperativos, não possuem diálogo ou se sabotam, conseqüentemente, vão transmitir para o filho que são tóxicos para sua educação e crescimento pessoal.

A respeito disso, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Antônio Carlos Ferreira respaldou que:

A guarda compartilhada entre pais separados deve ser interpretada como regra, **cedendo quando os desentendimentos dos genitores ultrapassarem o mero dissenso, podendo interferir em prejuízo**

da formação e do saudável **desenvolvimento da criança.** (STJ, AgInt no REsp 1688690/DF, Rel. Antonio Carlos Ferreira).

Do mesmo modo, Grisard Filho (2010, p.225) aduz que:

Famílias que são destroçadas por atitudes como as ditas anteriormente, devem optar pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas.

Ou seja, para que a criança não tenha danos em seu crescimento pessoal por conta de conflitos constantes de seus pais, é mais interessante que a guarda unilateral seja considerada.

Há também, a questão de pais que moram em lugares distintos e seguem vidas muito ocupadas, não colocando o filho como prioridade e tendo conflitos ainda maiores com o genitor que está morando com a criança. Haja vista que sempre há decisões cotidianas e de grande relevância na vida da criança e somente um dos pais iria ter condições de resolver.

Por fim, ocorre o pretexto de um dos genitores possuir problemas com dependência química ou alcoolismo, assim, o conflito entre os pais é ainda mais intenso visto que a participação na vida da criança vai ser maléfica para seu crescimento pessoal. Além disso, a dependência química ou alcoólica faz com que o indivíduo fique mais agressivo suscitando medo por parte da criança e genitor e/ou genitora.

3. SITUAÇÕES DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E A IMPOSSIBILIDADE DE GUARDA COMPARTILHADA

É importante salientar que a violência contra a mulher está presente em muitos lares de vários modos, podendo ser: doméstica, psicológica, física, moral, entre outras.

Nesse segmento, além de motivos particulares de cada família, há exemplos de divórcio que ocorrem por conta de violência contra a mulher nos lares e, conseqüentemente, por ser algo danoso à mulher e à sua dignidade humana, decidem pelo divórcio para que não tenham conseqüências piores.

Em casos de relacionamentos abusivos, é sabido que a guarda unilateral é a melhor alternativa para esse caso, haja vista que o abusador pode continuar praticando a violência que existia antes da dissolução de união estável ou divórcio. Nesse sentido, apesar de decidirem a guarda unilateral, deve-se ter o contato mínimo com o agressor e só falar o necessário quando se tratar de assunto referente à criança.

O judiciário tem reconhecido a impossibilidade da guarda compartilhada da vítima com o seu agressor, especialmente quando presente a adoção de medida protetiva. A exemplificar, dois julgados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Trata-se de agravo interposto por C. F. P. L. contra decisão que inadmitiu recurso especial visto incidirem na espécie as Súmulas n. 7/STJ e 284/STF. Alega a parte agravante, em síntese, que o recurso especial atendeu aos requisitos de admissibilidade, razão pela qual requer a sua admissão. É o relatório. Decido. Preliminarmente, impõe-se ressaltar que tanto o agravo em recurso especial como o recurso especial foram interpostos com fundamento no Código de Processo Civil de 1973, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, com as interpretações dadas pela jurisprudência desta Corte (Enunciado Administrativo n. 2/STJ). No presente caso, foi interposto recurso especial contra acórdão assim ementado: "APELAÇÃO CÍVEL. Direito de Família. Guarda de filhos. Pleito de fixação de regime de visitação e de guarda compartilhada formulado pelo pai. **Sentença que rejeitou a guarda compartilhada e fixou regime de visitação que estimula a convivência paterna. Recurso do pai insistindo na guarda compartilhada. Farta prova produzida nos autos que atesta a preservação dos interesses das crianças com a permanência da situação atual guarda unilateral da mãe. Situação atual que revela o desentendimento habitual dos genitores. A majoração das áreas de atuação conjunta agravaria o dissenso, em prejuízo evidente para os filhos. Desprovimento do recurso e manutenção da sentença**" (e-STJ, fl. 341). A parte recorrente argumenta que o art. 1.583 do CC foi violado na medida em que lhe foi negada a guarda compartilhada dos filhos com a recorrida. O Ministério Público Federal emitiu parecer, sumariado nos termos a seguir: "Agravo em Recurso Especial. Ausência de impugnação de todos os fundamentos da decisão agravada. Inviável o seguimento do agravo quando não atacados todos os fundamentos da decisão agravada. Súmula n. 182/STJ. Parecer pelo não conhecimento do agravo" (e-STJ, fl. 466). Passo à análise da questão proposta. **O acórdão recorrido considerou que a guarda compartilhada, no caso concreto, não seria a melhor saída em razão do mau relacionamento entre as partes.** Conforme ressalta, "o histórico familiar demonstra tristes episódios envolvendo brigas entre os pais, que culminaram, inclusive, com o

acionamento da polícia para concessão de medidas protetivas" (e-STJ, fl. 343). Após analisar as provas dos autos e tecer considerações acerca da atuação de ambos recorrente e recorrida e da situação fática em que vive a família, o acórdão concluiu: "Além disso, ampliar as áreas atuação concomitante entre pai e mãe, ao menos no momento, significaria estimular o conflito que decorreria naturalmente da ampliação das áreas de atrito, tudo redundando em mais prejuízos às crianças" (e-STJ, fls. 343/344). Desse modo, não há como conhecer do recurso especial visto que, para aferir eventual equívoco da Corte a quo e, por conseguinte, concluir pela necessidade da guarda compartilhada, é necessário reexaminar o conjunto fático-probatório dos autos, procedimento que encontra óbice na **Súmula n. 7/STJ**. Ante o exposto, nego provimento ao agravo. Advirto a parte de que eventuais recursos que venham a ser por ela interpostos poderão ensejar o arbitramento dos honorários de sucumbência recursais, nos termos do art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil (Enunciado Administrativo n. 7/STJ). Publique-se. Brasília, 19 de agosto de 2016. (AGRAVANTE:CFPL,STJ, AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 541.175- RJ (2014/0160617-6, MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA Relator, AREsp 541175, Data da Publicação,26/08/2016").

Apelação Cível. Ação de Guarda c/c Regulamentação de Visita. Família. Sentença que acolhe a pretensão inaugural e **defere a guarda unilateral à mãe, estabelecendo a visitação paterna nos moldes propostos na exordial e rechaçando o pleito reconvenicional de fixação da modalidade compartilhada.** Irresignação defensiva. Guarda compartilhada que, inobstante haja se constituído a regra no ordenamento brasileiro desde o advento da **Lei nº 13.058/2014, admite exceções. Art. 1.584, § 2º, do CC. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ressaltar a imperatividade da observância ao melhor interesse do menor.** Arrestos. Caso concreto que se amolda às hipóteses excepcionais admitidas pela jurisprudência. Ambiente doméstico onde as adolescentes não logravam encontrar condições adequadas ao seu sadio crescimento, sobretudo diante da separação de fato dos pais, que, ainda assim, seguiram coabitando. **Episódio comunicado junto a Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher no qual o Réu trancou não só a Autora, mas também as filhas do casal do lado de fora da casa. Situação nociva que teria**

perdurado por alguns meses, até que decretada medida protetiva de afastamento do Demandado do lar. Relatos das menores no sentido de que o pai racionava comida, levando-as a passar fome. Indícios de abandono afetivo apontados pelo laudo psicológico confeccionado sob determinação do Magistrado de 1º grau. Particularidades do núcleo familiar que justificam a concessão da guarda unilateral à genitora, o que apenas regularizaria quadro fático já constatado no curso dos últimos anos. Melhor interesse da prole. Julgados desta Corte Estadual. Honorários recursais. Inaplicabilidade do disposto no art. 85, § 11, do CPC, ante a ausência de fixação de sucumbência pelo Juízo a quo. Manutenção do decism. Conhecimento e desprovimento do recurso. (TJRJ, APELAÇÃO, 0009843-83.2016.8.19.0208, Des (a). SÉRGIO NOGUEIRA DE AZEREDO, DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Julgamento: 18/09/2019.)

Como demonstrado acima, embora a guarda compartilhada seja a regra no ordenamento jurídico, deve-se dar prevalência à guarda unilateral quando essa atender ao melhor interesse da criança.

4. CONVIVÊNCIA FAMILIAR: É REALMENTE NECESSÁRIO? É UM DIREITO?

O direito à convivência familiar está respaldado na Carta Constitucional de 1988 dentre um dos direitos fundamentais, ou seja, é de extrema importância a convivência familiar e comunitária. Do mesmo modo, enunciam a respeito do assunto no Estatuto da Criança e do Adolescente nos arts.19 a 52-D.

Nesse sentido, sabe-se que a criança e o adolescente, de acordo com a legislação brasileira, possuem o direito de serem criados por uma família, haja vista que esse é o sustentáculo de construção da sociedade. Haja vista que é por meio da família que o indivíduo nasce, cresce e se desenvolve.

Por conseguinte, se o indivíduo é criado em um lar sadio, amoroso e seguro, certamente, terá um desenvolvimento humano súpero em comparação às crianças que crescem em lares maléficis, os quais desencadeiam traumas e tristezas.

Nesse íterim, no que se refere à guarda, o Código Civil em seu Art.1.589 aborda que o pai ou a mãe, que não possuir a guarda dos filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o ex-cônjuge, ou com o que for fixado pelo juiz. E, também, o pai ou a mãe que não estiver morando com o filho e/ou adolescente deve fiscalizar sua manutenção e educação.

Assim, de acordo com o Código entende-se que a visitação e o direito à convivência familiar é um direito dos pais e caso não esteja acordado, será fixado pelo juiz de acordo com o caso concreto.

Como explicado de forma precisa, o direito de visitas é um direito da criança de conviver com ambos os pais, todavia, sabe-se que cada família possui suas particularidades e em alguns casos a convivência familiar acaba sendo dificultosa e não benéfica para a criança ou adolescente.

A família é o espaço íntimo onde as pessoas que ali estão procuram abrigo ou refúgio quando se sentem ameaçadas por qualquer motivo. Entretanto, há casos em que o núcleo familiar onde a criança ou adolescente vivem acabam deixando marcas irreparáveis, como por exemplo, a existência de violência doméstica contra a mulher, no caso contra genitora e, conseqüentemente, à violência familiar contra os filhos que ali residem. A respeito disso, a assistente social Viviane Nogueira de Azevedo elenca:

Todo ato ou omissão, praticado por pais, parentes ou responsáveis contra crianças e/ou adolescentes que, sendo capaz de causar dano físico, sexual e/ou psicológico à vítima, implica numa transgressão do poder/dever de proteção do adulto e, por outro lado, numa coisificação da infância, isto é, numa negação do direito que crianças e adolescentes têm de ser tratados como sujeitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. (AZEVEDO E GUERRA, 2001).

Ademais, a criança e o adolescente estão em fase de desenvolvimento e para que seja de modo equilibrado, é fulcral que o núcleo familiar desses seja um ambiente que estimule de modo positivo suas vidas. Assim, na visão da psicopedagoga Maria Lúcia Weiss:

Aspectos emocionais estariam ligados ao desenvolvimento afetivo e sua relação com a construção do conhecimento a expressão deste através da produção escolar (...). O não aprender pode, por exemplo, expressar uma dificuldade na relação da criança com sua família; será o sintoma de que algo vai mal nessa dinâmica. (Weiss, 2004, p.23).

Ou seja, a relação da família é de extrema importância para que a criança tenha um crescimento saudável.

Desse modo, em situações como os conflitos entre os pais em processo de divórcio ou quando ocorre violência doméstica contra a mulher, conseqüentemente, os filhos vão

ter uma reação ao que veem, ouçam e presenciam direta ou indiretamente, haja visto que estão ligados àquele seio familiar.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessarte, com o presente artigo fora possível elucidar os motivos pelos quais ocorre a impossibilidade de guarda compartilhada, bem como expor que o melhor interesse da criança e do adolescente é o pilar do seio familiar.

Nesse sentido, buscou-se, também, trazer à tona de modo detalhado e com opiniões de autores de grande relevância no país, que a violência doméstica contra a mulher continua sendo um fator de grande risco para a sobrevivência desta e de seus filhos que estão no mesmo ambiente do que sua genitora.

Além disso, mesmo que existam leis que respaldam o direito da mulher e o direito da criança e do adolescente, as marcas que ficam nas crianças, nos adolescentes e em suas mães em relação à violência sofrida, seja qual for - psicológica, verbal, patrimonial-, podem vir a trazer consequências irreparáveis para seu desenvolvimento como indivíduos na sociedade.

Do mesmo modo, há casos em que os conflitos entre os pais não são impossíveis de serem resolvidos e que a convivência familiar com os filhos se torna saudável, quando ocorrida de forma séria. Todavia, infelizmente, quando a convivência familiar não é aceita pelo juiz é em decorrência das situações em que o convívio é prejudicial e as crianças vivenciam situações de conflito entre seus pais que nada têm a ver, ou seja, ficam à mercê de inacabáveis discussões.

Assim, deve-se levar em consideração o caso concreto, haja vista que há famílias que não podem seguir a regra da guarda compartilhada, uma vez que é impossível isso ocorrer de maneira sadia. E, por conta disso, a guarda unilateral deve ser escolhida para que a mãe e seus filhos se sintam protegidos pela justiça.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Maria Amélia e GERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. **Mania de bater: a punição corporal doméstica de crianças e adolescentes no Brasil**. São Paulo: Editora iglu, 2001.

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

BRASIL. **Código Civil** – Lei 10.406/2002. Brasília: Senado Federal, 2002.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente** – Lei nº 8.069/1990. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. **Lei Maria da Penha** – Lei nº 11.340 de 7 agosto de 2006. Brasília: Senado Federal, 2006.

BRASIL, **Lei de Adoção** – Lei nº 12.010 de 3 de agosto de 2009. Brasília: Congresso Nacional, 2009.

BRASIL. **Lei da Guarda Compartilhada** – Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Brasília: Senado Federal, 2014.

DELANEZ, Geovana Oliveira. **A violência intrafamiliar e suas consequências no desenvolvimento da criança**; Rio Grande do Sul: PUC-RS, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª ed. Rev. atual. e amplo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**/ Maria Berenice Dias - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2007.

DINIZ, Danielle Alheiros. **A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo**; Revista Jus Navigandi, ano 14, n. 2.184 Teresina, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol. 6. 9º ed. Rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvm, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil, Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional**. Vol. 6. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. Ed. - No mesmo sentido: São Paulo: Saraiva, 2011.

ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda Compartilhada coativa**. Salvador: Juspodvm, 2018.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família Contemporâneo**. Salvador: Juspodvm, 2019.

WEISS, Maria Lúcia L. **Psicopedagogia Clínica: uma visão diagnóstica dos problemas de aprendizagem**. 10ª edição. Rio de Janeiro: editora DP & A, 2004.

IMUNIDADE DA INFORMAÇÃO

NATAN ALEXANDRE CRUZ CORADO:

Acadêmico de Direito – Universidade Federal do Amazonas.

ADRIANE CASTELO BRANCO MORAES

DEBORA DA SILVA NASCIMENTO

(coautoras)³²⁸

RESUMO: A Constituição Federal Brasileira de 1988, realiza uma previa imunidade tributaria apenas para livros, jornais, periódicos e ao papel destinado a impressão de jornais. Com o desenvolvimento da globalização e surgimento de novos meios eletrônicos, tornou-se necessário analisar o referido dispositivo jurídico, pois o ordenamento jurídico deve acompanhar a evolução da sociedade devido estar em constante mudança. A imunidade da informação é classificada como objetiva, voltada a proteção dos produtos citados no dispositivo constitucional, visando proteger a liberdade de comunicação, de pensamento, bem como difusão de informações, de cultura, de educação facilitada ao seu acesso a população em geral.

Palavras-chaves: Imunidade; Informação; Constituição

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira de 1988, como máximo veículo normativo hierárquico, tem por objetivo aplicar normas que disciplinam o funcionamento de uma sociedade. Nesse sentido, diante uma crise numérica de analfabetos no século XX e o advento da Ditadura Militar refletida por repressão e censura da imprensa, fez-se mister a ampliação do conhecimento sobre os diversos assuntos para facilitar o acesso à educação para a sociedade brasileira. Para tanto, a norma do art. 150, V, "d" da Constituição Federal tornou-se parâmetro para a ideia de poder conceder a utilização de recursos científicos e tecnológicos que estimulam a disseminação da cultura.

Importante salientar que a Constituição de 1988 previa imunidade tributária apenas a livros, jornais, periódicos e ao papel destinado à sua impressão de jornais.

328 Acadêmica de Direito – Universidade Federal do Amazonas.

Entretanto, com o avanço da globalização, surgiram meios eletrônicos como *CD-ROMs* e *softwares* que, da mesma forma, disseminam conteúdos, divulgam ideias e promovem a difusão da cultura.

Por isso, se tornou necessário analisar o referido dispositivo, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro deve acompanhar a evolução da sociedade, a qual está em constante mudança.

Para tanto, a corrente majoritária, com base no princípio da máxima efetividade, tem uma interpretação extensiva da imunidade prevista no art. 150, VI, "d", da Constituição Federal para que a aplicação da imunidade fosse estendida aos livros eletrônicos, DVDs, CD-ROMs, disquetes etc.

De acordo com Aliomar Baleeiro, importante tributarista brasileiro, "a Constituição almeja duplo objetivo ao estatuir essa imunidade: amparar e estimular a cultura e disseminação de informação e conhecimento, através de livros, jornais e periódicos, bem como garantir a liberdade de manifestação do pensamento, expressão, e o direito de crítica. Porque o imposto, nestas situações, pode servir como meio eficiente de suprimir ou embaraçar a liberdade da manifestação do pensamento, a crítica dos governos e homens públicos, enfim, de direitos que não são apenas individuais, mas indispensáveis à pureza do regime democrático."

Nesse mesmo sentido, levando em consideração a finalidade da norma, fala Luciano Amaro (2005, p. 151) sobre o fundamento das imunidades: "O fundamento das imunidades é a preservação de valores que a Constituição reputa relevantes (a atuação de certas entidades, a liberdade religiosa, o acesso à informação, a liberdade de expressão etc.), que faz com que se ignore a eventual (ou efetiva) capacidade econômica revelada pela pessoa (ou revelada na situação), proclamando-se, independentemente da existência dessa capacidade, a não-tributariedade das pessoas ou situações imunes."

Frisa-se que, de acordo com o art. 1º, III, CF/88 que aborda sobre a dignidade da pessoa humana, o acesso à educação e à informação estão intrinsecamente ligados, tendo em vista que trata-se de um aspectos da vida do ser humano. Assim como é formulado no art. 5º, XIV, da CF: "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;"

Diante o exposto, o presente trabalho tem como objetivo discutir sobre a imunidade da informação disposta no art. 150, VI, "d" da Constituição Federal Brasileira e seus impactos na sociedade.

1.IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

Preliminarmente, visando entender com clareza o tema principal deste trabalho, é necessário fazer uma breve abordagem sobre imunidade tributária.

Tendo a Constituição Federal já delimitado a competência tributária de seus entes em aspecto positivo, ou seja, a faculdade que as pessoas políticas têm de criar, in abstracto, tributos, tem-se, por outro lado, o aspecto negativo, que chamamos de imunidade tributária. Esta concepção é defendida por Roque Antônio Carrazza, afirmando que “[...] a competência tributária se traduz numa autorização ou legitimação para a criação de tributos (aspecto positivo) e num limite para fazê-lo (aspecto negativo)” (CARRAZZA, 2013, p. 814).

Todavia, Alexandre Mazza, em seu Manual de Direito Tributário (2021), afasta a ideia de imunidade como competência tributária, alegando que são “normas constitucionais que limitam a competência tributária afastando a incidência de tributos sobre determinados itens e pessoas” (grifo nosso).

Paulo de Barros Carvalho também conceitua imunidade tributária:

Imunidades são uma classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expresse, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas. (BARROS, 2011, p. 236)

As imunidades são de natureza jurídica dúplice, uma vez que são, ao mesmo tempo, limitações constitucionais do poder de tributar e também garantias fundamentais do contribuinte (MAZZA, 2021).

Imunidade tributária não se confunde com isenção. Apesar de serem dois institutos que liberam o contribuinte de efetuar pagamento do tributo, a imunidade opera em plano constitucional, enquanto a isenção atua na esfera legal, decorrente da competência tributária.

2.IMUNIDADE DA INFORMAÇÃO

A imunidade da informação, também conhecida como imunidade dos livros, da imprensa ou cultural, está disposta no art. 150, inciso IV, letra “d”, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI – instituir impostos sobre:

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

Pode-se dizer que esta norma que concede imunidade possui eficácia plena e é de aplicabilidade imediata, ou seja, sem necessidade de lei para regulamentá-la. Sendo assim, é classificada como imunidade incondicionada, independente de condições previstas em lei.

Quanto à finalidade, a imunidade da informação é classificada como objetiva: voltada à proteção dos produtos citados no dispositivo constitucional, afastando a incidência de impostos sobre eles, não protegendo diretamente pessoas (como é o caso das imunidades subjetivas). A imunidade objetiva tem como principal característica o não afastamento de todos os impostos, mas somente daqueles diretamente incidentes sobre o item protegido (MAZZA, 2021).

Embora a imunidade tenha caráter objetivo, a Carta Magna visa, também e podendo se dizer que indiretamente, proteger a liberdade de comunicação e de pensamento, bem como a difusão de informação, de cultura e educação, facilitando o seu acesso à população em geral. Carrazza pondera:

É interessante notar que a liberdade de pensamento não se limita a permitir que as pessoas expressem o que pensam. Garante-lhes, também, o direito de difundir suas ideias proferindo conferências, fazendo representar peças teatrais, publicando livros, jornais ou periódicos e assim por diante. (CARRAZZA, 2013, p. 904)

Analisando o contexto histórico, verifica-se que, no período do Estado Novo (1937-1945), o governo de Vargas cobrava altos impostos dos veículos de imprensa de ideologias contrárias ao regime político vigente, ao mesmo tempo que benefícios fiscais eram concedidos àqueles favoráveis ao governo.

Em 1946, a Constituição Federal concedeu imunidade ao papel e estendeu também, aos livros (a princípio, apenas versava sobre jornais) para estímulo da produção editorial.

Em 1967, a imunidade foi mantida na Constituição Federal, dispondo no seu art. 20, III, d:

Art 20 - É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III - criar imposto sobre:

d) o livro, os jornais e os periódicos, assim como o papel destinado à sua impressão.

Com pequenas alterações, a imunidade permaneceu na Constituição de 1969. Apesar da permanência da disposição, tem-se em mente que o regime militar vigente à época instituiu censura e controlou a liberdade de expressão, proibindo diversas manifestações de pensamento.

Um país com valores e princípios democráticos instituídos após duas décadas de repressão e censura na Ditadura Militar pretende não somente a difusão de informação, como também a formação e manifestação de opiniões, críticas, ideias e ideais. Todos os itens listados (e não somente eles, como veremos adiante) no dispositivo oferecem acesso às informações, às artes, à cultura, ao lazer, às práticas religiosas, às ações governamentais, entre outros.

Quando a Constituição Federal prescreve serem imunes aos impostos o livro, o jornal, o periódico e o papel destinado à sua impressão (art. 150, VI, "d"), ela não está senão dando efetividade aos direitos fundamentais à livre "manifestação do pensamento" (art. 5º, IV) e de "expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação" (art. 5º, IX). Também tem em mira (i) assegurar a todos o "acesso à informação" (art. 5º, XIV), (ii) evitar venha de algum modo embaraçada a "plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social" (art. 220, § 1º) e (iii) banir qualquer censura "de natureza política, ideológica e artística" (art. 220, § 2º). (CARRAZZA, 2013, p. 906)

Não apenas Carrazza, como também o Supremo Tribunal Federal acolheu a tese de que as imunidades tributárias devem receber interpretação extensiva e teleológica, podendo ser visto no RE 190.761-4-SP uma breve introdução transcrita a seguir:

"A razão de ser da imunidade prevista no texto constitucional, e nada surge sem uma causa, uma razão suficiente, uma necessidade, está no interesse da sociedade em ver afastados procedimentos, ainda que normatizados, capazes de inibir a produção material e intelectual de livros, jornais e periódicos. O benefício constitucional alcança não

só o papel utilizado diretamente na confecção dos bens referidos, como também insumos nela consumidos como são os filmes e papéis fotográficos.” STF, 1997

Hugo de Brito Machado da mesma maneira conclui que “a melhor interpretação das normas da Constituição é aquela capaz de lhes garantir a máxima efetividade. Toda imunidade tem por fim a realização de um princípio que o constituinte considerou importante para a nação” (MACHADO, 2014).

É livro, pois, para fins de imunidade, qualquer objeto que transmita conhecimentos (ideias, informações, comentários, narrações reais ou fictícias etc.), pouco importando se isto se faz por caracteres alfabéticos, por imagens, por sons, por signos Braille, por impulsos magnéticos etc. (CARRAZZA, 2013, P. 915)

Convém destacar que não são todos os livros que são abrangidos pela imunidade da informação. Carrazza afirma que “[...] só são considerados livros, para fins de imunidade tributária, os que se prestam para difundir ideias, informações, conhecimentos etc”. Assim sendo, para fins da imunização tributária, livros são os veículos de pensamento. Roque complementa:

Igualmente não revestem a condição de livros, para os fins desta alínea "d", os diários (livros em branco), que servem para registrar o que acontece no dia a dia de seus donos, e não para terem seu conteúdo divulgado a terceiros. Também não são livros, nesta acepção, o livro cartonado (que serve para colagem de recortes, fotografias etc.), o livro de espiral (caderno de espiral), o livro de ouro (onde se registram nomes ilustres, doações, comentários elogiosos etc.), o livro de ponto (também chamado livro da porta, onde os empregados põem suas assinaturas, para registrar a presença ao trabalho), o livro de inscrição da dívida pública (onde são apuradas a liquidez e certeza do crédito tributário vencido e não pago pelo contribuinte), o livro de bordo (onde se registram as mercadorias entradas, os nomes dos passageiros embarcados e as ocorrências várias, seja nos navios, seja nos aviões), o livro mestre (também chamado livro-razão, onde são anotadas as compras e vendas de mercadorias efetuadas), o livro de atas (onde são relatados os fatos ocorridos e as deliberações tomadas numa reunião) etc. (CARRAZZA, 2013, p. 911/912)

Porém, o STJ registra variáveis decisões quanto à aplicação da imunidade cultural sobre os itens similares aos livros (álbuns de figurinhas, cromos, apostilas, listas telefônicas, revistas técnicas, mapas impressos, atlas geográficos, panfletos publicitários, encartes, etc.)

Temos, a exemplo, o RE 221.239/SP, em que o Supremo estendeu a imunidade aos álbuns de figurinhas e respectivos cromos. Neste julgado, a Ministra Ellen Gracie declarou em seu voto:

[...] a imunidade tributária sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à impressão dessas publicações têm por finalidade evitar embaraços ao exercício da liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, consagrada no art. 5º, IX, da Constituição Federal, além de facilitar o acesso da população à cultura, à informação e à educação, com a redução do preço final. V[...] o álbum de figurinhas é uma maneira de estimular o público infantil a se familiarizar com meios de comunicação impressos, atendendo, em última análise, à finalidade do benefício tributário”.

Apostilas também são imunes por constituírem, de acordo com o RE 183.403/SP, veículo de cultura simplificado.

Foi reconhecida pelo STF, em Recurso Extraordinário 101.441/RS a imunidade de listas telefônicas, argumentando que “são periódicos sem caráter noticioso, discursivo, literário, poético ou filosófico, mas de inegável utilidade pública”. Nesse caminho, o RE 134.071-1/SP e RE 114.790/SP também tiveram parecer favorável à imunidade das listas telefônicas.

Revistas técnicas, mapas impressos e atlas geográficos são imunes (RE 330.817/RJ). Todavia, em relação a panfletos publicitários e encartes com exclusiva finalidade comercial, mesmo quando inseridos dentro de jornais, não têm imunidade (RE 213.094/ES e ARE 807093 ED/MG). Entretanto, o STF ponderou que a presença de propaganda no corpo da própria publicação, formando com ela um todo inseparável, não lhe retira a imunidade.

Em se tratando de matérias-primas necessárias para a produção dos jornais, livros e periódicos, o papel é expressamente imune. Quanto aos demais insumos, há grande divergência. O Supremo tribunal Federal, até o momento, reconhece imunidade para:

1) peças sobressalentes para equipamentos de preparo e acabamento de chapas de impressão offset para jornais (RE 202.149/RS);

2) filmes e papéis fotográficos utilizados para publicação de jornais e periódicos (Súmula 657 do STF); ³²⁹

3) filmes destinados à produção de capas de livros sem capa dura (RE 392.221/SP);

4) todo e qualquer insumo ou ferramenta indispensável à edição de veículos de comunicação (RE 202.149/RS, orientação que ainda não pode ser considerada uma tendência na jurisprudência no STF na medida em que foi adotada somente no âmbito da sua 1ª Turma).

É muito fácil notarmos que, declarando o papel de imprensa imune à tributação por via de impostos, a Lei Maior teve em mira facilitar a difusão da cultura, barateando os livros, jornais e periódicos. Ora, pela mesma razão, entendemos perfeitamente sustentável que o benefício se estenda a outros insumos que também viabilizam o atingimento deste louvável objetivo. (CARRAZZA, 2013, p. 924)

Desse modo, apesar do entendimento adotado pela 1ª Turma no julgamento do RE 202.149/RS, em abril de 2011 (vide número 4 da lista acima), as demais matérias-primas permanecem fora do alcance da imunidade cultural, tais como: a) tintas (RE 324.600 - AgR); b) capas duras autoencadernáveis utilizadas na distribuição de obras para incrementar a venda de jornais (RE 325.334-AgRg); c) peças de reposição (RE 238.570/RJ); d) tiras para amarrar jornal (RE 208.638/RS); e) serviços de composição gráfica (RE 230.782/SP e RE 434826 AgR/MG); f) importação de bens para montagem de parque gráfico (AI 530.911-AgRg); e g) serviços de transporte e distribuição de jornais (RE 116.607 AgR e RE 630462 AgR).

Cumprir dizer que o maquinário para a produção de livros não também não é imune de tributos pela alínea d. Em voto no ARE 1100204/SP, o Ministro Alexandre de Moraes proferiu:

Consoante registrei no RE 739.085-AgR (DJe de 6/12/2017), a consagração da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, "d", da CARTA MAGNA, visa à garantia e efetivação da livre manifestação do pensamento, da cultura e da produção cultural, científica e artística, sem possibilidade de criação de empecilhos econômicos, via tributação, por parte do Estado (CELSO DE MELLO, Constituição Federal anotada. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 124; ROQUE

³²⁹ Súmula 657-STF: A imunidade prevista no art. 150, VI, "d", da Constituição Federal abrange os filmes e papéis fotográficos necessários à publicação de jornais e periódicos.

CARRAZA, Importação de bíblias em fitas: sua imunidade exegese do art. 150, VI, d, da Constituição Federal. Revista Dialética de Direito Tributário, n o dia 26, p. 125; SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO, Comentários à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 378), **sendo extensível a qualquer outro material assimilável a papel utilizado no processo de impressão; e a própria tinta especial para jornal** (RTJ 167/988 e 1 a T. RE 215.435 Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ, 13/3/98); **mas não aplicável aos equipamentos do parque gráfico, que, evidentemente, não são assimiláveis ao papel de impressão** (1ª T. RE 215.798/RS Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ, 27/3/98) **ou os serviços de composição gráfica que integram o processo de edição de livros** (1ª T. RE 230.782/SP Rel. Min. ILMAR GALVÃO, decisão: 13/6/2000); **que não guardam relação direta com a finalidade constitucional.** (grifo nosso)

Ressalta-se, por fim, que, no AI 735.816 AgR, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 23-3-2018, 1ª Turma, o Supremo Tribunal Federal entendeu que "a regra imunizante constante do art. 150, VI, d, da CF não pode ser interpretada de modo amplo e irrestrito. Inexiste imunidade relativa a tributos incidentes sobre a importação de tintas e chapas de gravação destinadas à publicação de jornal".

2.1 Aplicação da interpretação extensiva na alínea "d" do artigo 150, VI da Constituição Federal

Tem-se em mente que de 1988 até os tempos atuais várias coisas mudaram, receberam novos moldes e as pessoas se adaptaram a novas perspectivas. A revolução tecnológica agregou mais formas de disseminação de informações que não foram diretamente listadas na alínea "d", porém, foram acolhidas na interpretação.

A interpretação extensiva do Texto Constitucional adotada pela doutrina tem como principal intenção justificar a aplicação da imunidade aos livros eletrônicos, DVDs, CD-ROMs, disquetes, entre outros. Como é de entendimento de grande parte dos juristas, a finalidade intentada pela regra da imunidade prevista no artigo 150, VI, "d" da Constituição Federal é, em síntese, a preservação da liberdade de expressão intelectual, científica, artística e de manifestação do pensamento.

É importante ressaltar que as imunidades devem ser interpretadas extensivamente, como um método para garantir os valores que a regra de imunidade pretende garantir, os direitos da liberdade e o acesso ao conhecimento, somente isso, sem infringir princípios, como o da Isonomia.

Dentro desse quadro, a imunidade dos livros, jornais e periódicos, por se relacionar com a liberdade do homem, admite a interpretação extensiva, na busca de se alcançar a finalidade da Constituição, desde que não ultrapasse a possibilidade expressiva da norma da imunidade. (SARAIVA FILHO, 1998, p. 134)

Caso venha a ocorrer uma oposição a esse princípio, o intérprete deverá verificar o que melhor beneficie o destinatário sem causar danos a outros em igual situação.

O uso da interpretação extensiva não deve ser utilizado para pretender abarcar, no preceito imunitário, toda e qualquer forma de acesso, uso e gozo da liberdade de informar e ser informado. Com a regra do artigo 150, VI, "d", limitando-se o seu alcance apenas aos livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão, já encontra-se satisfeito o objetivo e garantindo o valor desejado pelo Constituinte. Tudo o mais que de aperfeiçoamento técnico, para o uso cibernético, possa surgir, não será mais que uma exploração de bens de consumo (computadores), cuja utilização demonstra evidente capacidade econômica, devendo, pois, o respectivo produto (livro eletrônico) ser tributado, sem que isto concorra para afetar qualquer liberdade individual vinculada com a difusão da informação e da cultura. (TORRES, 1998, p. 81)

Sobre o referido tema e no sentido contrário à extensão da imunidade tributária aos livros eletrônicos, os Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira e Ellen Gracie entendem:

Tributário. Imunidade conferida pelo art. 150, VI, "d" da Constituição. Impossibilidade de ser estendida a outros insumos não compreendidos no significado da expressão 'papel destinado à sua impressão'. Precedentes do Tribunal. - Incabível a condenação em honorários advocatícios na ação de mandado de segurança, nos termos da Súmula 512/STF. Agravos regimentais desprovidos (RE nº 324.600/SP - AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 25/10/02).

ISS. Imunidade. Serviços de confecção de fotolitos. Art. 150, VI, "d", da Constituição. - Esta Corte já firmou entendimento (título exemplificativo, nos RREE 190.761, 174.476, 203.859, 204.234, 178.863) de que apenas os materiais relacionados com o papel - assim, papel fotográfico, inclusive para fotocomposição por laser, filmes fotográficos, sensibilizados, não impressionados, para imagens

monocromáticas e papel para telefoto - estão abrangidos pela imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, "d", da Constituição. - No caso, tratasse de prestação de serviços decomposição gráfica (confecção de fotolitos) (fls. 103) pela recorrida a editoras, razão por que o acórdão recorrido, por ter essa atividade como abrangida pela referida imunidade, e, portanto, ser ela imune ao ISS, divergiu da jurisprudência desta Corte. Nesse sentido, em caso análogo ao presente, o decidido por esta 1ª Turma no RE 230.782. Recurso extraordinário conhecido e provido (RE nº 229.703/SP Primeira Turma, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 17/2/02).

Recurso extraordinário inadmitido. 2. Imunidade tributária. Art. 150, VI, d, da Constituição Federal. 3. A jurisprudência da Corte é no sentido de que apenas os materiais relacionados com o papel estão abrangidos por essa imunidade tributária. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (AI nº 307.932/SP - AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ de 31/8/01).

Por outro lado, tem-se doutrinadores como Hugo de Brito Machado, Vittorio Cassone e Aires Fernandino Barreto, que adotam uma interpretação ampla acerca do tema, preceituam que a imunidade para ser efetiva deve abranger todo o material necessário à confecção do livro, do jornal ou do periódico. Não apenas o material considerado, mas o conjunto e, devido a isso, nenhum imposto pode incidir sobre qualquer insumo, ou mesmo sobre qualquer dos instrumentos, ou equipamentos, que sejam destinados exclusivamente para a produção desses objetos. Logo, não se interpretará corretamente o artigo 150, inciso VI, letra "d", se em vez de valorizar os princípios constitucionais em que a imunidade se assenta, se der ênfase, seja a literalidade desse preceito, seja à cláusula final "e o papel destinado a sua impressão", como se esta tivesse o condão de restringir a imunidade ao livro, ao jornal e aos periódicos impressos em papel.

Ademais, reconhecer os tempos modernos em que vivemos é fundamental para atender às necessidades sociais e ao vetor axiológico escolhido pelo legislador ao elaborar a norma do art. 150, V, "d" da Constituição.

A melhor interpretação das normas da Constituição é aquela capaz de lhes garantir a máxima efetividade. Toda imunidade tem por fim a realização de um princípio que o constituinte considerou importante para a nação. A imunidade dos livros, jornais e periódicos tem por fim assegurar a liberdade de expressão do pensamento e a disseminação da cultura. Como é inegável que os meios magnéticos,

produtos da moderna tecnologia, são hoje de fundamental importância para a realização desse mesmo objetivo, a afirmativa se impõe. O entendimento contrário, por mais respeitáveis que sejam, e são, os seus defensores, leva a norma imunizante a uma forma de esclerose precoce, inteiramente incompatível com a doutrina do moderno constitucionalismo, especialmente no que concerne à interpretação especificamente constitucional. (MACHADO, 2009)

Nesse sentido, seguem abaixo algumas jurisprudências favoráveis à tese da aplicação da imunidade tributária do art. 150, VI, "d", da Constituição Federal de 1988.

IMUNIDADE. UNIDADE DIDÁTICA. COMPONENTES ELETRÔNICOS. A imunidade prevista no artigo 150, inciso VI, da Constituição Federal alcança componentes eletrônicos, quando destinados, exclusivamente, a integrar a unidade didática com fascículos periódicos impressos. (RE 595676, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-291 DIVULG 15-12-2017 PUBLIC 18-12-2017. (STF - RE: 595676 RJ - Rio de Janeiro, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 08.03.2017)

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. JORNAL. CDROM. 1. O fato de o jornal não ser feito de papel, mas veiculado em CD-ROM, não é óbice ao reconhecimento da imunidade do artigo 150, VI, d, da CF, porquanto isto não o desnatura como um dos meios de informação protegidos contra a tributação. 2. Interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, segundo a qual a imunidade visa a dar efetividade aos princípios da livre manifestação de pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, de acesso à informação e aos meios necessários para tal, o que deságua, em última análise, no direito de educação, que deve ser fomentado pelo Estado visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, havendo liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 5º, IV, IX, XIV, 205, 206, II, etc. (Apelação Cível nº. 19998.04.01.09.0888-5, Relator João Pedro Gebran Neto, Segunda Turma, DJ em 25.10.2000).

IMUNIDADE - IMPOSTOS - LIVROS - JORNAIS E PERIÓDICOS - ARTIGO 150, INCISO VI, ALÍNEA "D", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A razão de ser da imunidade prevista no texto constitucional, e nada surge sem uma causa, uma razão suficiente, uma necessidade, está no interesse da sociedade em ver afastados procedimentos, ainda que normatizados, capazes de inibir a produção material e intelectual de livros, jornais e periódicos. O benefício constitucional alcança não só o papel utilizado diretamente na confecção dos bens referidos, como também insumos nela consumidos como são os filmes e papéis fotográficos. (RE nº 174.476/SP – São Paulo, Tribunal Pleno, Relator Marco Aurélio, DJ de 12.12.1997).

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. LIVRO. CONSTITUIÇÃO, ART. 150, INCISO III, ALÍNEA 'D'. Em se tratando de norma constitucional relativa às imunidades tributárias genéricas, admite-se a interpretação ampla, de modo a transparecerem os princípios e postulados nela consagrados. O livro, como objeto da imunidade tributária, não é apenas o produto acabado, mas o conjunto de 57 serviços que o realiza, desde a redação, até a revisão de obra, sem restrição, dos valores que o formam e que a Constituição protege. (RE nº 102.141-RJ – Rio de Janeiro, Segunda Turma, Relator Ministro Carlos Madeira, DJ 18.11.1995).

Observando as jurisprudências expostas acima, comprova-se que os Tribunais divergem quanto à aplicação da imunidade tributária aos livros eletrônicos. Alguns tribunais confiam que a imunidade tributária não deve ser estendida aos livros eletrônicos por ferir a norma constitucional, pois a norma é clara e não abrange os livros eletrônicos. Por outro lado, outros tribunais entendem que a imunidade tributária deve alcançar os livros eletrônicos, com o fim de não esvaziar a norma constitucional e dar máxima efetividade à norma, considerando o avanço tecnológico.

Apesar das divergências, em 2017 foi uniformizada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pela Súmula Vinculante nº 57, a aplicação de imunidade tributária a livros eletrônicos e leitores digitais:

A imunidade tributária constante do art. 150, VI, d, da CF/88 aplica-se à importação e comercialização, no mercado interno, do livro eletrônico (e-book) e dos suportes exclusivamente utilizados para fixá-los, como leitores de livros eletrônicos (e-readers), ainda que possuam funcionalidades acessórias.

2.2 Materiais eróticos e pornográficos

A priori, de acordo com o art. 150, VI, "d" já mencionado neste trabalho, a cobrança de impostos sobre jornais, periódicos e livros de qualquer natureza e também sobre o papel destinado a sua impressão têm a imunidade tributária.

Entretanto, há muitas controvérsias no âmbito jurídico acerca dos materiais que possuem conteúdo erótico e pornográfico. Inclusive, uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 265/08, do deputado Henrique Afonso (PT-AC) propõe acabar com a imunidade tributária pois, em sua opinião, o material pornográfico tem objetivo meramente comercial e se destina a públicos específicos, não contribuindo para a formação de leitores.

Ademais, a deputada Flávia Moraes (PDT-GO) propôs a PEC 398/14 a qual rege:

"As publicações pornográficas devem ter sua livre edição e divulgação garantidas, mas sem a imunidade tributária em questão, já que esses periódicos, ao nosso ver, em nada se relacionam com a liberdade de comunicação e de manifestação do pensamento, a expressão da atividade intelectual, artística e científica e o acesso e difusão da cultura e da educação, que são os propósitos buscados pelo instituto da imunidade tributária", defendeu a autora.

A proposta tramita apensada à PEC 265/2008 e ambas estão sendo discutidas pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

III. CONCLUSÃO

Diante o exposto, a imunidade que expõe o art. 150, VI, "d" da Constituição Federal é um verdadeiro instrumento de garantia dos direitos fundamentais. Pode-se concluir que foi prevista pelo legislador a fim de que fosse fomentado a difusão da cultura, do ensino e da liberdade de expressão, para que fosse evitado que essas manifestações fossem dificultadas pelo pagamento de tributos.

Para tanto, a interpretação da norma deve ser feita à luz dos princípios constitucionais e com o acompanhamento da sociedade em meio à evolução tecnológica diante da globalização mundial. Por isso, a interpretação extensiva desta norma torna-se imprescindível para a aplicação da imunidade aos livros eletrônicos, DVDs, CD-ROMs, disquetes, entre outros.

Importante frisar que a aplicação extensiva da imunidade tributária aos dispositivos eletrônicos torna-se coerente para não se concretizar o esvaziamento da norma

constitucional e que seja possível oferecer máxima efetividade à norma, considerando o avanço tecnológico e o acesso à diversas formas de conhecimento.

Conclui-se, portanto, que a imunidade da informação é objetiva e tem eficácia incondicionada, possuindo aplicabilidade direta e imediata, gerando seus efeitos independentemente de regulamentação.

IV. REFERÊNCIAS

AI nº 307.932/SP. AgR, Segunda Turma, Relator o Min. Néri da Silveira, DJ de 31/8/01.

AI nº 530.911-AgR - Primeira Turma, Relator Min. Sepúlveda Pertence.

AI nº735.816 AgR - Primeira Turma, Relator Min. Alexandre de Moraes.

ARE 807.093 ED/MG - Segunda Turma, Relator Min. Ricardo Lewandowski.

RE 434.826 AgR/MG - Segunda Turma, Relator Min. Cezar Peluso.

Apelação Cível nº. 19998.04.01.09.0888-5, Relator João Pedro Gebran Neto, Segunda Turma, DJ em 25.10.2000.

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquematizado. 7. Ed. Editora Método. São Paulo. 2013.

BALEIRO, Aliomar. Curso de Direito Tributário. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 198.

BARRETO, Aires Fernandino. Imunidades tributárias. Coordenador Ives Gandra da Silva

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASSONE, Vittorio. Direito tributário. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MACHADO. Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 30. Ed. Malheiros Editores. São Paulo. 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

Martins. São Paulo: Revista dos Tribunais, Pesquisas Tributárias, Nova Série – 4, 2001.

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Tributário. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

RE 221.239/SP – Segunda Turma, Relatora Min. Ellen Gracie.

RE 183.403/SP – Segunda Turma, Relator Min. Marco Aurélio.

RE 330.817/RJ – Tribunal Pleno, Relator Dias Toffoli.

RE nº 179.893/SP – Primeira Turma, Relator Min. Menezes Direito.

RE nº 101.441/RS – Tribunal Pleno, Relator Min. Sydney Sanches.

RE nº 213.094/ES – Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão.

RE nº 202.149/RS – Primeira Turma, Relator Min. Menezes Direito.

RE nº 392.221/SP – Segunda Turma, Relator Min. Carlos Velloso.

RE nº 134.071-1/SP – Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão.

RE nº 116.607 AgR – Tribunal Pleno, Relator Min. Carlos Velloso.

RE nº 230.782/SP – Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão.

RE nº 208.638/RS – Primeira Turma, Relator Min. Sepúlveda Pertence.

RE nº 238.570/RJ – Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão.

RE nº 325.334 AgR – Segunda Turma, Relator Min. Carlos Velloso.

RE nº 324.600 AgR – Primeira Turma, Relatora Min. Ellen Gracie.

RE 1.100.204/SP AgR – Primeira Turma, Ministro Marco Aurélio.

RE nº 102.141-RJ – Rio de Janeiro, Segunda Turma, Relator Ministro Carlos Madeira, DJ 18.11.1995.

RE nº 174.476/SP – São Paulo, Tribunal Pleno, Relator Marco Aurélio, DJ de 12.12.1997.

RE nº 229.703/SP Primeira Turma, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 17.02.2002.

RE nº 324.600/SP, AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 25.10.2002.

RE: 595.676/RJ - Rio de Janeiro, Tribunal Pleno, Relator Marco Aurélio, DJ de 08;03.2017.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Tributação e imunidade dos chamados "livros eletrônicos". In: *Imunidade tributária do livro eletrônico*, São Paulo: IOB, 1998.

Súmula Vinculante 57 do Supremo Tribunal Federal

TORRES, Heleno Taveira. Tributação e imunidade dos chamados "livros eletrônicos". In: *Imunidade tributária do livro eletrônico*, São Paulo: IOB, 1998.

VELLOSO. Andrei Pitten. *Constituição Tributária Interpretada*. Editora Atlas. São Paulo. 2007.

O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA COM FOCO EM CONCURSOS PÚBLICOS

JORGE HENRIQUE SOUSA FROTA:
Especialista em Direito Tributário.
Especialista em Direito Constitucional.

RESUMO: O presente artigo trata do princípio da capacidade contributiva, especificamente como o mesmo vem caindo nas provas de concurso público.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Parâmetros da pesquisa. 3. Fundamentação legal e ilações conceituais do princípio da capacidade contributiva. 3.1. A capacidade contributiva como limitação constitucional ao poder de tributar. 3.2. Do conceito e finalidade da capacidade contributiva. 3.3. O sentido objetivo e subjetivo da capacidade contributiva. 3.4. A redação do texto constitucional (§1º do art. 145 da CF) e a interpretação do STF quanto alcance do princípio da capacidade contributiva em relação à outros tributos. 4. Desenvolvimento. 5. Conclusão. 6. Anexo do artigo (enunciados corretos). 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Objetivo do artigo em questão é desvendar como esse importante princípio de direito tributário vem sendo cobrado pelas bancas que elaboram os concursos públicos.

Para alcançar o desígnio acima, foram respondidas 82 (oitenta e duas) questões (número aproximado) dos mais variados concursos (municipais, estaduais e federais) e bancas de concursos (número total de questões achadas sobre o tema).

2. PARÂMETROS DA PESQUISA

Seguem os parâmetros utilizados para a pesquisa, ou seja, o procedimento adotado para o desenvolvimento e conclusão do artigo:

01. As questões foram retiradas do banco de questões portal qconcursos.
02. Data limite para análise das questões foi o mês de maio de 2022.
03. Todas as questões vieram do banco de questões intitulado “questões de concursos públicos”. No total foram 82 questões avaliadas (retirando as anuladas e desatualizadas).
04. No filtro de questões foi marcado apenas o subtópico “4.06. Princípio da capacidade contributiva”.

05. Foram vistas questões de concursos federais, estaduais e municipais.

06. Questões desatualizadas e anuladas não foram consideradas para fins de enunciados corretos.

07. A questão mais nova data de 2022, a mais antiga de 2002.

3. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL E ILAÇÕES CONCEITUAIS ACERCA DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

3.1. A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA COMO LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DE TRIBUTAR

Antes de adentrar acerca do conceito do princípio da capacidade contributiva, importante informar que o referido comando principiológico se trata de uma limitação constitucional ao poder de tributar.

Denomina-se “limitações constitucionais ao poder de tributar, o conjunto de princípios e normas que disciplinam e limitam a atuação fiscal dos entes federativos (dotados de competência tributária), a saber: União, Estados membros, Distrito Federal e Municípios”⁰¹.

Eduardo Sabbag⁰² ao dispor sobre o assunto informa que as limitações ao poder de tributar são, “em última análise, qualquer restrição imposta pela CF às entidades dotadas de tal poder, no interesse da comunidade, do cidadão ou, até mesmo, no interesse do relacionamento entre as próprias entidades impositoras”.

Hugo de Brito Machado Segundo⁰³ sobre as limitações constitucionais ao poder de tributar como normas constitucionais, nos informa que:

Para dar rigidez aos mais importantes desses limites, evitando que sejam suprimidos ou revogados do ordenamento jurídico, e para que a eles se submetam não apenas as autoridades do Poder Executivo, mas também o próprio Poder Legislativo de cada ente tributante, optou-se por inseri-los no texto da Constituição.

Não por acaso, a separação dos poderes, o princípio da legalidade e a ideia de rigidez e supremacia constitucionais surgiram no mesmo período, como fruto das já referidas revoluções liberais, cujas motivações foram marcadamente tributárias.

Tem-se, assim, as chamadas limitações constitucionais ao poder de tributar, previstas, na CF/88, precipuamente em seus arts. 150, 151 e 152.

Depois de legitimado, delimitado e dividido pela Constituição, o poder de tributar é então chamado de competência tributária.

É importante que tais limites sejam positivados no texto constitucional, e não na legislação infraconstitucional, pois o Direito Tributário, diferentemente da maior parte dos demais ramos do Direito, é um Direito nitidamente obrigacional, mas nele o Estado, parte credora, detém a chamada tríplice função de elaborar as regras aplicáveis às relações em que se vê envolvido, regulamentar e aplicar essas regras, além de julgar os conflitos decorrentes dessa aplicação.

Isso não acontece no Direito Civil, no Direito Empresarial, no Direito do Consumidor ou no Direito do Trabalho, em relação aos quais, por maior que seja o desequilíbrio eventualmente observado entre as partes, nenhuma delas é detentora de referidas funções.

Em razão disso, para que a relação tributária seja uma relação jurídica, e não uma relação apenas de poder, é importante que a separação de poderes e a jurisdição em face do poder público sejam efetivas, o que pressupõe a existência de uma Constituição que assim estabeleça, em normas que não possam ser alteradas pelo legislador.

Mas, mesmo havendo a separação de poderes ou funções, não se pode negar que também os membros do parlamento, e muitas vezes os do próprio Judiciário, têm interesse na arrecadação tributária, que em última análise mantém a estrutura da qual fazem parte.

Daí a importância de que as principais limitações ao poder de tributar constem da Constituição, que o conforma e disciplina, transformando-o em competência. (Grifos nossos)

O princípio da capacidade contributiva é uma limitação constitucional ao poder de tributar, uma vez que disciplina e limita a atuação fiscal dos entes federativos (dotados de competência tributária), possuindo respaldo constitucional no art. 145, §1 da Constituição Federal de 1988:

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

I - impostos;

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

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

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

Acerca do tema (princípio da capacidade contributiva como limitação constitucional ao poder de tributar), dispõe André Moreira⁰⁴ de forma acertada o seguinte:

A rigor, a capacidade contributiva não está contida na seção referente às limitações ao poder de tributar (Título VI, Capítulo I, Seção II, da Constituição). Entretanto, na condição de dispositivo viabilizador da igualdade,⁸ referencial de justiça por excelência no Direito Tributário,⁹ o princípio não apenas guarda estreita relação com as limitações arroladas na Constituição de 1988, mas encarna verdadeira limitação substancial.¹⁰ Imediatamente se destaca a relação inextrincável entre capacidade contributiva e igualdade. É que a igualdade na tributação, corolário da igualdade genérica (art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988), pressupõe a comparação e a discriminação entre contribuintes. Assim, não seria exagero

afirmar que a efetivação da igualdade tributária depende, com vigor, da observação da capacidade contributiva.

Uma vez o superado o tema de que o princípio da capacidade contributiva é uma das limitações constitucionais ao poder de tributar, passamos a estudar a sua finalidade e conceito.

3.2. DO CONCEITO E FINALIDADE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

O princípio da capacidade contributiva, também conhecido como princípio da capacidade econômica ou capacidade de pagamento, encontra-se ligado a ideia de justiça tributária, representando uma parcela do princípio da igualdade no Direito Tributário. A ideia do princípio é a de que quem pode mais, paga mais tributo, quem pode menos, arca com uma tributação menor.

Dispõe João Américo que⁰⁵ “O Princípio da Capacidade contributiva, ou seja, a capacidade para recolher tributos é um princípio segundo o qual institui a recomendação constitucional de customização de impostos, de acordo com as realidades econômicas e financeiras dos cidadãos e empresas”, dispondo ainda o autor⁰⁵ citado o seguinte: “o conceito de capacidade contributiva pode ser definido, numa primeira aproximação, como a aptidão da pessoa colocada na posição de destinatário legal tributário para suportar a carga tributária, numa obrigação cujo objeto é o pagamento de imposto, sem o perecimento da riqueza lastreadora da tributação”. Para Patrícia Brandão Paoliello⁰⁶ o referido princípio pode ser entendido como:

um conceito econômico e de justiça social, verdadeiro pressuposto da lei tributária. Trata-se de um desdobramento do Princípio da Igualdade, aplicado no âmbito da ordem jurídica tributária, na busca de uma sociedade mais igualitária, menos injusta, impondo uma tributação mais pesada sobre aqueles que têm mais riqueza.

Didáticos são os ensinamentos de **André Kageyama**⁰⁷ acerca do tema, *verbis*:

A capacidade contributiva tem ligação diz respeito à Justiça Tributária. Pode ser resumida como a imposição do pagamento de tributos de acordo com a possibilidade de cada contribuinte.

(...)

Segundo o Dicionário Michaelis, a capacidade é a possibilidade de receber, conter ou acomodar alguma coisa. Por outro lado,

a palavra contributiva deriva do verbo “contribuir”, e pode ser entendida como a possibilidade que uma pessoa tem de colaborar para algo, cooperar, concorrer para uma despesa comum.

Já o princípio é o início da formação, uma proposta sobre qual um raciocínio se apoia. Essa proposta, por sua vez, é formada de verdades fundamentais, validadas depois de muita observação.

Portanto, como princípio, **a capacidade contributiva deve estar presente na elaboração das regras relativas ao Direito Tributário.**

O que é o princípio da capacidade contributiva

Somando às conclusões obtidas no capítulo anterior, **podemos concluir que o princípio da capacidade contributiva é a possibilidade (limite) de um cidadão pagar um tributo**, e que deve estar presente quando da formação do direito do Estado em cobrar tributos (impostos).

Ainda sobre o tema, dispõe Ariana Guimarães⁰⁸: “A regra geral tributária determina que a capacidade contributiva deve ser observada sempre que possível no Brasil. A padronização é, portanto, exceção a essa regra, uma vez que autoriza a tributação a partir de presunções (Ávila, 2015). A CF/1988 propõe diversos instrumentos para conformar a imposição fiscal com os vetores da justa distribuição da renda e do patrimônio”.

O princípio da capacidade contributiva informa que o ordenamento jurídico tributário, estabelece que, sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (art. 145, §1º da CF)

De forma simples e objetiva, a finalidade do princípio da capacidade contributiva (dentro do ideal) é a busca de uma sociedade mais justa, onde os que podem contribuir mais, serão mais tributados, e os que podem contribuir de forma inferior, sofrerão menor tributação, e aqueles que não podem contribuir com nada, não sofrerão qualquer ônus fiscal. A capacidade contributiva constitui subprincípio do princípio da solidariedade e da igualdade, visando entre outros objetivos, a assegurar o mínimo existencial, ou mínimo.

Para terminar o assunto do tópico se faz importante informar que para boa parte da doutrina, o princípio da capacidade contributiva é endereçado em essência ao poder legislativo, no sentido de que ao legislar, os políticos, levem em consideração os aspectos individuais do contribuinte, buscando sempre que possível a igualdade material no campo da tributação, proporcionando o que os estudiosos nominam de justiça fiscal.

Matéria de concurso: "O primeiro caminho para a reconstrução dos Direitos Humanos da Tributação é o da efetiva, direta e ativa participação de todos os segmentos da sociedade na elaboração, fiscalização e controle das regras tributárias. A idéia básica é de eliminar os excessos e injustiças da carga tributária, de modo a torná-la equânime e efetiva, em harmonia com os princípios da justiça e da racionalidade". (Nogueira, Alberto. A reconstrução dos Direitos Humanos na Tributação. Rio de Janeiro: Renovar. 1997. p. 411). É correto afirmar que o princípio da capacidade contributiva tem por destinatário imediato o legislador ordinário das pessoas políticas. É ele que deve imprimir, nos impostos que cria in abstracto, um caráter pessoal, graduando-os conforme a capacidade econômica dos contribuintes". **(FCC - 2006 - DPE-SP - Defensor Público)**

3.3. O SENTIDO OBJETIVO E SUBJETIVO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

O princípio pode ser compreendido em dois sentidos e/ou aspectos:

1. Objetivo, que visa tributar riqueza do contribuinte obedecendo as limitações constitucionais ao poder de tributar.
2. Subjetivo, que visa qual a parcela da riqueza que pode ser tributada em virtude das condições individuais do contribuinte.

Acerca da divisão acima apontada, Brambilla⁰⁹ nos informa: "Tal princípio pode ser compreendido em sentido objetivo (presença de uma riqueza passível de ser tributada) e em sentido subjetivo (determina qual parcela da riqueza pode ser tributada em virtude das condições individuais), portanto, o Estado é obrigado a cobrar o tributo não em razão da renda potencial das pessoas, mas sim da que a mesma efetivamente dispõe". Ainda acerca da divisão da capacidade contributiva em sentido objetivo e subjetivo, dispõe Alberto Alves¹⁰ que:

A Capacidade Contributiva é a possibilidade econômica de pagar tributos, (ability in pay). Podemos dividi-la em subjetiva e objetiva.

Subjetiva ou relativa diz-se quando estão consideradas as pessoas, é a chamada capacidade econômica real, desta forma

o sujeito é individualizado na medida das possibilidades econômicas. Neste plano está a concretude da capacidade contributiva, o sujeito está apto para absorver a carga tributária.

(...)

A capacidade contributiva relativa ou subjetiva atua, inicialmente, como critério de graduação dos impostos e como limite da tributação permitindo a manutenção do "mínimo vital", obstando-se, desta forma, que a progressividade tributária atinja níveis de confisco ou de cerceamento de outros direitos constitucionais.

(...)

Objetiva ou absoluta diz-se quando leva em consideração "manifestações objetivas da pessoa", numa manifestação de riqueza, nessa forma, o legislador aponta os eventos que demonstrem aptidão para concorrer às despesas públicas.

Matéria de concurso: "A respeito das limitações constitucionais ao poder de tributar, é correto afirmar que de acordo com a interpretação do STF: o princípio da isonomia pressupõe a comparação entre sujeitos, o que, em matéria tributária, é efetivado pelo princípio da capacidade contributiva em seu aspecto subjetivo". **(CESPE - 2017 - Prefeitura de Fortaleza - CE - Procurador do Município)**

3.4. A REDAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL (§1º DO ART. 145 DA CF) E A INTERPRETAÇÃO DO STF QUANTO ALCANCE DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA EM RELAÇÃO À OUTROS TRIBUTOS

De acordo com a melhor doutrina e o STF, no Brasil existem cinco de tipos de tributos, a saber: a) impostos; b) taxas; c) contribuições de melhoria; d) empréstimos Compulsórios; e) contribuições especiais. É o que se chama de teoria pentapartida, pentapartite ou quinquipartite dos tributos. É a teoria aceita pelo Supremo Tribunal Federal – STF.

O comando constitucional que fundamenta o princípio da capacidade contributiva dispõe expressamente que "sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte". Então, fica a pergunta: apenas o tributo nominado de imposto que possui fundamento legal no art. 16 do CTN, se

encontra dentro do âmbito de normatização do princípio da capacidade contributiva? Ou outros tributos podem sofrer os efeitos advindos do citado princípio?

O Supremo Tribunal Federal possui entendimento de que o princípio da capacidade contributiva alcança não somente os impostos, podendo regular outros tributos. Segue jurisprudência que corrobora com esse pensamento:

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA COMUM DE FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL. TAXA DE POLÍCIA. DESPROPORCIONALIDADE DA BASE DE CÁLCULO. 1. A questão central nesta ação direta está em saber (i) se lei estadual pode instituir tributo na modalidade taxa com fundamento no poder de polícia exercido sobre a atividade de geração, transmissão e ou distribuição de energia no território do respectivo Estado; e, em sendo positiva a resposta, (ii) se o tributo estabelecido pela Lei nº 7.184/2015 do Estado do Rio de Janeiro extrapolou, de alguma forma, essa competência tributária. 2. A competência político-administrativa comum para a proteção do meio ambiente legitima a criação de tributo na modalidade taxa para remunerar a atividade de fiscalização dos Estados. 3. É legítima a inserção da energia elétrica gerada como elemento de quantificação da obrigação tributária. Razoável concluir que quanto maior a energia elétrica gerada por aquele que explora recursos energéticos, maior pode ser o impacto social e ambiental do empreendimento, e, portanto, maior também deve ser o grau de controle e fiscalização do Poder Público. **4. No entanto, os valores de grandeza fixados pela lei estadual (1 megawatt-hora) em conjunto com o critério da energia elétrica gerada fazem com que o tributo exceda desproporcionalmente o custo da atividade estatal de fiscalização, violando o princípio da capacidade contributiva, na dimensão do custo/benefício, que deve ser aplicado às taxas.** 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. Fixação da seguinte tese: **Viola o princípio da capacidade contributiva, na dimensão do custo/benefício, a instituição de taxa de polícia ambiental que exceda flagrante e desproporcionalmente os custos da atividade estatal de fiscalização.** (STF - ADI: 5489 RJ, Relator:

ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 24/02/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 12/03/2021) (Grifos nossos)

Ainda acerca do tema, nos informa Patrícia Brandão Paoliello⁰⁶ o seguinte:

Desta feita, independentemente de previsão constitucional explícita, o Princípio da Capacidade Contributiva pode ser admitido também com relação à estes tributos vinculados. Embora não seja uma imposição, o mesmo pode ser aplicado como uma orientação, funcionando simplesmente como um princípio de justiça fiscal. Neste sentido, bem observou José Maurício Conti: "O princípio da capacidade contributiva é aplicável a todas as espécies tributárias. No tocante aos impostos, o princípio é aplicável em toda a sua extensão e efetividade. Já no caso dos tributos vinculados, é aplicável restritivamente, devendo ser respeitados apenas os limites que lhe dão os contornos inferior e superior, vedando a tributação do mínimo vital e a imposição tributária que tenha efeitos confiscatórios.

Matéria de concurso: "Quanto ao princípio da capacidade contributiva, é possível concluir: a possibilidade de graduação do tributo conforme a capacidade contributiva pressupõe que tenha como base de incidência situação efetivamente reveladora dessa capacidade, de modo que terá maior aplicação nos tributos com fato gerador não vinculado. A proibição do não confisco e a preservação do mínimo vital, como decorrência do princípio da capacidade contributiva, no entanto, são imposições para qualquer espécie tributária". **(VUNESP - 2021 - TJ-SP - Juiz Substituto)**

Matéria de concurso: "É considerado corolário do princípio da igualdade tributária, tendo por finalidade a busca de uma sociedade mais igualitária em termos de exação de tributos. Trata-se do princípio da: capacidade contributiva". **(Metro Capital Soluções - 2019 - Prefeitura de Conchas - SP - Procurador Jurídico)**

O STF, também possui posicionamento pacificado quanto a incidência do citado princípio nos tributos de natureza real (e não somente aqueles de natureza pessoal).

Os reais são os tributos que sua exação se liga, se conecta aos bens classificados como reais, em regra, não há consideração (não se leva em conta) para fins de tributação, às características pessoais do contribuinte.

Silvio Aparecido Crepaldi¹¹ ao tratar sobre o tema, informa que os tributos reais: “Incidem sobre a res, o bem, a coisa, seja ela mercadoria, produto ou patrimônio. Na maioria das vezes, desconsidera absolutamente a figura do contribuinte. Impostos que incidem igualmente para todas as pessoas que realizam o fato imponible, não levando em consideração as condições pessoais, isto é, considerando apenas aspectos objetivos (nunca subjetivos) do contribuinte”. Exemplo: ITR de competência federal, IPVA de competência estadual, IPTU de competência municipal.

Os pessoais são os tributos que sua exação se liga, se conectam sobre a pessoa do contribuinte, possuindo como característica a pessoalidade (referindo aos aspectos pessoais do sujeito passivo).

Novamente, utilizaremos dos ensinamentos Silvio Aparecido Crepaldi¹² para tratar do assunto, *verbis*: “São aqueles que guardam diferenças tributárias em função das condições próprias de cada um dos contribuintes. A título de exemplo, temos o Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), Imposto sobre a Renda e Proventos de qualquer Natureza de pessoa física, que verifica questões de cunho pessoal de cada um dos contribuintes para consumir a cobrança (número de dependentes, renda auferida no exercício etc.), e outros”. Segue jurisprudência que autoriza a aplicação do princípio da capacidade contributiva quanto aos impostos de natureza real:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL: PROGRESSIVIDADE DE ALÍQUOTA DE IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE BENS E DIREITOS. CONSTITUCIONALIDADE. ART. 145, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL TRIBUTÁRIA. OBSERVÂNCIA DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. (RE 562045, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2013, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-233 DIVULG 26-11-2013 PUBLIC 27-11-2013 EMENT VOL-02712-01 PP-00001)

No julgado acima, o STF julgou constitucional aplicação do princípio da capacidade contributiva por meio da técnica de tributação da progressividade de alíquota em relação ao ITCMD (imposto estadual, classificado como real).

4. DESENVOLVIMENTO

O desenvolvimento do trabalho em comento se deu dentro de ilações legais (art. 145. §1º da CF), doutrinárias (doutrinadores: Jorge Henrique Sousa Frota, Eduardo Sabbag, Hugo de Brito Machado Segundo, André Moreira, João Américo, Patrícia Paoliello, André Kageyama, Ariane Guimarães, Alberto Alves e Silvio Crepaldi) e de jurisprudências dos tribunais superiores, bem como no acompanhamento das questões que mencionam expressamente o princípio da capacidade contributiva em seus enunciados. Todas as questões vieram do banco de questões intitulado “questões de concursos públicos”.

No total foram 82 questões avaliadas (retirando as anuladas e desatualizadas).

Foram avaliadas questões de concursos federais, estaduais e municipais.

5. CONCLUSÃO

Em relação ao que foi estudado (anexo do presente artigo) e com base nos parâmetros acima postos, podemos informar que o concurseiro deve saber essencialmente as seguintes informações para acertar as questões que tratam do o princípio da capacidade contributiva em seus enunciados:

01. Assimilar a ideia de quem tem mais dinheiro contribui mais, quem tem menos contribui menos.

02. Que o princípio da capacidade contributiva almeja a justiça fiscal.

03. Que a capacidade contributiva se encontra intimamente ligada ao princípio da isonomia.

04. Que possui fundamento constitucional no §1º do art. 145 da Constituição Federal de 1988.

05. Que o texto constitucional relativo ao princípio da capacidade contributiva trata apenas dos impostos, mas que o entendimento do STF abrange sua aplicação as demais espécies tributárias.

06. Que o princípio da capacidade contributiva se encontra relacionado ao princípio da progressividade.

07. Que o princípio da capacidade contributiva se encontra relacionado ao princípio da vedação ao confisco.

08. Que sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária,

especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

09. Que a seletividade implementa o Princípio da Capacidade Contributiva quando importar em desoneração de tributos para o desenvolvimento regional.

10. Que a capacidade contributiva, ao lado da propriedade, como princípio, fundamenta a vedação do confisco.

11. Tributos regressivos são inconstitucionais por violação ao princípio da capacidade contributiva, cujo comando é incompatível com o da regressividade.

12. Que sobre o princípio da capacidade contributiva, é correto afirmar que é o principal critério de aplicação da igualdade tributária no âmbito dos impostos com finalidade fiscal.

13. Que preserva-se de tributação o chamado “mínimo existencial” em decorrência da aplicação dos princípios da capacidade contributiva e da dignidade humana.

14. É lícito o tratamento tributário desigual a microempresas e empresas de pequeno porte que possuam capacidades contributivas distintas.

15. O princípio da capacidade contributiva tem por destinatário imediato o legislador ordinário das pessoas políticas. É ele que deve imprimir, nos impostos que cria in abstracto, um caráter pessoal, graduando-os conforme a capacidade econômica dos contribuintes.

6. ANEXO DO ARTIGO (ENUNCIADOS CORRETOS)

01. Um dos princípios basilares do direito tributário estabelece que o Estado deve tributar as pessoas de acordo com as suas capacidades econômicas, de modo que os mais ricos contribuam mais em relação aos mais pobres, de forma progressiva. Trata-se do princípio da capacidade contributiva. **(CESPE / CEBRASPE - 2022 - PGE-RO - Procurador do Estado)**

02. Dentre os princípios de direito tributário indicados a seguir, o que mais bem se amolda à ideia de igualdade material entre os contribuintes, conforme a ideia de “tratar desigualmente aos desiguais”, é o princípio: da capacidade contributiva. **(VUNESP - 2022 - Prefeitura de Presidente Prudente - SP - Procurador Municipal - Edital nº 002)**

03. Quanto ao princípio da capacidade contributiva, é possível concluir: a possibilidade de graduação do tributo conforme a capacidade contributiva pressupõe que tenha como base de incidência situação efetivamente reveladora dessa capacidade, de modo que terá maior aplicação nos tributos com fato gerador não vinculado. A proibição do não confisco e a preservação do mínimo vital, como decorrência do princípio da capacidade contributiva, no entanto, são imposições para qualquer espécie tributária. **(VUNESP - 2021 - TJ-SP - Juiz Substituto)**

04. Não se pode pensar em gestão tributária sem, antes, entender os princípios constitucionais Tributários. É, principalmente, na Constituição Federal que encontramos os princípios que regulamentam o dia a dia das pessoas, que define a organização administrativa, financeira e política do Estado. Tais princípios são essenciais para que as relações de todos os ramos do direito aconteçam de forma excelente. Dentre tais princípios, temos os tributários que funcionam como mecanismos de defesa do contribuinte frente a atuação do Estado no campo do direito tributário. Os princípios constitucionais tributários são normas que se sobrepõe às demais, devido à sua natureza constitucional, sem contar com a importância para a harmonia do sistema tributário. De acordo com os princípios constitucionais tributários, é correto afirmar que a capacidade contributiva é, também, um dos princípios mais importantes do Direito Tributário, pois é através dele que o legislador e o operador do direito põem em prática um dos princípios básicos da democracia: a igualdade, assegurada no caput do artigo 5º da Constituição Federal. **(FAUEL - 2020 - Prefeitura de Assis Chateaubriand - PR – Contador)**

05. Sobre o artigo 145 da Constituição Federal de 1988, é correto afirmar: sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. **(GANZAROLI - 2020 - Prefeitura de Araçu - GO - Fiscal de Tributos)**

06. Com relação aos princípios que servem de vetores para o conhecimento do Direito Tributário, é incorreto afirmar que para que não haja violação ao princípio da capacidade contributiva, a hipótese tributária deve ser escolhida mediante a adoção de um critério único de valoração, de modo a impedir eventual distinção entre os que tem e os que não tem capacidade contributiva. **(FUNDEP (Gestão de Concursos) - 2020 - Câmara de Patrocínio - MG – Advogado)**

07. De acordo com ALEXANDRE, a imposição constitucional de progressividade do imposto de renda é exemplo de regra finalisticamente vinculada aos princípios da:

Capacidade contributiva e da isonomia. **(OBJETIVA - 2019 - Prefeitura de Pinto Bandeira - RS - Fiscal de Tributário)**

08. Leia o trecho a seguir e assinale ao que segue: *“Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo _____, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”* Assinale a alternativa que preenche a lacuna corretamente: A capacidade econômica do contribuinte. **(IDCAP - 2019 - Prefeitura de São Roque do Canaã - ES - Auxiliar Administrativo)**

09. É considerado corolário do princípio da igualdade tributária, tendo por finalidade a busca de uma sociedade mais igualitária em termos de exação de tributos. Trata-se do princípio da: capacidade contributiva. **(Metro Capital Soluções - 2019 - Prefeitura de Conchas - SP - Procurador Jurídico)**

10. No último dia 16/10/2019, foi editada a Medida Provisória 899 que dispõe sobre a transação tributária. Sobre os Princípios Constitucionais que regem a matéria é correto afirmar que a aplicação e regulamentação da transação deverão observar, dentre outros, o Princípio da Capacidade Contributiva, Isonomia, Transparência e Moralidade. **(FADESP - 2019 - Prefeitura de Marabá - PA - Procurador Municipal)**

11. Acerca do direito tributário, julgue o item. É incorreto dispor que de acordo com o STF, aplica-se o princípio da capacidade contributiva aos impostos, mas não às demais espécies tributárias. **(Quadrix - 2019 - CREA-TO - Advogado)**

12. Schoueri, em seu livro Direito Tributário (2016), desenvolveu capítulos atinentes aos princípios e limitações ao poder de tributar. Segundo esse autor, é correto afirmar: a capacidade contributiva pode ser vista como corolário da igualdade para os impostos. Assim, a capacidade contributiva é adotada como parâmetro de comparação entre contribuintes na igualdade tributária. **(FUNDEP (Gestão de Concursos) - 2019 - Prefeitura de Contagem - MG - Procurador Municipal)**

13. O princípio da capacidade contributiva não se aplica às contribuições de melhoria. **(VUNESP - 2019 - Prefeitura de Guarulhos - SP - Inspetor Fiscal de Rendas - Conhecimentos Específicos)**

14. O § 1.º do art. 145 da Constituição Federal de 1988 dispõe que “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para

conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte". O princípio do direito tributário relacionado à norma constitucional transcrita anteriormente é o princípio da capacidade contributiva. **(CESPE - 2019 - TJ-SC - Juiz Substituto)**

15. Acerca do regime dos princípios tributários, é correto afirmar que o princípio da capacidade contributiva autoriza a graduação dos impostos de caráter pessoal, segundo a capacidade econômica do contribuinte. **(FCC - 2019 - DPE-SP - Defensor Público)**

16. À luz dos dispositivos constitucionais que regem o direito tributário, julgue o item a seguir. É correto afirmar que os legisladores devem buscar graduar os impostos de acordo com a capacidade econômica do contribuinte. **(CESPE - 2019 - PGE-PE - Analista Judiciário de Procuradoria)**

17. Levando em consideração os princípios constitucionais tributários, é correto afirmar que o princípio da capacidade contributiva, que se manifesta diante de fatos ou situações que revelam, em tese, condições de suportar a carga econômica relativa aos impostos, está intimamente ligado ao princípio da igualdade e se apresenta como importante mecanismo de alcance da almejada justiça fiscal. **(UFPR - 2018 - COREN-PR – Advogado)**

18. A técnica de tributação que observa o princípio da capacidade contributiva consiste em fixar alíquotas percentualmente menores para os contribuintes que tenham menor patrimônio pessoal. **(CESPE - 2018 - PGE-PE - Procurador do Estado)**

19. De acordo com a Constituição Federal, sempre que possível os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária identificar, respeitados os direitos individuais e, nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. O texto constitucional consagra qual Princípio? Princípio da capacidade contributiva. **(Quadrix - 2017 - CRF-RS – Advogado)**

20. Consiste em corolário do princípio da igualdade tributária e aplica-se na ordem jurídica tributária, na busca de uma sociedade mais igualitária em termos da exação de tributos. O trecho trata do princípio da capacidade contributiva. **(VUNESP - 2017 - Prefeitura de São José dos Campos - SP – Procurador)**

21. Em relação ao princípio da capacidade contributiva do contribuinte é CORRETA a afirmação: para cumprir os objetivos do princípio da capacidade contributiva, é facultado

à administração identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. **(FMP Concursos - 2017 - PGE-AC - Procurador do Estado)**

22. A respeito das limitações constitucionais ao poder de tributar, é correto afirmar que de acordo com a interpretação do STF: o princípio da isonomia pressupõe a comparação entre sujeitos, o que, em matéria tributária, é efetivado pelo princípio da capacidade contributiva em seu aspecto subjetivo. **(CESPE - 2017 - Prefeitura de Fortaleza - CE - Procurador do Município)**

23. Sabendo que, por disposição constitucional expressa, em regra, os princípios tributários e as limitações ao poder de tributar não se aplicam de forma idêntica a todas as espécies tributárias, assinale a opção INCORRETA a respeito da aplicação desses institutos. R – O princípio da capacidade contributiva aplica-se sempre e necessariamente aos impostos. **(CESPE - 2017 - PC-GO - Delegado de Polícia Substituto)**

24. É correto afirmar que o princípio constitucional da não cumulatividade, aplicável a todos os impostos, impõe uma técnica segundo o qual o valor do tributo devido em cada operação seja compensado com a quantia incidente sobre as anteriores, impedindo, assim, que haja a cobrança de tributo sobre tributo. **(Concursos-MS - 2016 - PGE-MS - Procurador do Estado)**

25. Um dos aspectos da soberania do Estado é o do seu poder especial de penetrar nos patrimônios dos particulares. exigindo-lhes contribuições derivadas e compulsórias. Este poder é representado pelo poder de criar tributos, de estabelecer proibições tributárias, isto é, de emanar normas jurídicas tributárias. O poder fiscal é inerente ao próprio Estado, que advém de sua soberania política, consistente na faculdade do estabelecer tributos, de exigir contribuições compulsórias, a fim de poder atender às necessidades públicas. Vulgarmente expressa-se como "Fisco" o poder de exigir tributos do Estado. O Direito Tributário regula principalmente as relações jurídicas entre o "Fisco", como sujeito ativo, e o Contribuinte, ou terceiros, como sujeitos passivos; regula a cobrança e a fiscalização dos tributos. Sobre os princípios basilares do Direito Tributário, marque o item INCORRETO: o Princípio da Capacidade Contributiva diz que o tributo deve ser razoável, não podendo ser tão oneroso que chegue a representar um verdadeiro confisco. **(IDIB - 2016 - Prefeitura de Novo Gama - GO - Fiscal de Tributos)**

26. A respeito dos Princípios Gerais Tributários, é incorreto afirmar que a graduação dos tributos fora da capacidade econômica de contribuir não fere o princípio da capacidade contributiva. **(FCC - 2016 - Prefeitura de Teresina - PI - Técnico de Nível Superior - Analista em Gestão Pública)**

27. Entre os princípios constitucionais de Direito Tributário, É INCORRETO AFIRMAR que a capacidade contributiva encontra aplicação plena aos tributos com fato gerador vinculado, na medida em estes apontam critérios de justiça comutativa. **(MPE-SC - 2016 - MPE-SC - Promotor de Justiça – Matutina)**

28. Acerca dos princípios consagrados pela Constituição Federal, é correto afirmar: sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. **(FCC - 2016 - Prefeitura de Campinas - SP – Procurador)**

29. Os princípios do Direito Tributário são normas permeadas na Constituição Federal que limitam, regulam a prática de competência tributária e sua operacionalização, fazendo com que alguns valores tenham melhor efetividade no ordenamento jurídico. Diante do tema concernente, é correto afirmar que o princípio da capacidade contributiva observa os seguintes critérios: renda auferida, o consumo ou renda despendida, patrimônio ou renda acumulada. **(Itame - 2015 - Prefeitura de Padre Bernardo - GO - Fiscal de Tributos)**

30. Em observância aos princípios constitucionais tributários, é correto afirmar que é facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. **(FUNDEP (Gestão de Concursos) - 2015 - CORECON - MG – Advogado)**

31. Conforme o CTN, os contribuintes da obrigação tributária relativa ao IPTU são o proprietário do imóvel, o titular do domínio útil e o possuidor. Nesse contexto, considerando suposta lei complementar que amplie o rol de contribuintes e inclua também o detentor como sujeito passivo é correto afirmar que a tributação fundamentada na detenção do imóvel, como definido na hipotética lei, ofenderia o princípio da capacidade contributiva, uma vez que a detenção é exercida em nome de outrem e não configura situação abarcável pelo direito de propriedade. **(CESPE - 2015 - TJ-PB - Juiz Substituto)**

32. "Sempre que possível, os impostos devem possuir caráter pessoal e serem graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte facultando à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esse objetivo, identificar, respeitados os direitos individuais e dos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte". A assertiva refere-se ao seguinte princípio do direito tributário: princípio da capacidade contributiva. **(CAIP-IMES - 2015 - Consórcio Intermunicipal Grande ABC – Procurador)**

33. A respeito das limitações ao poder de tributar, é correto afirmar: que o chamado critério da seletividade é uma das técnicas de tributação expressamente previstas na Constituição Federal de 1988 para a concretização do princípio da capacidade contributiva. **(FCC - 2015 - TJ-PE - Juiz Substituto)**

34. Com relação aos princípios constitucionais, é correto afirmar que o princípio da capacidade contributiva objetiva retratar a eleição de fatos que ostentem signos de riqueza capazes de servir de parâmetro para se mensurar a possibilidade econômica de contribuir para o erário, de acordo com o tamanho econômico do evento. **(PGE-MS - 2014 - PGE-MS - Procurador do Estado)**

35. “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”. Referida disposição constitucional reflete o princípio da capacidade contributiva. **(VUNESP - 2014 - Prefeitura de São José do Rio Preto - SP - Auditor Fiscal Tributário Municipal)**

36. Assinale a alternativa que apresenta o princípio constitucional ao qual se refere o seguinte trecho do artigo 145, §1º da Constituição Federal: “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e, nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”. R – Princípio da Capacidade Contributiva. **(CETRO - 2014 - IF-PR – Auditor)**

37. Acerca dos princípios constitucionais tributários, É INCORRETO afirmar que o princípio da capacidade contributiva, na atual visão do Supremo Tribunal Federal, impede o legislador estadual de estabelecer progressividade de alíquota para o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de quaisquer bens ou direitos. **(FMP Concursos - 2014 - PGE-AC - Procurador do Estado)**

38. Sobre o Sistema Tributário Nacional, considere: constitucionalmente, o princípio da capacidade contributiva é direcionado aos impostos, que terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte. **(FCC - 2014 - TRF - 4ª REGIÃO - Técnico Judiciário - Área Administrativa)**

39. A Constituição Federal (CF), no capítulo sobre o Sistema Tributário Nacional, consagra vários princípios tributários. Quanto a esta matéria, é incorreto afirmar que: o princípio da capacidade contributiva, conforme dispõe o art.145, § 1º, CF, aplica-se, sempre

que possível, apenas aos impostos, às taxas e às contribuições de melhoria. **(IESES - 2014 - TJ-PB - Titular de Serviços de Notas e de Registros – Provisamento)**

40. É incorreto afirmar que sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, relativizando os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. **(IPAD - 2014 - IPEM-PE - Analista - Gestão em Metrologia e Qualidade Industrial – Direito)**

41. Sobre os Princípios Constitucionais Tributários e o Conceito de Tributo é correto afirmar que: a doutrina que entende que o Princípio da Capacidade Contributiva se aplica apenas aos impostos defende que é característica destes a solidariedade, servindo a pessoalidade, a progressividade e a proporcionalidade como base axiológica jurídica para eles. **(UEPA - 2013 - SEAD-PA - Auditor Fiscal de Receitas Estaduais - Conhecimentos específicos)**

42. Sobre o princípio da capacidade contributiva e sua implementação, é correto afirmar que: a seletividade implementa o Princípio da Capacidade Contributiva quando importar em desoneração de tributos para o desenvolvimento regional. **(UEPA - 2013 - SEAD-PA - Auditor Fiscal de Receitas Estaduais - Conhecimentos específicos)**

43. Sendo objeto do mundo da cultura, o direito e, mais particularmente, as normas jurídicas estão sempre impregnadas de valor. Esse componente axiológico, invariavelmente presente na comunicação normativa, experimenta variações de intensidade de norma para norma, de tal sorte que existem preceitos fortemente carregados de valor e que, em função do seu papel sintático no conjunto, acabam exercendo significativa influência sobre grandes porções do ordenamento. Em direito, utiliza-se o termo 'princípio' para denotar as regras de que falamos, mas também se emprega a palavra para apontar normas que fixam importantes critérios objetivos, além de ser usada, igualmente, para significar o próprio valor, independentemente da estrutura a que está agregado e, do mesmo modo, o limite objetivo sem a consideração da norma. (Paulo de Barros Carvalho). Com relação aos princípios gerais e tributários, é correto afirmar que o princípio da capacidade contributiva do sujeito passivo sempre foi o padrão de referência básico para aferir-se o impacto da carga tributária e o critério comum dos juízos de valor sobre o cabimento e a proporção do expediente impositivo. Assim, sempre que possível, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir impostos, os quais terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e, nos termos da lei, o patrimônio, os

rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. **(CETRO - 2013 - ANVISA - Analista Administrativo - Área 3)**

44. O princípio da capacidade contributiva relaciona-se diretamente com o seguinte princípio constitucional: isonomia. **(IPAD - 2013 - PGE-PE – Direito)**

45. A estrutura tributária brasileira está disposta no texto constitucional e na legislação complementar e ordinária, as quais dispõem sobre princípios, espécies tributárias, fato gerador, incidências, isenções, bases de cálculo, alíquotas, prazos e outros pormenores que asseguram a adequada interpretação do tributo. Ainda assim, muitas empresas no Brasil argumentam que não suportam arcar com o ônus tributário imposto pelas autoridades fiscais. A argumentação das empresas contraria qual princípio tributário? R - Capacidade contributiva. **(CESGRANRIO - 2013 - LIQUIGAS - Profissional Júnior - Ciências Contábeis)**

46. Márcia Só, nos autos do inventário de seu falecido pai, foi surpreendida com a pretensão da Fazenda Estadual em lhe cobrar o Imposto Mortis Causa e Doação aplicando alíquota progressiva. Nesse caso, assiste razão à Fazenda Estadual uma vez que todos os impostos devem ser graduados de acordo com o princípio da capacidade contributiva. **(FGV - 2013 - CONDER – Advogado)**

47. É CERTO AFIRMAR QUE: A capacidade contributiva, ao lado da propriedade, como princípio, fundamenta a vedação do confisco. **(PGR - 2013 - PGR - Procurador da República)**

48. Dadas as assertivas abaixo, é incorreto afirmar que o princípio da capacidade contributiva autoriza, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a instituição da progressividade em razão do valor do imóvel para o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana desde a Constituição de 1988. **(FMP Concursos - 2012 - PROCEMPA - Analista Administrativo – Advogado)**

49. A Constituição Federal, no capítulo sobre o Sistema Tributário Nacional, consagra vários princípios tributários. Quanto ao tema, é INCORRETO afirmar: o § 1º do art. 145 consagra o princípio denominado “capacidade contributiva”, o qual deve ser aplicado aos impostos, às taxas e às contribuições de melhoria.

50. O princípio da capacidade contributiva, que informa o ordenamento jurídico tributário, estabelece que, sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades

econômicas do contribuinte. Sobre ele, é correto afirmar: a) Constitui subprincípio do princípio da solidariedade. b) Visa, entre outros objetivos, a assegurar o mínimo vital, ou mínimo existencial. c) Constitui subprincípio do princípio da igualdade. d) É compatível com a progressividade de alíquotas.

51. É incorreto afirmar que ao adotar o princípio da capacidade contributiva e a vedação ao confisco, a Constituição de 1988 explicitamente deixou de receber o conceito de tributo do Art. 3º do Código Tributário nacional. **(UEPA - 2012 - PGE-PA - Procurador do Estado)**

52. É incorreto dispor que com base nos princípios da capacidade contributiva, da modicidade tributária e do não confisco, o Supremo Tribunal Federal vem autorizando, independentemente de lei específica, a atualização monetária da tabela progressiva do imposto de renda e das respectivas deduções. **(MPE-MG - 2012 - MPE-MG - Promotor de Justiça)**

52. Município institui o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) sobre serviço advocatício com valor de R\$ 1.500,00 por ano. A fixação do ISSQN, nestes termos, é inconstitucional por violar o princípio da capacidade contributiva. **(FCC - 2012 - Prefeitura de São Paulo - SP - Auditor Fiscal do Município - Gestão Tributária - Prova 4)**

53. É correto afirmar que tributos regressivos são inconstitucionais por violação ao princípio da capacidade contributiva, cujo comando é incompatível com o da regressividade. **(TJ-PR - 2011 - TJ-PR - Juiz)**

54. É incorreto afirmar que o princípio da capacidade contributiva decorre diretamente do princípio da isonomia material e pode ser analisado sob duas perspectivas: a capacidade tributária subjetiva ou relativa, que indica a concreta e real aptidão econômica do contribuinte para pagar determinado tributo, conectando-se ao princípio do mínimo existencial; e a capacidade tributária objetiva, que se revela na eleição, pelo legislador, de quaisquer fatos que dêem suporte ao exercício do poder de tributar, não se considerando, nesse aspecto, qualquer indício de manifestação de riqueza. **(INSTITUTO CIDADES - 2011 - DPE-AM - Defensor Público)**

55. Sobre os princípios constitucionais tributários é incorreto afirmar que os tributos sempre deverão ser pessoais e atender às condições econômicas dos contribuintes, por força do princípio da capacidade contributiva. **(FCC - 2011 - MPE-CE - Promotor de Justiça)**

56. É incorreto afirmar que o princípio da capacidade contributiva determina que os impostos tenham, sempre, caráter pessoal; / assim sendo, os impostos devem ser graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte. **(FGV - 2011 - SEFAZ-RJ - Auditor Fiscal da Receita Estadual - Prova 2)**

57. É correto afirmar que o mínimo existencial é princípio constitucional que pode ser retirado essencialmente do princípio da capacidade contributiva, que visa proteger a exação desproporcional e conta com alguns indícios de proteção no direito positivo brasileiro, como no imposto de renda da pessoa física ou mesmo em alguns produtos da cesta básica, que foram desonerados, e que contam com o princípio da seletividade como instrumento importante para sua defesa.**(TJ-RO - 2011 - TJ-RO - Juiz Substituto)**

58. Sobre a tributação, é INCORRETO afirmar que sempre que possível, os tributos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte. **(ACEP - 2010 - BNB - Especialista Técnico – Advogado)**

59. Sobre o princípio da capacidade contributiva, é correto afirmar que é o principal critério de aplicação da igualdade tributária no âmbito dos impostos com finalidade fiscal. **(FUNDATEC - 2010 - PGE-RS - Procurador do Estado)**

60. É incorreto afirmar que a proteção vital, ou mínimo existencial, de ampla aplicação no Brasil, é princípio que visa a proteger a dignidade humana da exação desproporcional e violadora da capacidade contributiva, que carece ainda de lei para que possa ser respeitado, mas que conta com alguma proteção como a dos alimentos da cesta básica, e com o valioso auxílio da seletividade, que é amplamente aplicada a todas as exações no direito brasileiro. **(TJ-PR - 2010 - TJ-PR – Juiz)**

61. Um exemplo de tributo que atende ao chamado princípio da capacidade de pagamento é o Imposto de Renda das pessoas físicas. **(FCC - 2010 - METRÔ-SP - Analista Treinee – Economia)**

62. É incorreto dispor que o princípio da capacidade contributiva estabelece que os impostos terão caráter pessoal e deverão ser neutros em relação à capacidade contributiva dos contribuintes, facultado à administração tributária identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. **(FGV - 2010 - BADESC – Economista)**

63. É correto afirmar que preserva-se de tributação o chamado “mínimo existencial” em decorrência da aplicação dos princípios da capacidade contributiva e da dignidade humana. **(TRF - 4ª REGIÃO - 2009 - TRF - 4ª REGIÃO - Juiz Federal)**

64. Previsto expressamente na Constituição Federal como sendo um princípio direcionado aos impostos para que, sempre que possível, tenham caráter pessoal e atendam às condições econômicas do contribuinte, corresponde ao princípio da capacidade contributiva. **(FCC - 2009 - TCE-GO - Analista de Controle Externo – Direito)**

65. Acerca do direito tributário brasileiro, é correto afirmar que segundo a jurisprudência do STF, é lícito o tratamento tributário desigual a microempresas e empresas de pequeno porte que possuam capacidades contributivas distintas. **(CESPE - 2009 - SEAD-SE (FPH) – Procurador)**

66. Quando um determinado imposto é criticado por ser regressivo, o princípio tributário no qual a crítica se baseia é o princípio da(o) capacidade econômica do contribuinte. **(CESGRANRIO - 2009 - BNDES - Profissional Básico – Economia)**

67. Um tema recorrente no Brasil, diga-se, não só no Brasil, é o da carga tributária em sentido geral. Entre nós, parte considerável dos tributaristas considera-a excessiva e por isso inibitória da atividade econômica. No plano essencialmente jurídicotributário, ou seja, de jure constituto, essa consideração crítica tem relevância apenas no que diz respeito ao exame casuístico, no âmbito do processo judicial, da lide que se componha em torno da aplicação do princípio da capacidade contributiva como corolário de Justiça Fiscal. **(VUNESP - 2009 - TJ-SP – Juiz)**

68. A instituição de tributo com alíquotas progressivas sem ser exageradamente oneroso, não podendo, portanto, ser considerado confisco, faz transparecer, no direito tributário, na instituição do referido tributo, o cuidado com o princípio da capacidade contributiva. **(CESPE - 2009 - MPE-RN - Promotor de Justiça)**

69. É incorreto afirmar que o fato de algumas municipalidades no Brasil adotarem o sistema de alíquotas progressivas para o imposto predial e territorial urbano conflita com o princípio da capacidade de pagamento, como critério de justiça tributária. **(CESPE - 2009 - ANAC - Especialista em Regulação – Economia)**

70. Sobre os princípios que regem nosso Sistema Tributário Nacional é correto afirmar: o princípio da Capacidade Contributiva não se aplica às taxas e às contribuições de melhoria, mas tão somente aos impostos. **(FCC - 2009 - SEFAZ-SP - Agente Fiscal de Rendas - Gestão Tributária - Prova 3)**

71. Considerando o tratamento dado pela CF ao Sistema Tributário Nacional, é incorreto afirmar que o princípio da capacidade contributiva, segundo previsão expressa na CF, aplica-se a todos os tributos federais, estaduais e municipais. **(CESPE - 2009 - TCE-AC - Analista de Controle Externo - Ciências Contábeis)**

72. Considerando que a tributação deve ser utilizada como uma ferramenta para diminuir os desequilíbrios conjunturais e melhorar as taxas de crescimento econômico, assinale a opção correta quanto ao princípio da capacidade contributiva, no âmbito da teoria da tributação. R - O ônus tributário deve garantir as equidades horizontal e vertical. **(CESPE - 2009 - SEFAZ-AC - Fiscal da Receita Estadual)**

73. É incorreto afirmar que para que sejam garantidas a aplicação do princípio do não-confisco e a do princípio da capacidade contributiva, o STF entende que a constituição de um estado-membro da Federação pode estabelecer limites para o aumento dos impostos e contribuições municipais. **(CESPE - 2009 - AGU - Advogado da União)**

74. O Estado, com o objetivo da tributação ótima, deve arrecadar uma dada receita tributária ao menor custo para a sociedade. Como os contribuintes com maior capacidade contributiva terão como estratégia serem vistos como contribuintes de menor capacidade contributiva e como os custos de fiscalização e punição são importantes, a tributação ótima caracteriza-se por: propor uma combinação de impostos tipo lump-sum (ou transferências fixas) com impostos sobre o consumo. **(FGV - 2009 - SEFAZ-RJ - Fiscal de Rendas - Prova 1)**

75. As seguintes informações se encontram corretas: I. de acordo com a Constituição Federal, o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza será informado pela generalidade, universalidade e progressividade, na forma da lei. Pode-se afirmar que o critério da progressividade decorre dos princípios da igualdade e da capacidade contributiva, na medida em que contribuintes com maiores rendimentos sejam tributados de modo mais gravoso do que aqueles com menores rendimentos. II – o princípio da capacidade contributiva não possui significado muito importante para o IPTU, visto que este tributo se caracteriza por ser um imposto real, sem relação com as características pessoais do sujeito passivo. **(ESAF - 2009 - Receita Federal - Auditor Fiscal da Receita Federal - Prova 2)**

76. É correto afirmar que o princípio da capacidade contributiva: não se aplica às penalidades tributárias. **(ESAF - 2009 - SEFAZ-SP - Analista de Finanças e Controle - Prova 2)**

77. É incorreto afirmar a capacidade contributiva é medida, exclusivamente, pela disponibilidade financeira das pessoas. **(SEFAZ-ES)**

78. É incorreto dispor que visando dar efetividade ao princípio da capacidade contributiva, é lícito que lei municipal fixe adicional progressivo do IPTU em função do número de imóveis do contribuinte. **(CESPE - 2007 - AGU - Procurador Federal - Prova 1)**

79. "O primeiro caminho para a reconstrução dos Direitos Humanos da Tributação é o da efetiva, direta e ativa participação de todos os segmentos da sociedade na elaboração, fiscalização e controle das regras tributárias. A idéia básica é de eliminar os excessos e injustiças da carga tributária, de modo a torná-la equânime e efetiva, em harmonia com os princípios da justiça e da racionalidade". (Nogueira, Alberto. A reconstrução dos Direitos Humanos na Tributação. Rio de Janeiro: Renovar. 1997. p. 411). É correto afirmar que o princípio da capacidade contributiva tem por destinatário imediato o legislador ordinário das pessoas políticas. É ele que deve imprimir, nos impostos que cria in abstracto, um caráter pessoal, graduando-os conforme a capacidade econômica dos contribuintes. **(FCC - 2006 - DPE-SP - Defensor Público)**

80. É correto afirmar que a isenção tributária instituída em obediência ao princípio do mínimo vital, em qualquer nível de governo, dispensa as medidas de compensação previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal. **(FCC - 2005 - TCE-MG – Auditor)**

81. No que se refere ao princípio da capacidade contributiva — seletividade e progressividade, é correto afirmar que tanto a seletividade quanto a progressividade podem realizar função extrafiscal do tributo. **(CESPE / CEBRASPE - 2004 - Prefeitura de Boa Vista - RR - Auditor Fiscal do Município)**

82. Tendo em vista o Sistema Tributário Nacional, é incorreto afirmar que os princípios da capacidade contributiva e da proibição do confisco têm o mesmo significado face ao idêntico fundamento constitucional. **(FCC - 2002 - MPE-PE - Promotor de Justiça)**

7. REFERÊNCIAS

FROTA, Jorge Henrique Sousa. **Manual de Direito Tributário para o Exame da Ordem. Parte 01: conceitos.** 2021. Ed. Independente. Fortaleza – Ceará, p. 108.

SABBAG, Eduardo. **Direito Tributário Essencial.** 5º. ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p.1.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de Direito Tributário.** 11º edição. Rio de Janeiro: grupo GEN, p. 58.

MOREIRA, André Mendes. Capacidade contributiva. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Tributário. Paulo de Barros Carvalho, Maria Leonor Leite Vieira, Robson Maia Lins (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em [Link](#). Acesso em 29 de maio de 2022.

AMÉRICO, João Pedro Elpídio dos Santos. Princípio da Capacidade Contributiva. 2021. Disponível em [Link](#). Acesso em 29 de maio de 2022.

PAOLIELLO, Patrícia Brandão. O princípio da capacidade contributiva. 2003. Disponível em [link](#). Acesso em 29 de setembro de 2021.

KAGEYAMA, André. O princípio da capacidade contributiva no Direito Tributário brasileiro. 2022. Disponível em [Link](#). Acesso em 29 de maio de 2022.

GUIMARÃES, Ariane Costa. Capacidade contributiva: a obrigatoriedade de observância pela lei tributária e a possibilidade de controle jurisdicional. 2018. Disponível em [Link](#). Acesso em 29 de maio de 2022.

BRAMBILLA, Leandro Vilela. No que consiste o princípio da capacidade contributiva? 2010. Disponível em [Link](#). Acesso em 29 de maio de 2022.

ALVES, Alberto Monteiro. Alcance do princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, CF). 1997. Disponível em [Link](#). Acesso em 29 de maio de 2022.

CREPALDI, Silvio Aparecido, CREPALDI, Guilherme Simões. **Direito Tributário - Teoria e Prática.** 3ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2011. p, 22.

CREPALDI, Silvio Aparecido, CREPALDI, Guilherme Simões. **Direito Tributário - Teoria e Prática.** 3ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2011. p, 22.

O EFEITO SUSPENSIVO AUTOMÁTICO ATRIBUÍDO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

GRAZIELA MITSUE UEMOTO MACIEL MARTINS:

Mestranda em Direito Constitucional e Processual Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialista em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas – FGV/SP. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada.

ROBERTA VIEIRA GEMENTE DE CARVALHO³³⁰

(coautora)

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo verificar a análise sistêmica da Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80) que, sob à luz da Constituição Federal de 1988, autoriza a concessão de efeito suspensivo automático aos embargos à execução fiscal e afasta a aplicação da disposição contida no art. 919, §1º, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15). Por meio do exame da legislação, da doutrina e da jurisprudência, almeja-se demonstrar que a aplicação da lei específica deverá prevalecer sobre a norma geral e que, a hipótese da concessão do efeito suspensivo automático aos embargos traduz melhor a ideia do devido processo legal, da segurança jurídica e de paridade de armas entre as partes.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Fiscal. Embargos à execução fiscal. Efeito suspensivo automático. Especialidade da Lei de Execuções Fiscais. Interpretação.

INTRODUÇÃO

Diferentemente do que ocorreu em outros ramos do Direito, como na seara trabalhista, na penal ou na civil, não há um código que trate de forma consolidada sobre o

330 Mestranda em Direito Constitucional e Processual Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito de Itu. MBA em Gestão Fiscal pela Trevisan Escola de Negócios. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Advogada no Soares de Melo Advogados. E-mail: roberta@soaresdemelo.com.br

processo tributário. O que há são legislações esparsas que preveem e regulamentam as ações de iniciativa do Estado e do contribuinte³³¹.

A respeito das ações que podem ser aviadas pelos contribuintes como, por exemplo, a ação declaratória de relação jurídico-tributária, a ação de repetição de indébito, a ação anulatória de débito fiscal, a ação de consignação em pagamento, desde a vigência do Código de Processo Civil anterior (1973), todas elas têm o mesmo rito processual estabelecido e aplicado às ações de conhecimento em geral. O mandado de segurança, como remédio constitucional que é, tem tratamento diverso, está previsto no art. 5º, LXIX e é regulamentado pela Lei nº 12.016/2009. Os embargos à execução fiscal, porque também se trata de ação, por meio da qual o contribuinte exerce o seu direito de defesa contra o Fisco, estão previstos no art. 16, da Lei nº 6.830/80.

As ações de iniciativa do Fisco também estão previstas e são regulamentadas em legislação esparsa. A ação cautelar fiscal foi instituída pela Lei nº 8.397/92 e é instrumento prévio ao ajuizamento da execução fiscal, para o fim de tornar indisponíveis os bens do contribuinte. A execução fiscal, por sua vez, na qualidade de instrumento hábil a viabilizar a cobrança dos créditos tributários ou não pela Fazenda Pública, está prevista e vem regulamentada pela Lei nº 6.830/80.

Em razão dos diversos diplomas que tratam do Direito Processual Tributário, há reiteradas discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre como relacionar os seus diversos aspectos.

Especialmente no que concerne ao efeito suspensivo dos embargos à execução fiscal, há quem sustente que em razão da inexistência de disposição expressa da Lei nº 6.830/80, seria aplicável à hipótese as disposições contidas no art. 919, §1º, do Código de Processo Civil, no sentido de que o efeito suspensivo aos embargos dependerá da análise do magistrado quanto à garantia ofertada e do preenchimento dos requisitos indispensáveis à concessão de tutela antecipada: a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

331 Como explica Hugo de Brito Machado: “Como não temos leis processuais específicas para a solução dos conflitos entre o Fisco e o contribuinte, o processo judicial tributário regula-se pelo Código de Processo Civil, salvo no que diz respeito à execução fiscal e à cautelar fiscal. O processo de conhecimento em matéria tributária é sempre de iniciativa do contribuinte, porque a decisão no processo administrativo é sempre do Fisco, inexistindo, razão para que este provoque o controle judicial da legalidade de tais decisões.” (MACHADO, 2014, p.473)

Tal conclusão, contudo, poderá reverberar em consequências relevantes à saúde financeira do contribuinte, uma vez que, apesar de garantir o Juízo, sem a concessão do efeito suspensivo à execução fiscal, poderá a Fazenda Pública aproveitar-se sumariamente dos bens oferecidos em garantia, que somente poderão ser revistos pelo sujeito passivo após o trânsito em julgado da sentença favorável dos embargos, pela morosa e irregular via dos precatórios.

Isso sem falar nos impactos incidentes em todo o sistema jurídico-tributário, diante do inequívoco amesquinamento de princípios como o da inafastabilidade do controle judicial, o do contraditório e da ampla defesa e o do direito à jurisdição, em favor do interesse meramente arrecadatário da Fazenda Pública.

Portanto, por meio do presente estudo, objetiva-se analisar a extensão e a aplicabilidade das disposições gerais contidas no Código de Processo Civil ao procedimento especial da execução fiscal, submetido à sistemática da Lei nº 6.830/80 (LEF).

O CONTEXTO LEGISLATIVO

A execução fiscal como meio viabilizador de cobrança de créditos tributários ou não tributários pela Fazenda Pública está prevista e é regulamentada pela Lei nº 6.830/80. A exigência consubstancia-se na certidão de inscrição em dívida ativa, título executivo extrajudicial, que promove certeza e liquidez à exigência. Não se pretende com a execução fiscal a constituição e nem a declaração do direito do Fisco, mas apenas a sua efetivação (MACHADO, 2014, p. 479).

Isso porque, diferentemente do que ocorre com as obrigações contratuais regidas pelo direito privado, a obrigação tributária é ato unilateral que decorre de disposição legal, nascida da simples ocorrência do fato gerador, sendo dispensável nessa hipótese a manifestação de vontade do contribuinte, que poderá adimplir voluntariamente a obrigação ou ter contra si o lançamento da dívida. (SANTIAGO; BREYNER, 2009, p. 72).

Portanto, quando ajuizada a execução fiscal, há contra o contribuinte pelo menos dois atos administrativos dotados de presunção e legitimidade: o lançamento e a inscrição do débito em dívida ativa.

Conforme observa James Marins (2005, p. 199), a atividade de lançamento está intimamente relacionada com o exercício de fiscalização e de aplicação de penalidades

desempenhadas pelo Estado, revelando-se nesse momento a etapa litigiosa da relação jurídica tributária. Segundo o autor (2005, p. 625):

A autotutela da Administração Tributária encerra-se com a formação do título executivo extrajudicial, que se procede através da inscrição do crédito tributário definitivamente lançado e não pago (*pretesa insoddisfatta*), incorporando a denominada Certidão de Dívida Ativa – CDA que aparelhará a execução fiscal.

A presunção de legitimidade é um dos atributos que recaem desde a origem da edição dos atos administrativos, o que significa dizer que os fatos suscitados pela Administração Pública são reputados verdadeiros e que guardam consonância com a Lei, mas admitem prova em contrário. Cuida-se, portanto, de presunção *juris tantum*, que admite prova em contrário, que deverá ser providenciada pelo interessado.

Nas palavras de Hugo de Brito Machado, aviada a execução fiscal, não vislumbra o Fisco que se decida sobre o seu direito de crédito, mas apenas que sejam adotadas providências para compelir o contribuinte ao pagamento de um crédito, cuja certeza e liquidez dão respaldo à própria exigência (2014, p. 479).

Não se trata, pois, de mera execução, daí o porquê de ser tratada por lei específica, em prejuízo da aplicação do Código de Processo Civil. Cuida-se da execução do Fisco, de instrumento de efetivação do interesse público colocado à disposição da Fazenda Pública, dotado de prerrogativas e garantias em face do contribuinte, que poderá refutar a certeza e liquidez do título executivo por meio dos mecanismos de defesa a ele disponibilizados, sendo os embargos à execução fiscal e a exceção de pré-executividade as vias naturais à efetivação dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

A exceção de pré-executividade é via de defesa incidental, resultado de construção doutrinária e jurisprudencial, que visa a proteção do contribuinte diante de eventuais exigências arbitrárias e ilegais do Estado.

Acaso a matéria de defesa verse sobre matéria de ordem pública ou a respeito das nulidades em geral que prejudiquem o contribuinte e, por conseguinte, sejam suscetíveis de conhecimento de ofício pelo juiz, poderá o sujeito passivo da execução fiscal aviar a exceção de pré-executividade, sem que seja necessário a garantia do juízo.

Outra exigência para a eleição da exceção de pré-executividade como meio de defesa do contribuinte é a de que a prova deve ser pré-constituída, porque enquanto incidente processual que é, inexistente a possibilidade de se requerer a dilação probatória dentro da execução fiscal que destina-se à satisfação do crédito tributário constituído pela Fazenda Pública.

Nas palavras de James Marins (2005, p. 666-669):

Fruto de construção doutrinária, ainda que já conhecida em nossa sistemática jurídica de longa data, surge em nosso ordenamento jurídico a figura da exceção de pré-executividade, como meio de defesa prévia do executado. [...]

A exceção de pré-executividade busca discutir a própria legitimidade da execução, seja por questionar os requisitos da execução, seja por questionar a validade do título. Note-se que a matéria atinente à legitimidade da execução pode, e deve, ser conhecida de ofício pelo juiz da causa, por ser de ordem pública e cogente e seu reconhecimento independe de dilação probatória.

No mesmo sentido, o posicionamento de Eduardo Arruda Alvim (2000, p. 51):

Parece-nos que referidos preceitos, exatamente porque tratam do caráter relativo da presunção de certeza e liquidez de que se reveste a dívida ativa regularmente inscrita, antes de afastar o cabimento da objeção de pré-executividade, o reafirmam. Desde que se admita o espectro das matérias alegáveis pela via da objeção de pré-executividade é moldado pela fronteira da desnecessidade de dilação probatória, não há qualquer incompatibilidade entre a execução fiscal e a objeção de pré-executividade.

Pois bem. Instaurada a cobrança judicial do crédito tributário pela via da execução fiscal e não restando configuradas as hipóteses autorizadas à apresentação da exceção de pré-executividade e querendo o sujeito passivo discutir a exigência, estabelece o art. 8º, da Lei nº 6.830/80, que deverá o executado nomear bens à penhora, no prazo de 05 dias.

Garantido o juízo, será aberta ao sujeito passivo da execução a via dos embargos à execução fiscal, oportunidade em que o contribuinte deverá deduzir toda a matéria de

defesa dentro do prazo de 30 dias, cujo termo inicial irá variar de acordo com a garantia oferecida. É ver:

Art. 16 - O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:

I - do depósito;

II - da juntada da prova da fiança bancária ou do seguro garantia;

III - da intimação da penhora.

§ 1º - Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução.

§ 2º - No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite.

§ 3º - Não será admitida reconvenção, nem compensação, e as exceções, salvo as de suspeição, incompetência e impedimentos, serão argüidas como matéria preliminar e serão processadas e julgadas com os embargos.³³²

Recebidos os embargos à execução fiscal, a Fazenda Pública será intimada para se manifestar no prazo de 30 dias (art. 17, da LEF). Não oferecida defesa pelo sujeito passivo, o Fisco será intimado para se manifestar acerca da garantia da execução (art. 18, da LEF) e, acaso a garantia seja oferecida por terceiro, será intimado para remir o bem ou pagar a dívida, na hipótese de não serem apresentados embargos ou então serem rejeitados (art. 19, da LEF). A aludida lei ordinária, por sua vez, não faz referência expressa quanto aos efeitos do recebimento dos embargos, se suspendem a execução fiscal ou não.

Nesse aspecto, pela análise sistemática dos dispositivos legais da Lei nº 6.830/80 em conjunto com o que dispunha o art. 739, §1º, do CPC/73, incluído pela Lei nº 8.953/1994,

³³² BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.

havia o entendimento bastante consolidado no sentido de que a oposição dos embargos à execução fiscal sempre suspendia o trâmite da execução fiscal.

Art. 739. O juiz rejeitará liminarmente os embargos:

I - quando apresentados fora do prazo legal;

II - quando não se fundarem em algum dos fatos mencionados no art. 741;

III - nos casos previstos no art. 295.

§ 1º Os embargos serão sempre recebidos com efeito suspensivo.
[...]333

O cenário foi alterado com o advento da Lei nº 11.382/2006, que revogou o que dispunha o §1º do art. 739 e acrescentou o art. 739-A e seus parágrafos ao CPC/73, que passou a assim dispor:

Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo.

§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

§ 2º A decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento da parte, ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, cessando as circunstâncias que a motivaram.

§ 3º Quando o efeito suspensivo atribuído aos embargos disser respeito apenas a parte do objeto da execução, essa prosseguirá quanto à parte restante.

§ 4º A concessão de efeito suspensivo aos embargos oferecidos por um dos executados não suspenderá a execução contra os que não

333 BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

embargaram, quando o respectivo fundamento disser respeito exclusivamente ao embargante.

§ 5o Quando o excesso de execução for fundamento dos embargos, o embargante deverá declarar na petição inicial o valor que entende correto, apresentando memória do cálculo, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou de não conhecimento desse fundamento.

§ 6o A concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação dos bens.³³⁴

Da leitura dos dispositivos legais descritos acima (art. 739-A e §1º, do CPC/73), diversos juízes e Tribunais passaram a afastar a aplicação automática do efeito suspensivo dos embargos à execução fiscal, que passou a estar condicionada ao preenchimento dos seguintes requisitos: o requerimento do embargante, os argumentos deduzidos serem relevantes, a existência de dano grave, de difícil ou de incerta reparação e que a execução esteja garantida.

Vale ressaltar que, a referida alteração legislativa, implementada pela Lei nº 11.382/2006, estava restrita aos processos de execução, regidos pelo Código de Processo Civil, conforme importante observação de Hugo de Brito Machado (2008, p. 51):

A Lei nº 11.382/06, por seu turno, porta ementa a dizer que “altera dispositivos da Lei nº 5.869/ de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos”. Os arts. 738 e 739-A do Código de Processo Civil estão inseridos no processo de execução. Não cuidam de outros assuntos. Consubstanciam alterações no Código de Processo Civil, cuja aplicação, ou não, ao processo de execução fiscal obedece ao critério aplicável quando se questiona a aplicação do próprio código. Não alteram a lei de execução fiscal, mas com esta convivem.

Assim, não obstante seja a Lei nº 11.382/06 uma lei ordinária federal que poderia, como tal, alterar a lei de execuções fiscais,

334 BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

certo que não o fez. Inseriu-se no âmbito do Código de Processo Civil, que se aplica às execuções fiscais apenas subsidiariamente.

Após diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, o STJ fixou entendimento em sede de repetitivos, no julgamento do REsp nº 1.272.827/PE, de que o disposto no CPC/73 seria aplicável às execuções fiscais, de modo que a concessão do efeito suspensivo dependeria da observância dos requisitos dispostos no art. 739-A, §1º, do CPC/73. Eis o que consignou o Min. Mauro Campbell Marques em seu voto:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. APLICABILIDADE DO ART. 739-A, §1º, DO CPC ÀS EXECUÇÕES FISCAIS. NECESSIDADE DE GARANTIA DA EXECUÇÃO E ANÁLISE DO JUIZ A RESPEITO DA RELEVÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO (FUMUS BONI JURIS) E DA OCORRÊNCIA DE GRAVE DANO DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO (PERICULUM IN MORA) PARA A CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS DO DEVEDOR OPOSTOS EM EXECUÇÃO FISCAL.

1. A previsão no ordenamento jurídico pátrio da regra geral de atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor somente ocorreu com o advento da Lei n. 8.953, de 13, de dezembro de 1994, que promoveu a reforma do Processo de Execução do Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - CPC/73), nele incluindo o §1º do art. 739, e o inciso I do art. 791.

2. Antes dessa reforma, e inclusive na vigência do Decreto-lei n. 960, de 17 de dezembro de 1938, que disciplinava a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública em todo o território nacional, e do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei n. 1.608/39), nenhuma lei previa expressamente a atribuição, em regra, de efeitos suspensivos aos embargos do devedor, somente admitindo-os excepcionalmente. Em razão disso, o efeito suspensivo derivava de construção doutrinária que, posteriormente, quando suficientemente amadurecida, culminou no projeto que foi convertido na citada Lei n. 8.953/94, conforme

o evidencia sua Exposição de Motivos - Mensagem n. 237, de 7 de maio de 1993, DOU de 12.04.1994, Seção II, p. 1696.

3. Sendo assim, resta evidente o equívoco da premissa de que a LEF e a Lei n. 8.212/91 adotaram a postura suspensiva dos embargos do devedor antes mesmo de essa postura ter sido adotada expressamente pelo próprio CPC/73, com o advento da Lei n. 8.953/94, fazendo tábula rasa da história legislativa.

4. Desta feita, à luz de uma interpretação histórica e dos princípios que nortearam as várias reformas nos feitos executivos da Fazenda Pública e no próprio Código de Processo Civil de 1973, mormente a eficácia material do feito executivo a primazia do crédito público sobre o privado e a especialidade das execuções fiscais, é ilógico concluir que a Lei n. 6.830 de 22 de setembro de 1980 - Lei de Execuções Fiscais - LEF e o art. 53, §4º da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, foram em algum momento ou são incompatíveis com a ausência de efeito suspensivo aos embargos do devedor. Isto porque quanto ao regime dos embargos do devedor invocavam - com derrogações específicas sempre no sentido de dar maiores garantias ao crédito público - a aplicação subsidiária do disposto no CPC/73 que tinha redação dúbia a respeito, admitindo diversas interpretações doutrinárias.

5. Desse modo, tanto a Lei n. 6.830/80 - LEF quanto o art. 53, §4º da Lei n. 8.212/91 não fizeram a opção por um ou outro regime, isto é, são compatíveis com a atribuição de efeito suspensivo ou não aos embargos do devedor. Por essa razão, não se incompatibilizam com o art. 739-A do CPC/73 (introduzido pela Lei 11.382/2006) que condiciona a atribuição de efeitos suspensivos aos embargos do devedor ao cumprimento de três requisitos: apresentação de garantia;

verificação pelo juiz da relevância da fundamentação (fumus boni juris) e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (periculum in mora).

6. Em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/73, a nova redação do art. 736, do CPC dada pela Lei n. 11.382/2006 - artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos - não se aplica às execuções fiscais diante da presença de dispositivo específico, qual seja o art. 16, §1º da Lei n. 6.830/80, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal.

7. Muito embora por fundamentos variados - ora fazendo uso da interpretação sistemática da LEF e do CPC/73, ora trilhando o inovador caminho da teoria do "Diálogo das Fontes", ora utilizando-se de interpretação histórica dos dispositivos (o que se faz agora) - essa conclusão tem sido a alcançada pela jurisprudência predominante, conforme ressoam os seguintes precedentes de ambas as Turmas deste Superior Tribunal de Justiça. Pela Primeira Turma: AgRg no Ag 1381229 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15.12.2011; AgRg no REsp 1.225.406 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 15.02.2011; AgRg no REsp 1.150.534 / MG, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 16.11.2010; AgRg no Ag 1.337.891 / SC, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 16.11.2010; AgRg no REsp 1.103.465 / RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 07.05.2009. Pela Segunda Turma: AgRg nos EDcl no Ag n. 1.389.866/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 21.9.2011; REsp, n. 1.195.977/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17/08/2010; AgRg no Ag n. 1.180.395/AL, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe 26.2.2010; REsp, n. 1.127.353/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 20.11.2009; REsp, 1.024.128/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 19.12.2008.

8. Superada a linha jurisprudencial em sentido contrário inaugurada pelo REsp. n. 1.178.883 - MG, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 20.10.2011 e seguida pelo AgRg no REsp 1.283.416 / AL, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 02.02.2012; e pelo REsp 1.291.923 / PR,

Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 01.12.2011.

9. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.

(STJ, 1ª Seção, REsp n. 1.272.827/PE, Tema Repetitivo nº 526, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de 31.05.2013) – grifos nossos.

Embora tenha o STJ sedimentado o entendimento sobre a matéria no sentido de que a concessão do efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal não seja automática e que exige-se autorização judicial, a questão demanda análise mais apurada à luz da Constituição Federal.

Com razão alertam Hugo de Brito Machado Segundo e Raquel Cavalcanti Ramos Machado (2008, p. 62) que *“a aplicação direta do art. 739-A do CPC à execução fiscal implica desprezo à lógica da evolução pela qual tem passado o Código, bem como à evolução específica do processo tributário. E isso pode levar a grave desequilíbrio entre o direito das partes no processo de execução fiscal.”*

Apesar da revogação do CPC/73, o conteúdo do art. 739-A, §1º, do CPC/73 foi basicamente reproduzido no art. 919, §1º do Novo Código de Processo Civil (CPC/15). Portanto, mesmo estando o débito garantido pelo sujeito passivo da execução fiscal, a concessão do efeito suspensivo dos embargos dependerá do convencimento do magistrado quanto ao preenchimento das exigências descritas pela norma geral de processo civil.

Tal entendimento, contudo, nega ao sujeito passivo da execução fiscal o direito à jurisdição efetiva e faz tábula rasa dos direitos e princípios consagrados na Constituição Federal e absorvidos no CPC/15, como o do devido processo legal, o da segurança jurídica e o de paridade de armas entre as partes.

A APARENTE ANTINOMIA DAS NORMAS JURÍDICAS

Conforme disposição contida no 919, §1º, do CPC/15, aprovado pela Lei nº 13.105/15, a concessão do efeito suspensivo aos embargos à execução dependerá de expressa autorização judicial, caso preenchidos os requisitos descritos a seguir:

Art. 919. Os embargos à execução não terão efeito suspensivo.

§ 1º. O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.³³⁵

A Lei nº 6.830/80, por sua vez, não realiza tal exigência, donde as diversas decisões jurisprudenciais e discussões doutrinárias acerca da (in)aplicabilidade da disposição do Código de Processo Civil às relações jurídicas processuais tributárias. Resta saber, portanto, como conciliar esse complexo sistema jurídico de normas vigentes e válidas.

Conforme importante observação de Rodrigo Dalcin Rodrigues (2008, p. 78), a Lei nº 6.830/80, enquanto lei especial, foi editada exclusivamente para a regulamentação do processo de execução fiscal, para reger as relações jurídicas processuais entre as pessoas jurídicas de direito público, na execução de seus créditos. A especialidade desse procedimento decorre tanto das partes envolvidas quanto da natureza do crédito executado, donde a aplicação das disposições do Código de Processo Civil às relações jurídicas processuais relacionadas à execução de créditos de maneira geral.

Nesse contexto, observa Hugo de Brito Machado (2008, p. 51) que diante da especialidade da Lei nº 6.830/80, isto é, excepcional em relação do Código de Processo Civil, que é norma geral em relação àquela, inexistem dúvidas sobre a prevalência da Lei das Execuções Fiscais sobre o Código de Processo Civil, na hipótese de alguma incompatibilidade.

Portanto, ainda que se considere que a vigência posterior do Código de Processo Civil, por expressa disposição do art. 2º, §2º, do Decreto-Lei nº 4.657/42 (LINDB), a nova norma jurídica de caráter geral não possui o condão de revogar a lei especial anterior, nesse caso destinada a reger a execução das dívidas tributárias e não tributárias do interesse da Fazenda Pública.

Nesse aspecto, esclarece Hugo de Brito Machado (2014, p. 480) que:

Para bem entendermos essa questão basta a releitura do art. 2º, §2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que corporifica

335 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

um critério universal de superação das antinomias no ordenamento jurídico, a dizer que “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Ainda, a Lei Complementar nº 95/98, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e consolidação das leis, ressalta em seu art. 3º, III³³⁶, no art. 9º³³⁷ e no art. 12338, II e III, que para o fim de se revogar norma jurídica anterior, a nova lei deverá fazê-lo de maneira expressa, o que evidentemente não ocorreu na hipótese.

Ainda que assim não fosse, conforme lição de Maria Helena Diniz (2004, p. 81), o princípio da justiça deve ser o critério dos critérios para se solucionar um conflito normativo. Evidentemente, que a ausência de efeito suspensivo automático aos embargos à execução fiscal poderá trazer ao contribuinte prejuízos irreparáveis, amesquinhando-se os objetivos fundamentais da Constituição Federal³³⁹. É ver:

Num caso extremo de falta de um critério que possa resolver a antinomia de segundo grau, o critério dos critérios para solucionar o conflito normativo seria o princípio supremo da justiça: entre duas normas incompatíveis dever-se-á escolher a mais justa. Isso é assim porque os referidos critérios não são axiomas, visto que gravitam na interpretação ao lado de considerações valorativas, fazendo com que a lei seja aplicada de acordo com a consciência

336 Art. 3º, da LC nº 95/98 – “A lei será estruturada em três partes básicas: [...]

III – parte final, compreendendo as disposições pertinentes às medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias, se for o caso, a cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber.”

337 Art. 9º, da LC nº 95/98 – “A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas.”

338 Art. 12, da LC nº 95/98 – “A alteração da lei será feita: [...]

II – mediante revogação parcial;

III – nos demais casos, por meio de substituição, no próprio texto, do dispositivo alterado, ou acréscimo de dispositivo novo, observadas as seguintes regras: [...]”

339 Art. 3º, da Constituição Federal – “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]”

jurídica popular e com os objetivos sociais. Portanto, o valor *justum* deve lograr entre duas normas incompatíveis.

Há que se ressaltar, que art. 1º340, da Lei nº 6.830/80, expressamente admite a aplicação subsidiária das normas do CPC, nas hipóteses de lacuna ou de omissão legal sobre como reger pontualmente a relação processual tributária.

Não obstante, o fato de a Lei nº 6.830/80 não conter dispositivo legal que determine de forma expressa a suspensão da execução, não significa dizer que a norma jurídica seja lacunosa. Isso porque, com base nos ensinamentos de Tercio Sampaio Ferraz Jr. (2007, p. 219), “a incompletude insatisfatória dentro da totalidade jurídica” configurará a lacuna da lei, conforme definição trazida por Engisch.

O Direito como resultado da criação humana constantemente passa por diversas modificações. Ainda assim, diante do dinamismo das relações sociais, a norma jurídica não detém meios de qualificar todos os comportamentos. Cuida-se, portanto, o Direito de um sistema normativo naturalmente lacunoso (FERRAZ JR., 2007, p. 218).

Nesse aspecto, observa Carlos Maximiliano (2011, p. 20) que:

A base de todo o trabalho do exegeta seria uma ficção: buscaria uma vontade possível, agente, ativa n passado e as conclusões logicamente decorrentes desse intento primitivo. Não se trata apenas dos tempos imediatamente posteriores à lei, quando é menos difícil estudar e compreender o meio, o ambiente em que foi o texto elaborado, as ideias dominantes, as divisões das assembleias, as vitórias parciais de um grupo, as transigências da maioria com este ou aquele pendor dos contrários. A tarefa, nesse caso, seria ainda mais pesada, porém em grande parte realizável. Entretanto a letra perdura e a vida continua; surgem novas ideias, aplicam-se os mesmos princípios a condições sociais diferentes; a lei enfrente imprevistas criações econômicas, aspirações triunfantes, generalizadas no país, ou no mundo civilizado [...]. Força é adaptar o

340 Art. 1º, da Lei nº 6.830/80 – “A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.”

Direito a esse mundo novo aos fenômenos sociais e econômicos em transformação constante, sob pena de não ser efetivamente justo.

A conclusão que se chega, portanto, é a de que nem tudo que seja incompleto também deverá ser insatisfatório (FERRAZ JR., 2007, p. 219). A interpretação sistemática dos dispositivos legais de determinada norma jurídica pode satisfatoriamente conduzir à vontade do legislador quando da sua edição, sem que seja necessário ao intérprete socorrer-se dos instrumentos de superação de antinomias das normas jurídicas.

Nesse aspecto, chama atenção a observação trazida por Tercio Sampaio Ferraz Jr. (2007, p. 220) quanto à classificação dos tipos de lacuna reportados a Zitelmann. Ressalta o autor que, se a Lei proporciona subsídios ao intérprete para extrair a finalidade da norma jurídica, ainda que a disposição não esteja expressamente contida em seu texto legal, inexistirá lacuna autêntica, mas sim uma “lacuna crítica” ou “lacuna de política”, porque nesse caso a inaplicabilidade da vontade do legislador se justificará em razão do seu resultado indesejável aos fins pretendidos pelo intérprete. É ver:

[...] Falamos aqui em lacunas autênticas e não autênticas (exte und unechte). Uma lacuna autêntica ocorre quando a lei não permite uma resposta, quando a partir dela uma decisão não pode ser encontrada. Uma lacuna não autêntica, por seu lado, dá-se quando o fato-tipo (Tatbestand) é previsto pela lei, mas a solução é considerada como indesejável. A doutrina costuma aceitar como lacuna propriamente dita apenas a da primeira espécie (de lege lata), sendo a segunda considerada uma lacuna crítica ou de política jurídica (de lege ferenda).

Dispõe o art. 19, da Lei nº 6.830/80 que, no caso de a garantia ter sido oferecida por terceiro, prosseguirá a execução apenas se não for ela embargada ou se forem rejeitados os embargos. Preveem, ainda, o art. 24, I, e o art. 32, §2º, ambos da Lei nº 6.830/80, que a Fazenda Pública somente poderá adjudicar dos bens penhorados, se a execução fiscal não for embargada ou se forem os embargos rejeitados, e que o depósito, monetariamente atualizado, será devolvido ao depositante ou entregue à Fazenda Pública, após o trânsito em julgado da decisão que pôr fim aos embargos à execução. É ver:

Art. 19 - Não sendo embargada a execução ou sendo rejeitados os embargos, no caso de garantia prestada por terceiro, será este

intimado, sob pena de contra ele prosseguir a execução nos próprios autos, para, no prazo de 15 (quinze) dias:

I – remir o bem, se a garantia for real; ou

II – pagar o valor da dívida, juros e multa de mora e demais encargos, indicados na Certidão de Dívida Ativa pelos quais se obrigou se a garantia for fidejussória.³⁴¹

Art. 24 - A Fazenda Pública poderá adjudicar os bens penhorados:

I – antes do leilão, pelo preço da avaliação, se a execução não for embargada ou se rejeitados os embargos. [...]342

Art. 32 - Os depósitos judiciais em dinheiro serão obrigatoriamente feitos: [...]

§ 2º. Após o trânsito em julgado da decisão, o depósito, monetariamente atualizado, será devolvido ao depositante ou entregue à Fazenda Pública, mediante ordem do Juízo competente.
343

Da leitura dos dispositivos legais transcritos da Lei nº 6.830/80, há nítida intenção do legislador em conceder efeito suspensivo automático aos embargos à execução fiscal, de modo que os bens oferecidos em garantia pelo sujeito passivo somente serão convertidos em favor do ente exequente na hipótese de os embargos não terem sido opostos ou então terem sido rejeitados pelo magistrado.

Nesse aspecto, conclui Hugo de Brito Machado (2014, p. 480) que:

A Lei de Execuções Fiscais, embora não o diga expressamente, contém dispositivos que apontam claramente o efeito suspensivo dos embargos (arts. 18, 19, 24, I e 32, §2º). Por isto, mesmo tornou-se pacífica na doutrina e na jurisprudência a ocorrência de efeitos suspensivo automático, mesmo quando no Código de Processo Civil não existia norma expressa prescrevendo esse efeito. Ele não

341 BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.

342 BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.

343 BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.

decorreu da aplicação subsidiária de dispositivo do Código de Processo Civil.

Inexiste, portanto, qualquer lacuna ou omissão da Lei nº 6.830/80 que autorize a aplicação subsidiária do CPC, especialmente quanto ao efeito suspensivo dos embargos à execução fiscal. Eis o que consignou Rodrigo Dalcin Rodrigues (2008, p. 80) sobre a questão:

Logo, se deve aplicar o CPC sempre que a Lei 6.830/80 for omissa, for lacunosa em reger a relação jurídica processual de execução de créditos da Fazenda Pública. Porém, a omissão ou lacuna não decorre da análise isolada de dispositivos legais, mas sim do contexto de toda a Lei 6.830/80, pois, se for possível construir norma a partir dela para reger o processo no ponto duvidoso, não haverá lacuna, e, conseqüentemente, não haverá possibilidade de aplicação subsidiária do CPC para reger a relação processual de execução fiscal.

E, por fim, é necessário reiterar: não é preciso que a Lei 6.830/80 disponha literal e individualmente sobre determinada regra. O que o direito requer é que, do conjunto do ordenamento (aqui em análise restrita da Lei 6.830/80), seja possível construir a norma, a conclusão sobre a conduta a ser observada, identificando a regra imposta pelo legislador.

Além disso, para a aplicação da norma geral de processo, pelo critério da especialidade, deverá estar em consonância com as disposições legais da especial. Caso contrário, prevalecerá esta em detrimento daquela, conforme os ensinamentos de Hugo de Brito Machado (2014, p. 479):

Em face de alterações introduzidas no Código de Processo Civil, tem sido questionada a subsistência do efeito suspensivo dos embargos à execução fiscal, e várias decisões judiciais já afirmaram que os embargos já não produzem o efeito suspensivo automático. Essas decisões, todavia, albergam lamentável equívoco. O Código de Processo Civil aplica-se às execuções fiscais apenas subsidiariamente. As alterações nele introduzidas, portanto, em regra não se aplicam às execuções fiscais, que se regem por lei especial, ou excepcional.

Nesse aspecto, explica Carlos Maximiliano (2011, p. 110) que:

Não se presumem antinomias ou incompatibilidades nos repositórios jurídicos; se alguém alega a existência de disposições inconciliáveis, deve demonstrá-la até a evidência. [...]

Sempre que se descobre uma contradição, deve o hermeneuta desconfiar de si; presumir que não se compreendeu bem o sentido de cada um dos trechos ao parecer inconciliáveis, sobretudo se ambos se acham no mesmo repositório. Incumbe-lhe preliminarmente fazer tentativa para harmonizar os textos; a este esforço ou arte os Estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772, denominavam Terapêutica Jurídica.

Inspire-se o intérprete em alguns preceitos diretores, formulados pela doutrina:

a) Tome como ponto de partida o fato de não ser lícito aplicar uma norma jurídica senão à ordem de coisas para a qual foi feita.

Se existe antinomia entre a regra geral e a peculiar, específica, esta, no caso particular, tem a supremacia. Preferem-se as disposições que se relacionam mais direta e especialmente com o assunto de que se trata. [...]

b) Verifique se os dois trechos se não referem a hipóteses diferentes, espécies diversas. Cessa, nesse caso, o conflito; porque tem cada um a sua esfera de ação especial, distinta, cujos limites o aplicador arguto fixará precisamente. [...]

Da simples leitura dos dispositivos do CPC/15 que regem as execuções em geral e dos que compõem a Lei nº 6.830/80, a incompatibilidade entre os dois procedimentos é salutar porque editados para finalidades diversas. Não há na hipótese em questão conflito entre as normas jurídicas, mas embaraço na aplicação de cada uma à conjectura para qual a sua edição foi destinada (MAXIMILIANO, 2011, p. 110).

O art. 16, §1º da Lei nº 6.830/80, por exemplo, exige a apresentação de garantia para que o interessado apresente defesa. Os arts. 914 e 919, ambos do CPC/15, por sua vez, admitem a apresentação dos embargos antes mesmo de garantida a execução.

Outra disparidade entre os dois diplomas legais, revela-se no prazo para a oposição dos embargos à execução. Enquanto na Lei nº 6.830/80, estabelece-se o prazo de 30 dias para que a parte avie os embargos após garantida a execução (art. 16, da LEF), o art. 915, do CPC/15, fixa prazo de 15 dias. Isso sem falar que, para os procedimentos sob a égide do Código de Processo Civil, os prazos são contados em dias úteis (art. 212, do CPC/15), diferentemente do regramento aplicável às execuções fiscais.

É necessário, portanto, que se observe os procedimentos dispostos por cada uma das normas jurídicas para as hipóteses específicas abrangidas por elas, porque editadas para finalidades diversas. Do contrário, haveria confusão entre os dois diplomas legais, que possuem razão específica de existirem separadamente. Daí a evidente incompatibilidade entre elas, que *“há de ser resolvida pelo critério da especialidade, vale dizer, as disposições da lei especial seguem vigentes e não se há de cogitar da aplicação das disposições do Código de Processo Civil.”* (MACHADO, 2008. p. 53)

O ASPECTO CONSTITUCIONAL DO EFEITO SUSPENSIVO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

Superados os aspectos infraconstitucionais que irradiam consequências para todo o sistema jurídico-tributário, há que se ressaltar a estreita relação existente entre o efeito suspensivo dos embargos à execução fiscal e a efetivação de princípios constitucionais como o do direito à propriedade, o da inafastabilidade do controle judicial, o do contraditório e da ampla defesa e o do direito à jurisdição, em favor do interesse meramente arrecadatário da Fazenda Pública.

Isto é, ainda que a Lei nº 6.830/80 não fizesse qualquer referência ao efeito suspensivo automático atribuído aos embargos à execução fiscal, a sua concessão se justificaria em razão da conformação unilateral do crédito tributário que, não raras vezes, é resultado da completa inadequação dos princípios do contraditório e da ampla defesa (MACHADO, 2014, p. 480).

Nas palavras de Igor Mauler Santiago e de Frederico Menezes Breyner (2009, p. 89-90):

É inadmissível que o sujeito passivo seja imediatamente privado dos seus bens em razão de suposta dívida que não reconheceu e que nem foi declarada pelo Estado-Juiz em processo contraditório regular. [...]

Ora, no processo tributário administrativo o Poder Executivo é a um tempo parte e julgador. Apesar de em princípio obrigado à imparcialidade, não deixa o órgão de ter interesse na manutenção do crédito tributário (o que se revela, nas instâncias de composição paritária, pela prevalência da posição do Fisco em caso de empate).

Imparcialidade total, garantida por vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios e dedicação exclusiva (CF, art. 95, I a III e parágrafo único), verifica-se apenas no Poder Judiciário.

Nesse aspecto, ainda, conclui Hugo de Brito Machado (2008, p. 56) que, por ser o crédito tributário constituído unilateralmente pela Fazenda Pública, a execução fiscal é o caminho para que se busque a satisfação do crédito, sendo os embargos, embora dotados de autonomia, uma fase da própria execução fiscal, quando é oportunizado ao contribuinte que deduza toda a matéria de defesa e produza prova para demonstrar a inexigibilidade do crédito tributário. É natural, portanto, que sejam os embargos à execução fiscal dotados de efeito suspensivo. Caso contrário, toda a atividade jurisdicional desempenhada no curso do processo, será considerada inútil ao final do julgamento dos embargos.

Há que se ressaltar, ainda, que garantida a execução fiscal e opostos os respectivos embargos, nas palavras de André Folloni (2010, p. 24) estará o cidadão contribuinte regular sob o ponto de vista tributário e, evidentemente, não poderá ser privado dos seus bens e da sua liberdade por interesses meramente arrecadatários da Fazenda Pública. Não é por outra razão, que a legislação tributária prevê além das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário³⁴⁴, outros instrumentos que evidenciam a mesma conclusão. É ver:

De modo que, todo aquele cidadão que faz depósito de garantia do crédito tributário e move medida judicial ou administrativa para discutir a dívida está regular sob o ponto de vista do Direito Tributário brasileiro. Esse ponto precisa ser destacado e a ele deve ser dada a maior atenção: depositando e discutindo, o cidadão

344 Art. 151, do Código Tributário Nacional – “Art. 151. *Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: I - moratória; II - o depósito do seu montante integral; III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança; V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; VI - o parcelamento.*”

contribuinte está regular sob o ponto de vista tributário. Não comete nenhuma ilicitude: está absolutamente regular em sua conduta. Não pode, evidentemente, ser privado nem de sua liberdade nem de sua propriedade nessa situação. Não pode ser sancionado como se fosse, em definitivo, devedor inadimplente.

Essa afirmação teórica encontra ampla corroboração no ordenamento jurídico brasileiro, ao contrário de uma pretensa e indemonstrada “teoria geral dos processos de execução” que fosse, na ordem das intenções, apta a alterar o regramento tributário. Se não bastassem os casos de suspensão da exigibilidade do crédito tributário previstos no Código Tributário Nacional, recorde-se o que o Direito Tributário brasileiro prescreve em relação à penhora na execução fiscal.

O Código Tributário Nacional, em seu art. 206, prescreve que o cidadão que tem contra si uma execução fiscal garantida por penhora está regular sob ponto de vista tributário. Tanto é assim que pode obter certidão positiva com efeitos de negativa, e praticar normalmente os atos que todo aquele contra o qual não há execução também pode; sem nenhum problema. Está regular.

Além disso, a Lei n. 10.522/2002, em seu art. 7º, I, prescreve que o ajuizamento de ação com o objetivo de discutir a natureza da obrigação ou o seu valor, com o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao juízo, suspende o registro do suposto devedor no cadastro informativo de créditos não quitados do setor público federal -Cadin. Isso porque o ajuizamento de ação com oferecimento de garantia faz com que o cidadão esteja, novamente, regular sob ponto de vista tributário. Tanto é assim que pode obter suspensão do registro no Cadin, e praticar normalmente os atos que o não executado também pode, sem nenhum problema. Sendo os embargos à execução fiscal uma ação própria, como admite toda a doutrina, enquadram-se na moldura do art. 7º, I, da Lei n. 10.552/2002.

Isso sem falar na ausência de paridade dos instrumentos colocados à disposição da Fazenda Pública e dos contribuintes, desde a formação do título executivo extrajudicial (CDA) até devolução dos valores indevidamente cobrados, na hipótese de reconhecida a inconstitucionalidade ou a ilegalidade da exação, conforme pertinente colocação de Hugo de Brito Machado Segundo e de Raquel Cavalcanti Ramos Machado (2008, p. 61):

A propósito, quando se analisam os títulos executivos extrajudiciais, verifica-se que, em regra, são eles formados pela vontade do devedor. Afinal, é dele a assinatura no cheque, na nota promissória ou no contrato. Foi sua manifestação de vontade que fez nascer a relação jurídica obrigacional, e o título no qual está representada com força executiva. No caso da execução fiscal, não. O título é originado no âmbito da chamada autotutela vinculada de que a Administração Pública é dotada. Por outras palavras: a Administração constitui seus próprios títulos executivos, unilateralmente.

Por outro lado, se um credor privado age com excesso e recebe quantia superior à devida por seu devedor, este último poderá, com os mesmos instrumentos, obter o devido ressarcimento. Tem igualdade de instrumentos processuais. No caso da Fazenda Pública, não. Satisfeito o crédito tributário por meio de expedientes açodados, a posterior constatação de que o mesmo não era devido impõe ao contribuinte o manejo de ação de conhecimento, cuja efetividade submete-se aos seguintes óbices: (i) a execução da sentença somente pode ocorrer após o trânsito em julgado do processo de conhecimento; (ii) caso haja embargos à execução de sentença, a satisfação da parte embargada há de aguardar o trânsito em julgado da sentença de rejeição dos embargos (e não só a sentença de improcedência em primeira instância); (iii) depois de tudo isso, a satisfação do crédito ainda depende da sistemática de precatórios, eventualmente submetida a emendas constitucionais que os parcelam em até 10 anos, ou a leis que condicionam o seu pagamento à apresentação de toda a sorte de certidões negativas de débito.

Está claro, nesse contexto, que eventual excesso na cobrança de um crédito tributário não é reparado da mesma forma que o excesso na cobrança de um crédito executado, por um particular contra outro, nos moldes do CPC. Isso recomenda, no primeiro caso, cautela ainda maior que no segundo, aspecto que se soma à já mencionada forma, também diferenciada, por meio da qual se dá a unilateral constituição do crédito tributário.

Diante da gravidade atribuída à realização de atos expropriatórios antes do julgamento dos embargos à execução fiscal, quando terá o sujeito passivo a oportunidade de produzir provas e deduzir a sua defesa em juízo, está revelado o seu caráter inconstitucional, haja vista a violação aos princípios constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV), da ampla defesa (art. 5º, LV) e o do livre acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV) e a submissão arbitrária do contribuinte à penosa prática do *solve et repete*³⁴⁵.

CONCLUSÃO

Com base na análise dos dispositivos legais contidos na Lei nº 6.830/80, a conclusão que se chega é a de que, apresentada garantia na execução fiscal, os embargos possuem o efeito suspensivo, que somente deve ser desconstituído na hipótese de a defesa não ter sido apresentada pelo sujeito passivo da execução ou mesmo quando for rejeitada pelo Juízo, após a dilação probatória e a análise das razões para a desconstituição da exigência.

Apesar das reiteradas decisões do STJ em sentido contrário, a aplicação do art. 919, §1º, do CPC, de forma subsidiária à Lei de Execuções Fiscais, na verdade, contraria a sistemática do processo executivo no âmbito das execuções fiscais, cujo título extrajudicial no qual se baseia a exigência é formado unilateralmente pela Fazenda Pública, sendo dispensável nessa fase a participação do executado, de modo que a falta de concessão do efeito suspensivo automático aos embargos à execução fiscal torna a medida incompatível com os princípios consagrados na Constituição Federal e absorvidos por todo o sistema jurídico, como o do devido processo legal, o da segurança jurídica e o de paridade de armas entre as partes.

³⁴⁵ Nesse sentido: Hugo de Brito Machado Segundo e de Raquel Cavalcanti Ramos Machado. *A reforma no CPC e a suspensão da execução fiscal pela oposição dos embargos*. In: Revista Dialética de Direito Tributário (RDDT), nº 151, abril, 2008, p. 61 e ss.

REFERÊNCIAS:

ALVIM, Eduardo Arruda. Objeção de Pré-Executividade Aplicação em Matéria Fiscal. In: **Problemas de Processo Judicial Tributário**, v. 4, Coordenador Valdir de Oliveira Rocha, São Paulo: Dialética, 2000.

BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm> acessado em: 30/06/2022.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html>> acessado em: 30/06/2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> acessado em: 30/06/2022.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FOLLONI, André. Embargos à execução, necessidade de penhora e efeitos do recebimento: relações entre a Lei n. 11.382 e a Lei nº 6.830. In: **Revista Dialética de Direito Tributário** (RDDT), nº 173, fevereiro, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**, 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____, _____. Embargos à execução fiscal: prazo para interposição e efeito suspensivo. In: **Revista Dialética de Direito Tributário** (RDDT), nº 151, abril, 2008.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. A reforma no CPC e a suspensão da execução fiscal pela oposição dos embargos. In: **Revista Dialética de Direito Tributário** (RDDT), nº 151, abril, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro: (administrativo e judicial)**, 4ª ed. São Paulo: Dialética, 2005.

RODRIGUES, Rodrigo Dalcin. Análise da Suspensão da Execução Fiscal sob o Prisma dos Fatos, da Finalidade das Leis, da sua Aplicação Razoável e da Coerência do Ordenamento. In: **Revista Dialética de Direito Tributário** (RDDT), nº 153, junho, 2008.

SANTIAGO, Igor Mauler; BREYNER, Frederico Menezes. Inaplicabilidade do artigo 739-A do Código de Processo Civil aos Embargos à Execução Fiscal. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, nº 55, jul/dez, 2009.

A TRIBUTAÇÃO PELA EXTRAFISCALIDADE COMO LIMITE AO DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE NO DIREITO BRASILEIRO

CAROLINA GOMES DO NASCIMENTO KRASOVESKY:

Bacharel em Direito pela FDSBC. Especialista em Direito e Relações do Trabalho pela FDSBC. Especialista em Direito Tributário pela FDSBC. Especializando-se em Direito Penal pelo Damásio Educacional Ltda. Especializando-se em Direito Processual Penal pelo Damásio Educacional Ltda. Mestranda em Direito Constitucional e Processual Tributário na PUC/SP. Advogada em São Bernardo do Campo.

Resumo: O objetivo deste artigo é apresentar a tributação como limite ao direito fundamental de liberdade. Demonstrando o funcionamento da tributação com seus aspectos no direito tributário brasileiro, passando pela evolução histórica da liberdade e sua interação com a tributação. Para, à partir daí concluirmos que, o Estado, ao exercer a tributação, que se traduz na instituição, arrecadação e fiscalização do recolhimento de tributos, para aplicar as receitas na manutenção do Estado e da sociedade, garantindo os direitos fundamentais, limita a liberdade do contribuinte, conforme os objetivos a serem perseguidos pelo Estado, que utiliza-se da extrafiscalidade para atingir finalidades sociais, políticas ou econômicas, e que irá determinar o comportamento dos contribuintes, de forma a inibi-los ou incentivá-los, com o aumento ou diminuição alíquota de determinados impostos.

Palavras-chave: Tributação. Extrafiscalidade. Limite. Direito fundamental de liberdade.

Abstract: The purpose of this article is to present taxation as a limit to the fundamental right of liberty. Demonstrating the functioning of taxation with its aspects in Brazilian tax law, going through the historical evolution of liberty and its interaction with taxation. For, from there, we can conclude that the State, when exercising taxation, which translates into the institution, collection and inspection of the collection of taxes, to apply the revenues in the maintenance of the State and society, guaranteeing fundamental rights, limits the freedom of the taxpayer, according to the objectives to be pursued by the State, which uses extrafiscality to achieve social, political or economic purposes, and which will determine the behavior of taxpayers, in order to inhibit or encourage them, with the increase or reduction in the rate of certain taxes.

Keywords: Taxation. Extrafiscality. Limit. Fundamental right of liberty.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é apresentar a tributação como limite ao direito fundamental de liberdade, ao passo que quando o Estado se utiliza da extrafiscalidade, instrumento incentivador ou inibidor de comportamentos, onde busca-se atingir finalidades outras, que não a arrecadação e sim, finalidades sociais, políticas ou econômicas, finalidades essas, constitucionalmente contempladas, determina as opções dos contribuintes, de modo a incentivá-los ou inibi-los, através do aumento ou diminuição de alíquotas de determinados impostos.

Demonstraremos a sistemática normativa da tributação brasileira com seus aspectos.

Passaremos pela evolução histórica da liberdade e sua interação com a tributação na Antiguidade, no período Medieval, no período Absolutista, no Liberalismo, no Estado Social Democrático de Direito e afinal, no Século XXI.

Para chegarmos à conclusão de que o Estado, ao exercer a tributação, que se traduz na instituição, arrecadação e fiscalização do recolhimento de tributos, para aplicar as receitas na manutenção do próprio Estado e da sociedade, garantindo os direitos fundamentais, limita a liberdade do contribuinte, conforme os objetivos a serem perseguidos por ele, objetivos sociais, políticos, econômicos, estampados na Constituição Federal, utilizando-se do instrumento da extrafiscalidade, aumentando ou diminuindo alíquotas de determinados impostos para inibir ou incentivar comportamentos.

2. A TRIBUTAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A tributação é exercida pelo Estado com a instituição, arrecadação e fiscalização do recolhimento de tributos e está delimitada na Constituição Federal, que prevê a atuação estatal, com a previsão das regras-matrizes de incidência, classificando os tributos, repartindo as competências e limitando o poder de tributar. Por sua vez, o Código Tributário Nacional, veicula as normas gerais em matéria tributária. E a lei ordinária instrumentaliza a instituição de tributos por excelência, o que se configura no Sistema Tributário Nacional.

A Constituição Federal, é rígida, só podendo ser modificada por emenda constitucional, e qualquer modificação no plano infraconstitucional, deverá atender o disposto na Constituição Federal. Assim, a liberdade dos legisladores ordinário e complementar são restringidas e ao administrador fiscal há o impedimento de qualquer liberdade, eis que exerce atividade plenamente vinculada, sem qualquer margem de subjetividade.

No que tange a rigidez do sistema, as limitações estão previstas no art. 60, § 4.º da Constituição Federal, que são as “cláusulas pétreas”, e configuram valores imutáveis ao Estado Brasileiro, impedindo por meio de emenda constitucional a veiculação de qualquer dispositivo tendente a abolir dentre os quais, a forma federativa de Estado e dos direitos e garantias individuais.

A Federação é caracterizada pela autonomia recíproca entre a União, Estados-Membros e Municípios, havendo tríplex ordem jurídico-política, assim como dispõe o art. 1.º da Constituição Federal, portanto, qualquer alteração do sistema tributário, deverá observar a repartição de competências inerente ao modelo federativo adotado.

Os direitos e garantias individuais também constituem barreiras intransponíveis ao sistema tributário, pois limitam a própria atuação estatal no tocante à exigência de tributos, já que considerados direitos fundamentais, com regime jurídico diferenciado, com maior proteção.

A tributação e os direitos fundamentais se relacionam, na medida da eleição pelo legislador constituinte de fatos como regras-matrizes de incidência tributária e pela maneira em que o Estado exerce a atividade tributária³⁴⁶.

A tributação atinge dois direitos fundamentais, quais sejam o direito à propriedade privada e o direito de liberdade.

Na visão de Roque Antonio Carrazza “a ação de tributar excepciona o princípio constitucional que protege a propriedade privada” (arts. 5.º, XXII, e 170, II, da CF)³⁴⁷.

O direito à propriedade é alcançado direta e imediatamente pela tributação, porque o tributo consiste em prestação pecuniária compulsória, devida por força de lei, implicando sua satisfação, obrigatoriamente, a diminuição do patrimônio do sujeito passivo, diminuição essa que, no entanto, jamais poderá caracterizar confisco³⁴⁸.

O confisco ocorre quando a propriedade privada é absorvida total ou substancialmente pelo Poder Público, sem a competente indenização³⁴⁹. A definição de

346 COSTA, Regina Helena. *Imunidades Tributárias – Teoria e Análise da Jurisprudência do STF*, 3.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 85.

347 CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 29.ª ed., revista, atualizada e ampliada até a Emenda Constitucional 72/2013. São Paulo: Malheiros Editores, p. 432.

348 COSTA, Regina Helena. *Op. Cit.*, p. 86.

349 COSTA, Regina Helena. *Princípio da Capacidade Contributiva*, 4.ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2003, p. 83.

confisco em nosso sistema jurídico, é que é medida de caráter sancionatório, sendo admitida excepcionalmente, e se o tributo, conforme disposto no texto legal (art. 3.º do CTN), é prestação pecuniária compulsória que não constitua sanção de ato ilícito, a conclusão é de que não pode ser utilizado com efeito confiscatório. Portanto, será confiscatório quando exceder a capacidade contributiva subjetiva visada.

Assim, o emprego de instrumentos tributários com finalidades meramente arrecadatórias, corresponde à noção de fiscalidade.

Por outro lado, o direito de liberdade, genericamente considerado, é alcançado pelo tributo, por via oblíqua, conforme os objetivos a serem perseguidos, uma vez que a exigência daquele pode influenciar comportamentos, determinando as opções dos contribuintes. Assim, ocorre a extrafiscalidade, que são os instrumentos tributários para inibir ou incentivar comportamentos, buscando atingir finalidades sociais, políticas ou econômicas, constitucionalmente contempladas³⁵⁰.

A tributação deverá recair sobre o patrimônio, a renda e consumo, que comprovam a capacidade econômica do contribuinte, conforme estampado no art. 145, § 1.º da Constituição Federal, que assim dispõe: *“sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”*, para que se atinja a justiça fiscal.

No plano infraconstitucional e administrativo, a instituição e majoração de tributos deve observar o princípio da legalidade, estampado no art. 150, II e 150, I da Constituição Federal, pois, como afirma Roque Antonio Carrazza, *“o princípio da legalidade é uma das mais importantes colunas sobre as quais se assenta o edifício do direito tributário”* ³⁵¹.

O Chefe do Poder Executivo também pode instituir e majorar impostos, com as exceções previstas nos artigos 153, I, II, IV, V, e 154, II da Constituição Federal, possibilidade contemplada pela Emenda Constitucional nº. 32/2001, que introduziu ao artigo 62 o § 2.º.

A atividade administrativa, diz com a noção de capacidade tributária ativa, assim entendida a aptidão de um sujeito para arrecadar e fiscalizar tributos, utilizando-se do

³⁵⁰ COSTA, Regina Helena. *Op. cit.*, p. 86-87.

³⁵¹ CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 33.ª ed., revista, atualizada e ampliada até a Emenda Constitucional 109/2021. São Paulo: Malheiros Editores, 2021, p. 210.

produto dessa arrecadação³⁵². Incluindo, a administração tributária outras incumbências, como a educação e a orientação do contribuinte, em adequado trabalho de fortalecimento da educação fiscal, que visa a conscientização do contribuinte para com seus direitos e deveres, constituindo um dos principais objetivos da Administração Fiscal³⁵³, eis que, ser contribuinte é exercer uma parcela da cidadania, daí porque deve ser orientado acerca de seus direitos e responsabilidades.

Assim, demonstramos em breve exposição o funcionamento do sistema tributário brasileiro.

3. A EVOLUÇÃO DA LIBERDADE E A INTERAÇÃO COM O TRIBUTO

O conceito de liberdade evoluiu ao longo da história, desde a antiguidade, até os tempos atuais.

A primeira liberdade, foi a liberdade da Antiguidade, coletiva tribal, dos perigos que o isolamento trazia, portanto, o indivíduo não poderia ser livre fora da comunidade, porque, ou seria capturado por outra comunidade, assumindo a condição de escravo, ou seria submetido aos perigos da selva, sendo que, a atuação pública era fundada na solidariedade, voltada ao bem de todos, com gozo da liberdade de maneira coletiva, com imposição de deveres³⁵⁴.

O tributo trazia o estigma da servidão: sujeitavam-se a tributo os povos vizinhos, dominados na guerra; impunha-se a captação (tributo cobrado *per capita*, típico de sistemas tributários primitivos) aos estrangeiros, aos imigrantes, aos forasteiros. Os

352 Conforme definição de Regina Helena Costa em comentário ao art. 7º no *Código Tributário Nacional Comentado*, 2ª. ed., Coord. Vladimir Passos de Freitas, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, no prelo.

353 Regina Helena Costa. A Constituição faz expressa referência à administração tributária, no preceito concernente ao princípio da capacidade contributiva, ao proclamar que “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte” (art. 145, § 1º, destaque nosso).

354 SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e Liberdade, *in Novas tendências do direito constitucional: Em homenagem ao professor Paulo Lopo Saraiva*. Vladimir da Rocha França, André Elali, Artur Cortez Bonifácio (coords.). 1.ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 471-501.

cidadãos, de outra parte, eram livres de qualquer tributo ordinário, conquanto tivessem eles seus deveres cívicos, sinais de sua liberdade³⁵⁵.

Na Antiguidade, havia incompatibilidade entre a liberdade e tributação, enquanto sujeição. O cidadão, porque livre, não estava sujeito a tributos, conquanto tivesse seus deveres públicos. Estes, no entanto, longe de serem vistos como restrição de sua liberdade, eram exatamente sua exteriorização. O elevado grau de participação na vida pública tornava indistintos o indivíduo e a coletividade. Por sua vez, os que tivessem privada a liberdade, exigia-se tributo. Em síntese o tributo era o preço da falta de liberdade³⁵⁶.

O período medieval, foi marcado pelo feudalismo por toda Europa central, assumindo a liberdade novo contorno, exigindo uma escolha consciente, um juramento de fidelidade, ou seja, liberdade de exercício, em que era prestigiado a combinação entre direitos e deveres, assumindo o vassalo, seus deveres, por ato necessariamente livre e tendo assegurado seus direitos. O rei, a igreja e o senhorio, auferiam suas receitas por conta do exercício da propriedade. Era o Estado patrimonial.

Founier de Flaix mostra que no feudalismo o imposto se transforma, o senhor era proprietário, o chefe, e do século IX ao século XIII, na maior parte da Europa, os impostos eram cobrados pelos senhores das próprias terras. O fato do Estado, o fato de dever e pagar imposto ao Estado, foi substituído pelo fato do senhor e pelo fato do dever e pagar o imposto ao senhor³⁵⁷.

O caráter quase privado do tributo daria as bases para o que mais tarde caracterizaria o princípio da legalidade: aos estamentos cabia consentir, como autolimitação de seu poder, para que se desse a tributação.

Ricardo Lobo Torres, baseado nas lições de Marcello Caetano, o foral – carta de privilégios que instituía tributos – era desejado pelos que viviam em vilas fechadas, já que os liberava para o comércio. Naquele tempo, *“o tributo como preço da liberdade se restringe praticamente à substituição das obrigações militares” e às “prestações de guerra. Quando a obrigação de fazer a guerra se transfere para o príncipe, passa ele a ter o direito de cobrar tributos, com cuja arrecadação vai pagar aos soldados profissionais. Aqueles que*

355 VIGORITA, Tullio Spagnuolo; MERCOGLIANO, Felice. “Tributi (storia)” (verbetes) Enciclopedia del Diritto. Giuffré, v. XLV, p. 85 ss.

356 SCHOUERI, Luís Eduardo. *Op. cit.* p. 471-501.

357 FLAIX, E. Founier de. *L’Impôt dans les Diverses Civilisations*. Paris: Guillaumin. 1897. nota 30 p. 310.

se liberam da obrigação do serviço militar pagam imposto; quem continua com o dever de ajudar na guerra, como a nobreza, fica livre do tributo”³⁵⁸

Portanto, no período feudal, a liberdade tem caráter estamentário, confundindo-se a obrigação tributária com direitos patrimoniais, não podendo relacionar tributo com a liberdade, somente no sentido de substituto para serviços militares.

No período absolutista, o tributo assume suas feições atuais com o Estado moderno, com a paulatina substituição da vassalagem do feudalismo pelos vínculos do Estado patrimonial, com suas incipientes formas de receita fiscal protegidas pelas primeiras declarações de direito³⁵⁹.

O absolutismo político e a economia mercantilista, o Estado de polícia, surge antes do Estado liberal, mas com o fim do Estado patrimonial. Esvazia-se a fiscalidade periférica e estamentária, centraliza-se o poder no príncipe. A liberdade pode ser encontrada em Machiavelli, Bodin e Hobbes³⁶⁰.

Para Niccolò Machiavelli, o Estado tem suas próprias características, faz política, segue sua técnica e suas próprias leis³⁶¹.

Para Jean Bodin a soberania é o verdadeiro alicerce de toda a estrutura do Estado³⁶².

Thomas Hobbes, defendeu que os homens por sua natureza, não seriam propensos a criarem um Estado que limitasse sua liberdade; eles estabelecem as restrições em que vivem dentro do Estado, com a finalidade de obter sua conservação e uma vida mais confortável. A liberdade é ampla, natural e ilimitada até a elaboração do pacto social. Ao organizar o Estado pela forma contratualista, o homem transfere inteiramente sua liberdade ao Estado, cabendo a este, determinar, condicionar e explicar a vontade humana através das leis civis³⁶³.

358 TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário. Valores e Princípios Constitucionais Tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, v. II, p. 98.

359 TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.*, nota 50, p. 58.

360 SCHOUERI, Luís Eduardo. *Op. cit.* p. 471-501.

361 MACHIAVELLI, Niccolò. II príncipe: operette storiche e politiche. Verona: Arnoldo Mandadori, 1950. p. 60-69; 72-77.

362 BODIN, Jean. Six livres de la republique avec l'apologie de r. Herpin. S.I.: Scientia Aalen, 1961. P. 122-126.

363 HOBBS, Thomas. Leviathan; or the matter, form and power of a commonwealth ecclesiastical and civil. ed. Michael Oakeshott. Oxford: Brasil Blackwell, 19-?. p. 109-113.

Na economia absolutista desenvolvia-se o cameralismo, ou seja, todos os fenômenos econômicos poderiam ser conduzidos por normas estatais e o Estado era o garantidor da conquista da riqueza e da propriedade, bem como da liberdade de trabalho e do incentivo ao lucro, a relação entre tributo e liberdade se modifica, e ao ver de Ricardo Lobo Torres, o tributo passa a ser o preço para a manutenção do Estado que garante a liberdade de trabalho, ou ainda, o preço da liberdade³⁶⁴.

No liberalismo, marcado por concepção burguesa, com o mercado no centro, no qual os homens estabeleciam suas relações contratuais. A ideologia política, era expressa pela realidade individualista, em que o Estado se considerava fruto de um contrato, que poderia ser desfeito. O Estado deveria garantir determinadas liberdades, notadamente a propriedade e a margem de liberdade política e de segurança pessoal a ela inerentes.

No liberalismo estavam implícitos os fundamentos de algumas liberdades políticas, sobretudo a liberdade de iniciativa econômica. A relação entre propriedade e liberdade era evidente. A finalidade da organização do Estado era a conservação da propriedade, portanto, o Estado não poderia tirar do homem parte de sua propriedade sem o seu consentimento, o que conduzia à necessidade de aprovação de tributos pelo parlamento.

No liberalismo, a Europa (e o resto do mundo) estava sob a influência da crença na “mão invisível”, o que implicaria a desnecessidade de intervenção estatal na economia, surgindo a doutrina de que a tributação deveria ter natureza puramente arrecadatória, com efeito neutro: sendo o Estado improdutivo, também a tributação seria mínima, visando a deixar a maior quantidade de recursos nas mãos do setor produtivo da economia³⁶⁵.

A relação de tributo com a liberdade aprofunda-se, passando a ser o tributo, expressão de liberdade. Surgindo assim, o tributo como preço da liberdade, enquanto expressão de liberdade, enquanto garantia desta.

Enquanto expressão de liberdade, no Estado Fiscal, Ricardo Lobo Torres entende que, o tributo é a expressão da liberdade do Estado: o liberalismo elogia a riqueza e o trabalho e aceita o lucro, os juros e o consumo do luxo. Pagar tributos é participar daquela riqueza. Só quem frui da liberdade paga tributos. O homem se distancia do Estado, podendo desenvolver suas potencialidades no espaço público, sem necessidade de entregar qualquer prestação permanente de serviço ao Estado. Na medida em que a riqueza já não é mais monopólio do rei e da Igreja, *i.e.*, o que passa a importar é riqueza das nações, condena-se a pobreza e se privilegia a propriedade mobiliária. No liberalismo,

364 TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.* v. II, p. 98.

365 MOHR, Arthur. Die Lenkungssteuer: ein Instrument zur Induzierung sozialorientierten Verhaltens im Wohlfahrtstaat? Zürich: Schulthess. 1976. nota 56, p. 75.

a ética dá-se pelo trabalho, condenando-se o ócio e permitindo-se a cobrança de juros. Expressão máxima de liberdade, desaparece a proibição do luxo e se incentiva o consumo de produtos supérfluos, sobre o qual incidirá o imposto (ex.: sisa sobre o café, o chá, o vinho, os panos, a porcelana etc.). Daí, pois, que só quem é livre paga impostos. O tributo, pois, é consequência do exercício da liberdade³⁶⁶.

O tributo como garantia de liberdade, defendida ainda hoje por Paul Kirchhof, que integrou a Corte constitucional da Alemanha, expõe que, no feudalismo, os reis e nobres, enquanto proprietários de terras, eram senhores das pessoas que ali habitavam. Os vassallos deviam prestar serviços militares, construir muros de proteção e apoiar a caça dos príncipes juntamente com seus cachorros. Quando, com as constituições liberais a propriedade passou a ser apenas um domínio sobre as coisas e, depois, a propriedade e a força de trabalho foram transferidas para as mãos livres da burguesia, o Estado precisou financiar-se por meio dos resultados da economia privada, portanto, por meio de impostos. Essa soberania fiscal fundamentava as obrigações pecuniárias e encerrava o domínio pessoal. Nesse sentido o imposto passa a ser a expressão da cultura liberal, já que, ao mesmo tempo em que deixa para a iniciativa privada a economia, cobra para o Estado uma medida adequada da renda privada³⁶⁷.

Nesse sentido, o imposto é o preço da liberdade, para Kirchhof. Se o Estado de direito dá a iniciativa privada os fatores de produção capital e trabalho, por meio da garantia de liberdade de exercício de profissão e liberdade de propriedade, renuncia o Estado, pois, estruturalmente, a atuar empresarialmente. Então, ele precisa financiar-se por impostos, isto é, por uma participação no resultado da economia privada³⁶⁸.

O mesmo autor aprofunda sua ideia de ligação entre a tributação e a liberdade, ao argumentar que ao financiar-se por meio dos tributos, o Estado tem garantida a sua neutralidade jurídica. Essa neutralidade aparece na medida em que o tributo é pago independentemente do mercado. Afinal, num raciocínio de mercado, o agente econômico obtém seus recursos por meio de troca de prestações. O ofertante apresenta um bem ou uma prestação de serviços, entrando em entendimento com o demandante acerca de um preço adequado. Se o Estado se financiasse por meio desse princípio de mercado, então ele precisaria cobrar mensalmente, taxas pela segurança oferecida interna e externamente; a cada contrato que fosse celebrado entre particulares, cobrar-se-ia uma remuneração ao Estado, cujo aparato jurídico assegura o cumprimento dos contratos; a cada estudante formado por uma universidade pública, exigir-se-ia uma remuneração por parte das

366 TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.*, nota 50, p.100-109.

367 KIRCHHOF, Paul. *Der sanfte Verlust der Freiheit*. München, Wien: Carl Hanser. 2004. nota 18, p. VIII-IX.

368 KIRCHHOF, Paul. *Op. cit.* nota 18, p. 6.

empresas, por conta do treinamento da mão de obra. Fosse esse o procedimento escolhido para o financiamento do Estado, então a independência do Estado e a sua neutralidade jurídica estariam comprometidos. Por exemplo, uma carteira de habilitação já não seria mais concedida por conta da qualificação de seu usuário, mas pelo preço pago. O Estado não atenderia os financeiramente mais necessitados, exatamente porque eles não poderiam pagar. Enfim, a democracia já não mais estaria baseada na igualdade dos cidadãos, mas sim, na diferença da capacidade financeira. Retornar-se-ia ao regime do voto censitário³⁶⁹.

No liberalismo, a liberdade ganha conotação máxima na ideia de “liberdade de” (liberdade das amarras do Estado; liberdade da intervenção do Estado) o século XX trouxe à liberdade a variável: a “liberdade para”: o exercício da liberdade tem um fim. A liberdade para um fim pode, por outro lado, voltar-se àquele que goza da liberdade (a liberdade é concedida para que seu titular alcance um fim) ou àquele que a concede (a liberdade é o veículo para que seu titular atinja fins objetivados por quem a concede) ³⁷⁰.

Do ponto de vista de quem goza a liberdade, dir-se-á que lhe é assegurado o gozo de direitos. É a liberdade que se confere para a sua realização. Assim, por exemplo, a garantia do mínimo existencial, intocável porque fundamental para a realização do indivíduo³⁷¹.

A ambiguidade da expressão “liberdade para”, por outro lado, permite que também ali se analise do ponto de vista da coletividade na qual a liberdade se manifestará. Nesse sentido a liberdade se exerce e se concede para atingir um fim. Aqui estará a evolução do Estado social democrático de Direito³⁷².

No Estado social a liberdade é concedida ao indivíduo, para um fim, para uma finalidade, opção do constituinte brasileiro de 1988 na Constituição econômica.

A ideia de Constituição econômica marcou o século XX. Constituições programáticas são um fenômeno, cujo primeiro modelo é encontrado no texto mexicano de 1917, seguido pela Constituição de Weimar, em 1919, que dedicava um capítulo à vida econômica. A partir daí, os textos constitucionais passam a explícita ou implicitamente, assinalar alguns objetivos ou metas para as comunidades às quais se dirigiam, ou a prever que tais metas

³⁶⁹ KIRCHHOF, Paul. *Op. cit.* nota 18, p. 7.

³⁷⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Op. cit.* p. 471-501.

³⁷¹ TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.*, nota 50, p.80 e 92.

³⁷² SCHOUERI, Luís Eduardo. *Op. cit.* p. 471-501.

se fixassem periodicamente, por planos tendentes a materializar valores prestigiados constitucionalmente, tais como o bem-estar, o desenvolvimento, a justiça social, etc³⁷³.

A Constituição econômica programática ou diretiva é aquela que *“encerra o conjunto das normas que visam reagir sobre a ordem econômica de modo a provocar aí certos efeitos, modificando-a e alterando-a em certo sentido preestabelecido”*³⁷⁴.

É pródiga em princípios a Constituição econômica brasileira, cuja disciplina, como alerta Grau, ultrapassa o Título VII, compreendendo fundamentalmente, os preceitos inscritos nos seus arts. 1.º, 3.º, 7.º a 11.º, 201, 202, 218 e 219, bem como 5.º, inc. LXXI, 24, I, 37, XIX e XX, 103, § 2.º, 149 e 225375. Dentro do escopo de compreender a atuação positiva do Estado, importa extrair do texto constitucional qual a ordem econômica a ser implementada³⁷⁶.

No *caput* do art. 170 o constituinte declara ser o fim da ordem econômica *assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social*”. Que também está presente no art. 193, que versa sobre a “ordem social”, ambos coerentes com os objetivos da República Federativa do Brasil, no art. 3.º incs. I e III, onde se insere a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”, erradicada “a pobreza e a marginalização” e reduzidas “as desigualdades sociais e regionais” tudo a partir do princípio fundamental da República, inserido no inc. III do art. 1.º do texto constitucional: “a dignidade da pessoa humana” ³⁷⁷.

É assim que se revela um fim para a ordem econômica na Constituição, posto que prestigia a atividade individual (livre-iniciativa e trabalho humano), enquanto meio para atingir aquela finalidade, não se pode deixar de lado os objetivos fundamentais da República³⁷⁸.

Assim, o vetor da atividade estatal positiva, a que fica imposto o dever de construir uma sociedade na qual seja valorizada a pessoa humana., com existência digna, num ambiente de justiça social. E a justiça social se concretizará a partir da redução das desigualdades sociais e regionais a que se refere o próprio constituinte, dentro de uma

373 NUSDEO, Fábio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 202.

374 MONCADA, Luis S. Cabral de. Direito Econômico. 3. ed. Coimbra, 2000. p. 95.

375 GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 215.

376 SCHOUERI, Luís Eduardo. *Op. cit.* p. 471-501.

377 *Idem*, p. 471-501.

378 *Idem*, p. 471-501.

ordem jurídica democrática estabelecida pelo Estado Democrático de Direito a que se refere o *caput* do art. 1.º do texto constitucional³⁷⁹.

Em síntese, o pensamento que se extrai do texto constitucional do Estado social Democrático de direito, constitucionalizado pelo Brasil em 1988: a liberdade (de iniciativa) já não se compreende isolada dos objetivos positivos do Estado social. Assegura-se a liberdade dos agentes econômicos (*status* negativo: liberdade de agir), mas busca-se a liberdade das camadas sociais mais desfavorecidas (*status* positivo). O Estado de Direito quer a liberdade de todos³⁸⁰.

O tributo enquanto preço da liberdade, no Estado social democrático de direito, já não é mais ônus para fruição da liberdade, mas instrumento para sua concretização. E na medida em que já não faz mais sentido o gozo da liberdade sem uma finalidade, e esta passa a qualificar e legitimar a própria liberdade, então toda a atuação estatal deve ser voltada àquela finalidade³⁸¹.

É assim que a arrecadação tributária se legitima enquanto instrumento para o Estado atingir sua finalidade. A expressão “preço da liberdade”, surge como preço que a sociedade paga para que o Estado, reduzindo as desigualdades, promova a liberdade das camadas mais desfavorecidas. Ao lado das finalidades básicas do Estado, cobertas pelas receitas de impostos tradicionais, sobressaem as arrecadações vinculadas as finalidades específicas, que no Brasil se faz presente com as contribuições, que na dicção do art. 149 da Constituição Federal, servem de instrumento para a atuação positiva da União em áreas de interesse constitucional. Ao lado do aspecto arrecadatório dos tributos, assume relevância a sua função indutora, e dentre as formas de arrecadação estatal sobressai a tributação, parece coerente a conclusão de que as normas tributárias indutoras, surgem em obediência ao preceito constitucional da atuação positiva do Estado visando à ampliação do gozo da liberdade³⁸².

A liberdade no Estado do século XXI, já não tem as características individualistas do século XIX, nem no exagero do Estado do Bem-Estar Social, que se buscou no século XX, assumindo nova feição, onde o Estado é afastado e a sociedade civil reivindica para si espaço que fora ocupado por aquele, a sociedade já não mais espera a atuação estatal³⁸³.

379 Idem, p. 471-501.

380 Idem, p. 471-501.

381 Idem, p. 471-501.

382 Idem, p. 471-501.

383 Idem, p. 471-501.

A liberdade revela-se coletiva, já que a sociedade exige sua liberdade como instrumento para inclusão social. Desaparece a crença de que o Estado seja o veículo para o resgate das camadas sociais desfavorecidas, mas permanece o desejo social, prestigiado pelo Direito, de que a desigualdade seja reduzida. O instrumento para o exercício da liberdade coletiva, já não mais será o Estado, mas a própria sociedade³⁸⁴.

O pleito da sociedade civil se faz por uma fundamentação coletiva, já que os objetivos do Estado Social já não podem ser ignorados e se encontram positivados no texto constitucional. Ou seja, a Sociedade civil reserva seu espaço de liberdade para o atingimento de seus objetivos, que se confundem com os objetivos da coletividade³⁸⁵.

Não deixa de chamar a atenção, o fato de que o exercício coletivo da liberdade, por meio da Sociedade civil organizada, lembra a liberdade nos primórdios da civilização. As feições do Estado do século XXI levam a resultado semelhante, já que não se assegura a liberdade para a realização de fins pessoais, mas sim, para concretizações de objetivos coletivos. E para a realização de tais objetivos que se assegura a liberdade³⁸⁶.

A liberdade coletiva, faz-se, agora, após a incorporação de todas as camadas sociais, por meio do processo democrático, em que a coletividade passa a representar os interesses da nação³⁸⁷.

Com o retorno da liberdade à Sociedade civil, com a negação da onipresença estatal devolve a questão de limites para a tributação, pois no Estado Social, a sociedade pagava um preço para o Estado atingir o desiderato coletivo, agora, no Estado do século XXI, a sociedade passa a entender que o preço se tornou muito alto, e o resultado, pífio. Tornando-se a tributação excessiva, inconciliável com o modelo do século XXI, já que implica retirar recursos que a própria sociedade necessita para seus fins. A transferência excessiva de recursos ao Estado pela Sociedade tolha a iniciativa econômica desta, reduzindo ou impossibilitando o desenvolvimento econômico³⁸⁸.

O resultado evidente é o surgimento de novas necessidades sociais, exigindo mais recursos para a construção da liberdade, daí a reivindicação da sociedade, de tomar para

384 Idem, p. 471-501.

385 Idem, p. 471-501.

386 Idem, p. 471-501.

387 Idem, p. 471-501.

388 Idem, p. 471-501.

si tarefas antes delegadas ao Estado, recusando-se a pagar um preço exorbitante por uma liberdade que o Estado já não mais se revela a promover³⁸⁹.

O tributo surge nessa perspectiva, como preço da liberdade, não se justificando enquanto tal, mas somente na medida em que seja necessário e na extensão em que se espera uma atuação estatal na construção de uma liberdade coletiva, de inclusão social. Revelando-se o Estado incapaz de suprir certas demandas sociais, não se legitima o aumento desmedido de tributos, em ciclo crescente e interminável, onde se vê que, por mais que se aumentem tributos, em maior grau se ampliam as demandas sociais, exigindo novos aumentos³⁹⁰.

O reconhecimento da justificação do tributo enquanto meio para se alcançar a liberdade coletiva implica a imposição de limites à atuação do Estado, seja no montante da cobrança, seja na forma como se faz, pois, se o papel do Estado se vê limitado pela atuação da sociedade civil, que reivindica para si o ativo na construção da liberdade, dada a incapacidade ou inabilidades estatais, também o papel do tributo se vê igualmente restringido³⁹¹.

O Estado do século XXI, continua a reger-se pela Constituição de 1988, com as mudanças das inúmeras emendas, que em muitos aspectos modificaram o texto original, mas não afastaram os princípios basilares de um Estado social democrático de Direito. É assim que a maior liberdade que defende à sociedade civil se vê condicionada à sua conformidade com as finalidades consagradas pelo Texto de 1988. O tributo, justifica-se enquanto preço para a expansão da liberdade³⁹².

4. A LIMITAÇÃO DA LIBERDADE PELA EXTRAFISCALIDADE

Humberto Ávila ensina que só existe liberdade quando o indivíduo detém o poder de determinar qual projeto de vida pretende construir, quais atos deseja praticar, quais as consequências quer e aceita suportar, mas é necessário que esteja consciente e bem-informado a respeito das alternativas de ação de que dispõe e que possa determinar minimamente que consequências cada uma delas irá futuramente desencadear. Tal

389 Idem, p. 471-501.

390 Idem, p. 471-501.

391 Idem, p. 471-501.

392 Idem, p. 471-501.

liberdade implica, saber sobre o que decidir em determinado sentido e arcar responsabilmente com as consequências dessa decisão³⁹³.

Assim, quando o Estado se utiliza da tributação para buscar finalidades outras, traçadas pela Carta Suprema que não as de arrecadação de numerário (fiscalidade) e sim através da chamada extrafiscalidade, os tributos são agravados ou minorados em suas alíquotas, independentemente de se aferir a capacidade contributiva das pessoas.

Nessas situações, utiliza-se da proporcionalidade, analisando a adequação do meio, ou seja, se o tributo é eficaz para atingir a finalidade pretendida, a necessidade, verificando se o tributo é o meio menos gravoso ao contribuinte, dentre os eficazes, e a proporcionalidade em sentido estrito, que coteja a importância da finalidade pretendida com os princípios que se confronta, devendo superá-los no caso, para que seja legítima a extrafiscalidade.

Portanto, sendo a extrafiscalidade instrumento incentivador ou inibidor de comportamento, que busca atingir finalidades sociais, políticas ou econômicas, constitucionalmente contempladas, está determinando as opções do contribuinte, limitando assim sua liberdade.

5. CONCLUSÃO

Concluimos que a tributação limita o direito fundamental de liberdade ao passo que quando o Estado exerce a extrafiscalidade, influencia os comportamentos dos contribuintes, incentivando-os ou inibindo-os.

Analisamos no decorrer do trabalho o sistema tributário brasileiro, com seus aspectos.

Passamos pela evolução histórica da liberdade e sua interação com a tributação, onde verificamos que:

Na Antiguidade o tributo era o preço da falta de liberdade;

No período Medieval, o tributo tinha caráter quase privado, pago ao Senhor feudal, confundindo-se a obrigação tributária com direitos patrimoniais, não podendo relacionar o tributo com a liberdade;

³⁹³ ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 14.

No período Absolutista, o tributo passa a ser o preço para a manutenção do Estado, que garante a liberdade de trabalho ou o preço da liberdade;

No período Liberalista, o tributo passa a ser meramente arrecadatório com efeito neutro, assim, se o Estado é improdutivo, a tributação deve ser mínima, devendo os recursos ficarem nas mãos do setor produtivo, passando o tributo a ser expressão da liberdade, como garantia de liberdade;

No Estado Social Democrático de Direito, a liberdade é concedida ao indivíduo para um fim, passando a ser o tributo instrumento para sua concretização;

No Século XXI, a liberdade está assumindo nova feição, onde o Estado é afastado e a sociedade civil reivindica para si o espaço ocupado por ele, a liberdade revela-se coletiva e o tributo é o preço para expansão da liberdade, eis que o tributo só se justifica na medida em que seja necessário e na extensão em que se espera uma atuação estatal, na construção de uma liberdade coletiva, de inclusão social.

Para, a partir daí concluirmos que, o Estado, ao exercer a tributação, que se traduz na instituição, arrecadação e fiscalização do recolhimento de tributos, para aplicar as receitas na manutenção do próprio Estado e da sociedade, garantindo os direitos fundamentais, limita a liberdade do contribuinte, conforme os objetivos a serem perseguidos, sociais, políticos, econômicos, pois, se utiliza do instrumento da extrafiscalidade, que inibe ou incentiva comportamentos.

6. REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 14-15.

_____. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos: Paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, nota 3, p. 64.

BATTAGLIA, Felice. **Libetà (aspetti etici) (verbete)**. **Enciclopedia del Diritto**. Giuffré, v. XXIV, p. 231.

BODIN, Jean. **Six livres de la republique avec l'apologie de r. Herpin**. S.I.: Scientia Aalen, 1961. P. 122-126.

CARRAZZA, Elizabeth Nazar. **IPTU e Progressividade – Igualdade e Capacidade**

Contributiva. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** 29.^a ed., revista, atualizada e ampliada até a Emenda Constitucional 72/2013. São Paulo: Malheiros Editores, p. 432.

COSTA, Regina Helena. **O princípio da moralidade administrativa na tributação in estudos de direito público em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**, org. Marcelo Figueiredo e Valmir Pontes Filho, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 689-705.

_____. **Imunidades Tributárias – Teoria e Análise da Jurisprudência do STF.** 3.^a ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2015, p. 77-87.

_____. **Princípio da Capacidade Contributiva.** 4.^a ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2003, p. 83.

_____. **Código Tributário Nacional Comentado.** Coord. Vladimir Passos de Freitas, 2.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, no prelo.

_____. **Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional.** 11.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 45.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito. Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito.** 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 2003. Nota 2, p. 79-86.

FLAIX, E. Founier de. **L'Impôt dans les Diverses Civilisations.** Paris: Guillaumin. 1897. nota 30 p. 310.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica).** 3.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 215.

HOBBS, Thomas. **Leviathan; or the matter, form and power of a commonwealth ecclesiastical and civil.** ed. Michael Oakeshott. Oxford: Brasil Blackwell, 19-?. p. 109-113.

KIRCHHOF, Paul. **Der sanfte Verlust der Freiheit.** München, Wien: Carl Hanser. 2004. nota 18, p. 6-9

MACHIAVELLI, Niccolò. **II príncipe: operette storiche e politiche.** Verona: Arnoldo Mandadori, 1950. p. 60-69; 72-77.

MOHR, Arthur. **Die Lenkungssteuer: ein Instrument zur Induzierung sozialorientierten**

Verhaltens im Wohlfahrtstaat? Zürich: Schulthess. 1976. p. 70-75.

MONCADA, Luis S. Cabral de. **Direito Econômico**. 3.^a ed. Coimbra, 2000. p. 95.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 202.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Tributação e Liberdade, in Novas tendências do direito constitucional: Em homenagem ao professor Paulo Lopo Saraiva**. Vladimir da Rocha França, André Elali, Artur Cortez Bonifácio (coords.). 1.^a ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 471-501.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário. Valores e Princípios Constitucionais Tributários**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, v. II, p. 58- 109.

VIGORITA, Tullio Spagnuolo; MERCOGLIANO, Felice. **“Tributi (storia)” (verbete) Enciclopedia del Diritto**. Giuffré, v. XLV, p. 85 ss.

DIREITO E DECISÃO JURÍDICA: POSSIBILIDADE DE UMA RESPOSTA ADEQUADA?

TACIANA MELO LOEPERT: Formada em direito pela UNICAP em 1997; formada em administração pela UFPE em 1997; Pós Graduada em Ciências Criminais pela Faculdade CERS em 2021.

Resumo: O presente artigo abordará a necessidade de fundamentação da decisão jurídica dentro de um processo judicial civil, a forma como os juízes decidem os casos demonstrando os delineamentos legais que contornam o processo de decisão, sua justificação como elemento de controle interno e externo e a importância de todo o processo decisório, para ao final estabelecer se há possibilidade de uma resposta adequada.

Palavras-chave: Decisão Judicial. Fundamentação das decisões judiciais. Processo decisório.

Abstract: The present article will address the need to justify the legal decision within a civil judicial process, the way in which judges decide cases demonstrating the legal outlines that circumvent the decision process, its justification as an element of internal and external control and the importance of the entire decision-making process, in order to finally establish whether there is a possibility of an adequate response.

Keywords: Judicial decision. Justification of judicial decisions. Decision process.

Sumário: Introdução. 1. Processo Decisório. 2. Processo Decisório Judicial. 3. Parâmetros Legais Com Aplicação no Processo Decisório Judicial Brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Entender a forma como os juízes decidem interessa ao princípio democrático porque é através destas decisões que é realizado o exercício do poder jurisdicional, a solução das controvérsias.

Se decidir é escolher entre duas ou mais alternativas possíveis, em um processo judicial, em sendo o juiz a pessoa que fará a escolha ou opção entre as várias alternativas que se apresentam, é de suma importância que fundamente sua decisão a fim de demonstrar transparência e conhecimento ao discurso argumentativo, bem como conferir controlabilidade ou contestabilidade aos critérios de racionalidade para a justificação das decisões.

Isto porque “a fundamentação cumpre dupla função endoprocessual e exoprocessual, de modo que as razões de decidir devem ser passíveis de serem submetidas ao escrutínio das partes e dos demais sujeitos processuais, bem como de toda sociedade.” (KARNOPP e BRITTO, 2018).

“Nesse sentido, sob o aspecto endoprocessual, é possível às partes controlar a motivação do julgador, verificando se todas as provas foram devidamente examinadas e valoradas, bem como se o direito foi adequadamente aplicado ao caso apresentado para chegar àquele provimento final. Assim, evidenciar os fundamentos da decisão permite manejar eventual recurso, no caso de a parte se inconformar com a decisão. Por outro lado, o aspecto exoprocessual permite o controle político do poder judiciário, permitindo à sociedade verificar a imparcialidade do magistrado e a legalidade do provimento judicial”. (KARNOPP e BRITTO, 2018, p. 11).

A expectativa é a de que ao julgar, o juiz esteja convicto de sua escolha, que a decisão esteja dentro dos limites do ordenamento jurídico e seja produto das certezas construídas a partir do debate entre as partes e da instrução processual (HELLMAN e GALDURÓZ, 2022, p.2).

Desta forma, o presente artigo, elaborado através de pesquisas bibliográficas, após discorrer sobre o processo decisório de uma forma geral e a construção da decisão judicial, observará os delineamentos legais do dever de fundamentação judicial civil no direito brasileiro identificando seus elementos mínimos e sua importância para o exercício do contraditório e controle do exercício do poder jurisdicional.

2 PROCESSO DECISÓRIO

A cada dia, momento, chegamos a um ponto em que temos que optar por um caminho a seguir. Para tomar essa decisão, consideramos, dentre os fatos que conhecemos, os impactos decorrentes dessa decisão. Dentro de uma organização essas decisões se tornam cruciais porque podem impactar em seu papel no mercado de trabalho, sua expansão, sobrevivência ou estagnação.

A fim de compreender melhor o processo decisório organizacional, dentro de uma visão geral, para em seguida, nos ater ao processo decisório judicial, optamos em apresentar conceitos de diversos autores.

O processo decisório dentro de uma organização compreende a aplicação de diferentes modelos de tomada de decisão, cada um deles pertinente a uma determinada situação. (LOUSADA e VALENTIM, 2011, p.).

Segundo CHIAVENATO, o processo decisório, dentro de uma organização:

A organização é um sistema de decisões em que cada pessoa participa consciente e racionalmente, escolhendo e decidindo entre alternativas mais ou menos racionais que são apresentadas de acordo com sua personalidade, motivações e atitudes. Os processos de percepção das situações e o raciocínio são básicos para a explicação do comportamento humano nas organizações: o que uma pessoa aprecia e deseja influencia o que se vê e interpreta, assim como o que vê e interpreta influencia o que aprecia e deseja. Em outros termos, a pessoa decide em função de sua percepção das situações. Em resumo, as pessoas são processadores de informação, criadoras de opinião e tomadoras de decisão. (BERTONCINI e Col. Apud CHIAVENATO, 2003, p.348).

Felipe Cruz (2016), ao discorrer sobre o tema – “Tomada de Decisão: o que os autores dizem sobre o tema?” expôs que Angeloni (2003) teria afirmado que o processo decisório é afetado de forma significativa pela visão de cada um, na medida em que diferentes pessoas diante de um mesmo fato tendem a interpretá-lo de acordo com seus modelos mentais, que as levam a percebê-lo de forma diferente. Acrescentando que o julgador deve ter a consciência de que o maior desafio não é o de obter os dados, as informações e os conhecimentos, mas sim a aceitação de que, no processo de codificação/decodificação, as distorções ocorrem e que existe forma de amenizá-las.

O mesmo autor, dando continuidade à exposição das definições do processo decisório, citou Peter Drucker (2002) que define a decisão como o desenvolvimento do raciocínio com foco na escolha entre diferentes cursos de ação onde, raramente, existe o certo e o errado. Acrescentando que uma decisão é uma escolha entre alternativas e que na melhor das hipóteses é uma escolha entre o “quase certo” e o “provavelmente errado”.

Pelos conceitos expostos do processo decisório, percebe-se que, em qualquer cenário, o procedimento para a tomada de decisão é de suma importância, que a tomada de decisão é inerente a qualquer trabalho, que os valores pessoais do responsável pela decisão estão presentes no processo decisório e que há uma busca contínua para alcançar a melhor escolha através da amenização das distorções na codificação/decodificação.

3 PROCESSO DECISÓRIO JUDICIAL

E no processo decisório judicial? Existe importância na forma como as decisões judiciais são tomadas? Se o processo decisório nas organizações se revela importante para a busca da melhor decisão, no processo judicial não há de ser diferente.

Ronald Dworkin, em seu livro: O império do direito, registrou que Learned Hand (Mão Sábia), um dos melhores e mais famosos juízes dos Estados Unidos, dizia ter mais medo de um processo judicial que da morte ou dos impostos. Ao discorrer sobre o assunto DWORKIN chegou a afirmar:

“A diferença entre dignidade e ruína pode depender de um simples argumento que talvez não fosse tão poderoso aos olhos de outro juiz, ou mesmo juiz no dia seguinte. As pessoas frequentemente se vêem na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno da cabeça do juiz do que qualquer norma geral que provenha do legislativo”. (DWORKIN, p.3, 1999)

Na mesma obra, DWORKIN, demonstrando a importância do processo decisório, explica que os processos judiciais são importantes em outro aspecto não avaliado em termos financeiro. Diz que existe uma dimensão moral associada e, portanto, um risco permanente de uma forma inequívoca de injustiça pública. Ao decidir, o juiz não só aponta quem vai ficar com o quê, mas quem cumpriu com suas responsabilidades e quem descumpriu. Esclarece que se o julgamento for injusto, a comunidade terá infligido um dano moral a um de seus membros por tê-lo estigmatizado.

Há de se observar, conforme ensina Carlos Alberto Menezes Direito (2000), como qualquer processo decisório, a decisão judicial não decorre simplesmente da pura aplicação da lei considerando um dado caso concreto. É uma decisão humana, em sendo assim, conforme qualquer tomada de decisão, não está, por inteiro, no domínio da ciência ou da técnica, estará sujeita às emoções, sentimentos, crenças da pessoa humana investida no poder jurisdicional. E a independência do juiz está na capacidade de julgar com esses elementos que participam da sua natureza racional, livre e social.

No mesmo sentido, Maria Isabel Rosifini Alves Rezende (2019), em seu artigo: A teoria da decisão judicial: como os juízes julgam? Ao concluir seu trabalho, afirmou que o ordenamento jurídico é um dos elementos que influenciam na tomada de decisão, no entanto há outros fatores externos que influenciam a sua decisão, tais como sua preferência político-ideológica, opinião pública, em se tratando de um caso sujeito à influência midiática, aceitação da decisão pelos colegas dentro da instituição, experiência pessoal, possibilidade de promoção e de reversão da decisão em segunda instância ou nos Tribunais Superiores, e por fim, o próprio ordenamento jurídico.

Corroborando com as constatações mencionadas por Carlos Alberto Menezes Direito e Maria Isabel Rosifini Alves Rezende, Luis Roberto Barroso (2014), durante o seminário Teoria da Decisão Judicial: casos difíceis e a Criação Judicial do Direito realizado em Brasília, asseverou que o julgador, assim como qualquer pessoa, tem sua própria visão do mundo, as pessoas vêem o mundo de diferentes pontos de observação, em muitas matérias, não é possível produzir a verdade, nessas matérias temos que conviver, na melhor das hipóteses, com a cor da lente pela qual se está olhando. Quem trafega pelo direito tem que conviver com a circunstância de que muitas vezes não haverá certeza absoluta ou uma verdade plena.

Para se chegar à decisão, o julgador passa por algumas etapas, de acordo com DWORKIN, o processo de aplicação do direito realizado pelo juiz começa com as questões de fato (o que aconteceu?). Enquanto o magistrado não conhecer todos os fatos da causa, não estará em condições de emitir nenhum julgamento. Depois de direito (determinação das regras ou princípios jurídicos aplicáveis ao caso), em seguida as questões ligadas à moralidade (DWORKIN, p. 5 a 6, 1999).

Em outras palavras, conhecido os fatos, as circunstâncias concretas dos autos, o juiz passará para o segundo momento de sua atividade, buscará a disciplina jurídica própria, seja no rol do direito positivo, seja nas demais fontes possíveis, como os princípios gerais do direito, costumes etc.

Percebe-se, portanto, que:

“com o objetivo de se chegar ao melhor julgamento, o processo decisório tem as suas etapas próprias envolvendo a análise e a interpretação das informações colhidas no processo, por meio de provas documentais, periciais e testemunhais, dentre outras, e identificar quais são, efetivamente, relevantes para a tomada de decisão. Evidentemente, esse processo de análise dos fatos e provas ocorre consoante a percepção do julgador.” (ESTEVÃO e LEONARDO, 2020, p.12)

Para entender as etapas mencionadas, é de bom alvitre ressaltar o entendimento do que significa interpretar, Maximiliano ensina que:

“Interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém. Pode-se procurar e definir a significação de conceitos e

intenções, fatos e indícios; porque tudo se interpreta; inclusive o silêncio” (MAXIMILIANO, 2017, p.21)

Reconhecendo o fato de que a interpretação faz parte do processo decisório, sendo parte primordial do julgador no processo de pesquisa da relação entre o caso concreto e a norma jurídica, e que para alcançar o sentido da regra jurídica, cuja apresentação, mesmo quando clara ou precisa em sua linguagem, são formuladas em termos gerais, é que surgiu a hermenêutica jurídica, cujo objetivo é o estudo e sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.

Dentre as principais escolas da hermenêutica jurídica citamos a Escola da Exegese que, conforme leciona Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

“identifica o Direito positivo como a lei escrita, dando enfoque especial aos Códigos (naquela época, com destaque ao Código de Napoleão, de 1804), realizando a interpretação preponderantemente literal dos seus dispositivos, embora também tenha admitido a interpretação histórica (investigando a vontade do legislador e as circunstâncias que antecederam a lei) e a interpretação lógico-sistemática (procurando o sentido da lei, levando em conta o lugar que ocupa na legislação). O Direito, assim, é reduzido à lei e a função judicial é concebida como um processo de dedução lógica, de subsumir fatos concretos à lei abstrata.” (GARCIA, 2015, p. 21)

Com a revolução industrial do século XIX, sobrevieram muitas alterações na vida social face aos grandes investimentos na área da física e da química, gerando muitas mudanças no sistema de produção e tornando o excessivo apego à lei codificada inadequado à “nova” sociedade. O que levou ao estudo de novas formas de adequação da lei à realidade social, necessidade que deu origem a novas teorias de interpretação, surgindo um sistema que Maximiliano denominou de histórico-evolutivo ou evolutivo.

A teoria preconizada por essa Escola, cujo maior representante foi Savigny, sustentava a necessidade de se buscar o verdadeiro direito nos usos e costumes, bem como na tradição dos povos.

César Augusto Luiz Leonardo e Roberto da Freiria Estevão (2020), ao citarem BETIOLI, no que tange aos principais postulados dessa teoria, afirmaram serem:

“a) a lei precisa ser interpretada como realidade histórica e, pois, submeter-se à progressão do tempo, desprendendo-se do legislador após sua entrada em vigor e adquirindo vida própria, de sorte a

adequar-se às mudanças sociais decorrentes da evolução histórica; b) a interpretação do texto legal deve ser atualizadora, vale dizer, deve ser efetivada de modo a adaptá-lo às realidades e às exigências sociais posteriores à sua elaboração, e, para isto, seria importante buscar não avontade do legislador durante o procedimento legislativo, mas investigar que vontade aquele legislador teria em face da nova realidade social; c) o intérprete, porém, não podia criar um novo direito à margem da lei, mas tão-somente atualizá-la.” (ESTEVÃO e LEONARDO, 2020, p.18)

Foi a partir do historicismo que se encaminhou para um cientificismo.

“Os cientistas do direito elaboravam conceitos bem definidos, para tornar possível sua segura aplicação em variados lugares e épocas. Nisto consistia a atividade dos chamados pandectistas, do que surgiu o formalismo jurídico alemão, com o emprego de um sistema fechado, fruto do método lógico sistemático, que acabou servindo de fundamento ao **positivismo jurídico** no final do século XIX. (ESTEVÃO e LEONARDO, 2020).

“O Positivismo Jurídico (ou Escola do Direito Positivo) procura afastar a Ciência do Direito de valores morais, políticos, religiosos, filosóficos (como o relativo à justiça), bem como do Direito natural, defendendo a neutralidade do conteúdo do Direito, o qual passa a ser visto como o conjunto de normas (sistema normativo, ordenamento jurídico), cabendo à ciência do Direito o conhecimento e a descrição das normas jurídicas.”(GARCIA, 2015, p. 21).

Importante lembrar que a interpretação jurídica no período positivista, embora caracterizado pelo formalismo jurídico, em que os fatos eram subsumidos à norma, para que se produzisse o silogismo que produzia a decisão judicial. A norma era a premissa maior, os fatos a premissa menor e a sentença, a conclusão, não se pode deixar de considerar que o direito é um saber argumentativo, o que envolve os valores, a moral, a ética e os princípios.

A existência, no entanto, de problemas jurídicos, decorrentes da complexidade de um mundo mais moderno, plural, que não podiam ser encontrados prontos na lei, integralmente previstos nas normas jurídicas (casos difíceis ou *hard cases*), levando o juiz em busca de respostas em outro lugar, aproximando o direito da filosofia moral (teoria da justiça), da filosofia política (legitimidade democrática) e a busca do dever de realizar os fins públicos previstos constitucionalmente, demonstra que o modelo tradicional era

insuficiente, fazendo com que o formalismo fosse superado dando lugar ao advento de uma cultura pós positivista atribuindo normatividade aos princípios. A norma já não traz mais em si a solução para as controvérsias, mas um início de solução.

Se os fatos não ficam esperando para serem subsumidos na norma e o juiz assumiu outro papel na tomada de decisão, deixando de ser um aplicador de normas, mas sendo um autor da própria criação do direito, é de suma importância que ele deva demonstrar a trajetória intelectual que percorreu, apontando as razões pela qual aquela decisão que tomou é constitucionalmente adequada a fim de convencer aos destinatários que esta seria a melhor solução para o caso.

Em contraposição à Teoria Pura do Direito, surgiram outras escolas que se inserem no denominado **Pós-Positivismo**. Do Movimento do Direito Livre surgiu a **Jurisprudência dos Valores** reconhecendo a cultura como uma das principais referências do direito, com adeptos como Radbruche Karl Larenz.

Outra escola pós positivista é a Lógica do Razoável, de Luis Recaséns Siches, foi ele “quem desferiu o ataque mais vigoroso à influência da Lógica Formal no setor do Direito.” (NADER, 2018, p.43).

“Na obra “Panorama del pensamiento jurídico em el siglo XX” (1963, vol. 1), Recaséns Siches propõe um método de interpretação jurídica em que parâmetros da lógica tradicional não podem ser aplicadas às normas de direito positivo. A lógica do razoável leva à aplicação das normas de direito de forma adequada às realidades da vida humana, pois os fatos verificados nessa realidade é que influenciam e dão sentido às normas.” (ESTEVÃO e LEONARDO, 2020, p. 22).

“Siches, com segurança, pondera que o processo lógico-dedutivo não é suficiente para a decisão a respeito da aplicação de determinada norma no julgamento do conflito num caso concreto, uma vez que o problema não está em se extrair, pela inferência, conclusões de determinados conceitos jurídicos. “Pelo contrário, é um problema que se pode resolver somente ponderando, compreendendo e estimando os resultados práticos que a aplicação da norma produziria em determinadas situações reais” (SICHES, 1973, p. 265), o que se concretiza por meio da argumentação.” (ESTEVÃO e LEONARDO, 2020, p. 22).

Das várias escolas de hermenêutica existentes que, por um ou outro método a ser adotado, influencia na maneira de se interpretar um caso, os elementos de convicção e as

disposições normativas aplicáveis, percebe-se um ponto em comum: a necessidade de argumentação se insere nos contornos de todas elas.

Em sendo assim, foi com a finalidade de aprimorar a qualidade decisória dos órgãos judiciais, garantindo o devido processo legal, que alguns princípios e regras de interpretação e decisão, aqui no Brasil, foram tornado expressos, servindo de parâmetros legais a serem observados no processo decisório e em cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados.

4 PARÂMETROS LEGAIS COM APLICAÇÃO NO PROCESSO DECISÓRIO JUDICIAL BRASILEIRO

“O processo é regido por uma série de normas que derivam de uma norma em especial: o devido processo legal, previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, LIV. A garantia do devido processo legal assegura ao jurisdicionado que qualquer intervenção ordenada pelo Poder Judiciário no âmbito da sua individualidade deva ser em atenção às regras do jogo, o que gera segurança jurídica e previsibilidade e, mais do que isso, preserva a liberdade.” (HELLMAN e GALDURÓZ, 2022).

O art. 5º, LIV da Constituição Federal prevê o devido processo legal nos seguintes termos:

“LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

A partir desse dispositivo, como já mencionado, as partes terão garantidas que todas as etapas do processo previstas em lei sejam cumpridas antes da decisão final, só sendo possível a privação da liberdade ou restrição de direitos se forem garantidos o juiz natural, o contraditório, a ampla defesa, a duração razoável do processo, a isonomia e a motivação das decisões.

A motivação, portanto, é parte integrante do devido processo legal, dela surge a necessidade da apresentação da argumentação na tomada da decisão judicial, exigência que pode ser observada, também, a partir da leitura da Constituição Federal em seu art. 93, inciso IX, quando menciona que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (Brasil, 1988).

O dever de fundamentar segue sendo previsto na legislação ordinária, cujo teor repete a norma constitucional, o art. 11 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, afirma, sob pena de nulidade, que todos os julgamentos do judiciário devem, não só ser públicos, mas fundamentado.

Isto porque a sociedade não é mais simples e soluções para problemas complexos frequentemente são criadas a partir do processo interpretativo de normas genéricas e, a fim de evitar o excesso no processo decisório, em um Estado Democrático de Direito, faz-se necessário evitar o maior inimigo do ordenamento jurídico fundado em princípios e normas genéricas: a ausência de motivação.

A exigência é explicada porque é através do dever de fundamentação instituído nas normas que se possibilita a efetivação do controle pela observância do discurso argumentativo utilizado na tomada de decisão, de forma a evitar que o julgador escolha livremente sua decisão, respeitando o sistema jurídico, cumprindo seus deveres de integridade e tendo atenção aos precedentes quando decide.

Além disso, conforme explica Ronald Kochem, é pela fundamentação que o processo decisório passa assumir uma feição extrínseca:

“Isso ocorre, porque, uma vez sendo reconhecido o direito de influência na decisão judicial – com o correlato dever de o juiz considerar os argumentos dos participantes do processo – e os deveres do magistrado de dialogar com as partes sobre o material processual, a fundamentação das decisões judiciais deve passar a refletir o *exercício* de tais direitos e deveres, como forma de possibilitar o *controle* sobre a atuação estatal, garantindo a *efetiva participação* no processo.” (KOCHER, 2015, p. 4)

Existe também outro aspecto a ser observado do dever de fundamentação, quando concretizado traz confiabilidade, clareza e previsibilidade às pessoas do exercício jurisdicional.

Segundo o código de processo civil, diz-se fundamentada uma decisão quando está presente o conteúdo mínimo previsto no art. 489 do código de processo civil:

“Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento." (Brasil, 2015).

"Assim, não se tem como motivada, a título de exemplo, a decisão que não apresentar a relação de alguma reprodução ou paráfrase de ato normativo com a causa em julgamento, ou a que empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem apontar sua relevância para o caso, ou a invocação de motivos genéricos, isto é, que se prestem a justificar qualquer outra decisão, ou também a que não enfrentar todos os argumentos apresentados no processo e que tenham potencialidade para infirmar a conclusão adotada pelo julgador, ou a que invocar precedente ou enunciado de súmula sem a necessária identificação dos similares fundamentos para a adoção de um ou outro."(ESTEVÃO e LEONARDO, 2020, p. 22).

Portanto, ao mencionar que o juiz deve fundamentar sua decisão analisando as questões de fato e de direito e estabelecer as circunstâncias em que a decisão estará sujeita à nulidade, o código de processo civil restringe a liberdade do julgador, evitando o arbítrio estatal, e passa a exigir uma decisão racionalmente motivada, conferindo à fundamentação importância destacada.

Por meio do dever de fundamentação, busca-se a minimização da discricionariedade, da subjetividade do juiz inerentes às suas crenças, opiniões pessoais, sentimentos e visão de mundo, sendo este o momento em que acolherá ou refutará os argumentos trazidos ao seu conhecimento, permitindo controle da solução ofertada.

Pode-se perceber, portanto, que o dever de fundamentação confere uma forma de controle por meio da linguagem:

“A fundamentação, como se sabe, tem dupla função: uma interna e outra externa. Expor, o juiz, os motivos do seu convencimento, o que significa possibilitar que as partes saibam qual foi o caminho percorrido por ele na compreensão e interpretação dos fatos da causa, das provas e do direito aplicado ao caso. Com isso, as partes têm condições de fazer o controle da qualidade formal e substancial da decisão. Por outro lado, essa exposição aliada à regra da publicidade do processo, permite que a sociedade em geral possa conhecer como decidem os magistrados e, pelos meios democráticos, fazer críticas à atividade jurisdicional.”(HELLMAN e GALDURÓZ, 2022).

Assim, é por meio da fundamentação que se percebe a racionalidade de uma decisão judicial, e ante os parâmetros normativos, pode-se perceber que:

“A racionalidade das decisões judiciais é entendida como a possibilidade de realizar uma reconstrução analítica da decisão, isto é: a possibilidade de reconhecer na decisão judicial, analiticamente, as diferentes operações realizadas (ou melhor: justificadas) pelo intérprete e, tendo em conta o método de cada uma dessas operações, de aferir a correção das operações. É por isso que a exigência constitucional de motivação das decisões judiciais deve ser lida como verdadeira exigência de fundamentação jurídica, i. e., de justificação racional da determinação dos fatos e da interpretação e aplicação da norma jurídica ao caso. Somente dessa forma a imputação de consequências jurídicas por meio do processo pode ser tida como não arbitrária”(KOCHEM, 2015, p. 5).

“de forma que, em havendo estruturas lógicas reconhecíveis na decisão, abre-se a possibilidade de controlar a validade da justificativa segundo os critérios do discurso lógico.” (KOCHEM, 2015, p. 6).

Estas, portanto, são as razões pelas quais a motivação passou a ser uma exigência das leis processuais e constitucionais. Pelo acesso à motivação garante-se o efetivo acesso à justiça, inclusive, às instâncias recursais, permitindo aos envolvidos o conhecimento de todo o processo decisório utilizado pelo magistrado para a solução do caso.

Não obstante a necessidade do cumprimento do dever de fundamentar, outros parâmetros foram delineados na lei de introdução às normas do direito brasileiro conferindo maior concretude ao princípio da motivação incluindo como requisito o detalhamento e a especificidade necessários, de modo a não restarem dúvidas do respeito do seu conteúdo à legalidade e à proporcionalidade.

O art. 20 e 21, por exemplo, determinam que as decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial sejam tomadas não apenas com fundamentos principiológicos, mas considerando suas conseqüências práticas e, sobretudo, ponderando as alternativas possíveis. Exige, ainda, a prolação de decisões razoáveis e proporcionais, de forma que os danos decorrentes sejam de extensão e intensidade adequadas ao caso concreto. (Brasil, 2018).

Os arts. 23 e 24 da mesma norma contém a clara preocupação com o respeito ao princípio da segurança jurídica. Visa a estabilidade das relações jurídicas, conferindo aos cidadãos a confiança de que, no caso de novas interpretações ou orientações sobre determinada norma que interfiram na validade de atos ou contratos, sejam preservadas situações já devidamente constituídas no tempo e garantida uma transição razoável quando inevitável a exigência do novo dever ou do novo condicionamento de direito. (Brasil, 2018).

5 CONCLUSÃO

A decisão jurídica, assim como qualquer resultado de um processo decisório, deve ser realizada após os conhecimentos dos fatos, da disciplina jurídica a ser aplicada, entretanto, independente da metodologia aplicada, para alcançar uma solução, observou-se que a decisão é afetada pela visão de cada um, isto porque está sujeita às emoções, sentimentos e crenças do julgador.

A fim de evitar que o julgador escolha livremente e minimizar sua discricionariedade, restou reconhecido a indispensabilidade da motivação, a fim de demonstrar o

desenvolvimento do raciocínio na escolha entre diferentes possibilidades de decisão, de modo a proporcionar transparência, controlabilidade e contestabilidade às decisões, razão pela qual, a legislação elevou ao patamar constitucional a motivação da decisão para sua efetiva validade, bem como foi instituído infra-constitucionalmente parâmetros legais com requisitos mínimos de validade à decisão jurídica.

Desta forma, trechos textos legais foram destacados neste trabalho objetivando exemplificar a importância do dever de fundamentar para a construção de uma decisão analítica e diretriz na interpretação de fatos e normas jurídicas.

Ainda assim, constatou-se que em um processo decisório não se chega a uma verdade ou certeza objetiva, o certo e o errado. O processo serve para amenizar distorções/divergências.

Em sendo assim, o julgador que ao decidir, com respeito ao sistema jurídico, demonstrando o desenvolvimento de seu raciocínio de acordo com a metodologia escolhida, com a análise e interpretação das informações colhidas no processo, enfrentando os argumentos apresentados, ponderando com os precedentes existentes com a identificação de fundamentos semelhantes para a adoção de um ou outro, com coerência, em resumo, apontando as razões pela qual tomou aquela decisão, dentro de sua própria perspectiva, demonstra que é possível dar uma resposta adequada.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. In: Seminário Teoria da Decisão Judicial: casos difíceis e a Criação Judicial do Direito, Brasília: CJF, 2014. Disponível em:
https://www.youtube.com/watch?v=BVPsB_pP-gI. Acesso em: 25 jul.2022.

BERTONCINI, Cristine; BRITO, Adriana; LEME, Elisangela; SILVA, Ismael; SILVA, Thiago Ferreira da; PERRI, Ricardo Alves. Processo decisório: a tomada de decisão. Disponível em:
http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/QjxDDqGcS5r3dHL_2013-5-3-12-8-34.pdf. Acesso em: 25 jul.2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 jul.2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de setembro de 1942. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 25 jul.2022.

CRUZ, Felipe. Tomada de Decisão: o que os autores dizem sobre o tema? 2016. Disponível em: <http://pt.linkedin.com>. Acesso em: 25 jul.2022.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A decisão judicial. **EMERJ**. V.3, n.11, 2000. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11/revista11_24.pdf. Acesso em: 25 jul.2022.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 243 p.

FONSECA, Ana Carolina da Costa e. Dworkin e Posner acerca da existência de respostas certas para as questões jurídicas: a reconstrução de um debate. *Veritas*, v. 56, n. 3, p. 63-71, set./dez. 2011. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/download/9748/7314/>. Acesso em: 25 jul.2022.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito. 3. ed. São Paulo: Método, 2015. Disponível em: <https://doceru.com/doc/ncvscce>. Acesso em: 25 jul.2022.

HELLMAN, Renê; GALDURÓZ, Eduardo. O juiz e a dúvida: reflexões sobre a decisão judicial. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 23. n. 1, pp. 1296-1318, Janeiro a Abril de 2022. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/64400/40740>. Acesso em: 25 jul.2022.

KARNOPP, Laerte Radtke; BRITTO, Maria das Graças Pinto de. (Ir) Racionalidade e Fundamentação das decisões judiciais: uma reflexão sobre casos na justiça de primeiro grau. **Rev. De Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 66-84, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/4806>. Acesso em: 25 jul.2022.

KOCHEM, Ronaldo. Racionalidade e decisão - A fundamentação das decisões judiciais e a interpretação jurídica. **Revista de Processo**, vol. 244, junho, 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.244.04.PDF. Acesso em: 25 jul.2022.

LORENTZ, Lutiana Nacur. O império do direito de Ronald Dworkin. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Região**. Belo Horizonte, v.33, n. 63, p. 101-113, jan./jun. 2001. Disponível em:

https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/73090/2001_lorentz_lutiana_imperio_direito.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 25 jul.2022.

LEONARDO, César Augusto Luiz; ESTEVÃO, Roberto da Freiria. Inteligência artificial, motivação das decisões, hermenêutica e interpretação: alguns questionamentos a respeito da inteligência artificial aplicada ao direito. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 20, n. 1, nov. 2020. ISSN 1984-7858. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3305>. Acesso em: 25 jul. 2022.

LOUSADA, Mariana; VALENTIM Marta Lúcia Pomim. Modelos de tomada de decisão e sua relação com a informação orgânica. **Perspectivas em Ciência da Informação**, v. 16, n.1, p. 147-164, 2011. Disponível em: <http://hdl.handle.net/20.500.11959/brapci/32244>. Acesso em: 25 jul. 2022.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2017.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Fundamentos para uma teoria da decisão judicial*. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf. Acesso em: 25 jul.2022.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

REZENDE, M. I. R. A teoria da decisão judicial: como os juízes julgam?. **ARCHIVES OF HEALTH INVESTIGATION**, [S. l.], v. 8, n. 4, 2019. DOI: 10.21270/archi.v8i4.4678. Disponível em: <https://www.archhealthinvestigation.com.br/ArchI/article/view/4678>. Acesso em: 25 jul. 2022.

DIFAL: ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

MIRELA REIS CALDAS: Bacharel em Direito pela faculdade Imaculada Conceição do Recife - FICR. Pós-graduanda em Direito Tributário Municipal pelo IAJUF

Introdução

A Constituição Federal de 1988 (CF) dispõe que o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) é de competência dos Estados e do Distrito Federal, conforme disposto no art. 155, II, da CF.

Para facilitar a explicação, será usado o termo “Estados” englobando “Estados e Distrito Federal”.

Sendo um imposto de função predominantemente fiscal (MACHADO, 2010), o ICMS representa a maior fonte de arrecadação dos Estados (SABBAG, 2010) e, além de custear o Estado, o imposto citado ainda é repartido com os Municípios.

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

[...]

IV – **vinte e cinco por cento** do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I - **65%** (sessenta e cinco por cento), no **mínimo**, na proporção do **valor adicionado** nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 108, de 2020)

II - até **35%** (trinta e cinco por cento), de acordo com o que **dispuser lei estadual**, observada, obrigatoriamente, a distribuição de, no

mínimo, 10 (dez) pontos percentuais com base em indicadores de melhoria nos resultados de aprendizagem e de aumento da equidade, considerado o nível socioeconômico dos educandos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 108, de 2020).

(Grifos nossos)

Dessa forma, resta-se demonstrada a importância do ICMS para a arrecadação como um todo.

Assim, deve-se ter extremo cuidado ao alterar leis e dispositivos constitucionais para que as possíveis perdas financeiras sejam mitigadas. Surgindo, então, a necessidade de entender melhor o Diferencial de Alíquotas do ICMS e suas recentes alterações.

Do DIFAL

Antes da Emenda Constitucional (EC) 87/2015, em operações interestaduais, o ICMS era recolhido da seguinte forma:

- (i) Sendo destinatário não contribuinte do imposto, ICMS apenas para Estado de origem.
- (ii) Sendo destinatário contribuinte do imposto, Diferencial de Alíquotas (DIFAL) para o Estado de destino.

Contudo, pelo aumento do número de vendas pela internet e das entregas interestaduais, fez-se necessário criar uma solução para o recolhimento do ICMS de forma que a relação ficasse mais equilibrada.

A solução encontrada foi adotar o DIFAL para todos os casos (destinatário contribuinte ou não), fazendo com que o imposto seja repartido entre os Estados participantes da relação independentemente do tipo de operação, garantindo, assim, a competitividade entre eles.

Vejamos o disposto na CF.

Art. 155 (...) §2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

VII – nas **operações e prestações** que destinem bens e serviços a consumidor final, **contribuinte ou não do imposto**, localizado em **outro Estado**, adotar-se-á a **alíquota interestadual** e caberá ao **Estado de localização do destinatário** o imposto correspondente à

diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;

(Grifos nossos)

Sendo assim, existe DIFAL em operações para fora do Estado e para consumidor final. Aplica-se a alíquota interestadual (4%, 7% ou 12%) para o Estado de origem e, para o Estado de destino, o diferencial de alíquota (alíquota interna - alíquota interestadual).

É válido ressaltar que o art. 99 foi adicionado ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para compensar os Estados mais ricos pelas futuras perdas de arrecadação. Mensurando percentuais de 20% até 100% para o DIFAL pelo prazo de cinco anos, findado em 2019.

A respeito da responsabilidade pelo recolhimento do DIFAL, o art. 155, §2º, VIII, da CF, dispõe que é (i) do destinatário, quando este for contribuinte do imposto e (ii) do remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto.

Da Base de Cálculo

Existem dois tipos de base de cálculo (BC), simples ou dupla, podendo até existir adaptações em determinado Estado. Alguns utilizavam a mesma base independente de o destinatário ser contribuinte ou não; outros, duas bases.

A exemplo de São Paulo³⁹⁴, após mudanças na Lei Kandir, alguns Estados fizeram alterações em suas leis estaduais quanto à BC.

Sendo assim, adota-se a mesma base de cálculo seja para consumidor contribuinte ou não, chama-se “base de cálculo única”, tal método consiste em usar a mesma base de cálculo usada na operação de origem.

Para exemplificar, o ICMS de uma mercadoria (R\$ 1.000,00) de São Paulo (SP) com destino à Bahia (BA) para **não contribuinte** será feito da seguinte forma:

- (i) Para SP: $R\$ 1.000,00 \times 7\% = R\$ 70,00$ (alíquota respectiva de SP para BA em operação interestadual).

³⁹⁴ Para maiores informações sobre São Paulo, acessar: <https://www.fius.com.br/difal-sp-nova-metodologia-de-calculo-nas-aquisicoes-de-ativo-uso-e-consumo-por-contribuintes-e-regulamentada/>. Acesso em 25/05/2022.

- (ii) Para BA, supondo que a alíquota interna seja 18%, temos: $R\$ 1.000,00 \times (18\% - 7\%) = R\$ 110,00$.

Adota-se outra metodologia de cálculo do DIFAL contribuinte e não apenas o valor da operação, chama-se “base de cálculo dupla”, tal método consiste em usar uma base de cálculo para a origem e uma para o destino, objetivando retirar o ICMS de origem da BC.

O cálculo da base de cálculo do DIFAL é feito da seguinte forma: (valor da operação - ICMS destacado)/(1 - alíquota interna).

Para exemplificar, o ICMS de uma mercadoria (R\$ 1.000,00) de São Paulo (SP) com destino à Bahia (BA) para **contribuinte** será feito da seguinte forma:

- (i) Para SP: $R\$ 1.000,00 \times 7\% = R\$ 70,00$ (alíquota respectiva de SP para BA em operação interestadual).
- (ii) Para BA, supondo que a alíquota interna seja 18%, temos: $R\$ 1.000,00 - R\$ 70,00 = R\$ 930,00$; $R\$ 930,00 / 1 - 18\% = R\$ 1.134,14$ (base de cálculo).

ICMS BA: (BC x alíquota) - ICMS origem => $(R\$ 1.134,14 \times 18\%) - R\$ 70,00 = R\$ 134,14$

Da judicialização

Após judicialização do Convênio ICMS 93/2015 (dispõe sobre procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada), muitos contribuintes conseguiram liminar no Judiciário para que o recolhimento fosse a partir de 2023. Contudo, algumas liminares que adiavam a cobrança foram cassadas³⁹⁵.

Em fevereiro de 2021, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou inconstitucional a cobrança do DIFAL para consumidor não contribuinte sem advento de lei complementar.

O STF entendeu que a EC 87/2015 criou uma nova relação jurídico-tributária entre o remetente do bem/serviço (contribuinte) e o Estado de destino nas operações com bens/serviços destinados a consumidor final não contribuinte (ADI 5469 e RE nº 1.287.019/DF).

³⁹⁵ Para informações complementares, acessar: <https://arquivoi.com.br/blog/difal-2022-operacao-interestadual-destinada-a-consumidor-final-nao-contribuinte/>. Acesso em 25/05/2022.

Para a criação da lei e organização dos cofres estatais, o STF modulou os efeitos da decisão para que sua vigência ocorresse a partir de 2022, ressalvadas as ações judiciais já em andamento (SILVA; SILVA, 2022).

Originou-se, assim, a segunda luta dos contribuintes: a edição de uma lei complementar.

Finalmente houve a sanção da Lei Complementar nº 190/2022 (5/1/2022) regulamentando as operações e prestações interestaduais destinadas ao consumidor final não contribuinte, reflexo direto na Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir).

Contudo, a LC 190/202 somente poderia entrar em vigor apenas após 90 dias (Princípio da Noventena. Já finalizado) e no próximo exercício financeiro (Princípio da anterioridade do exercício financeiro. Apenas em 2023), conforme art. 150, III, da CF.

Ainda sobre o tema, Igor Mauler Santiago (2022) explica que a decisão do STF é paradoxal. Mesmo que os argumentos trazidos pelos Estados nas ADIs fossem validados e, conseqüentemente, as anterioridades retiradas da lei complementar, as leis estaduais que lhe são preexistentes não estariam autorizadas a incidir a partir de 5/1/2022.

A linha de raciocínio seguida foi: se a lei estadual é válida antes mesmo da edição da lei complementar, não haveria razão para suspender a sua vigência, aplicando-se ao caso o art. 24, § 3º, da CF (competência legislativa plena). Se existem lacunas para a validade, o defeito não pode ser sanado *a posteriori*.

Não obstante, o Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) editou o Convênio ICMS nº 236/2021 que conferiu efeitos imediatos as disposições conferidas pela LC 190/2022 (Cláusula Décima Primeira) (SILVA; SILVA, 2022). Claramente o Convênio confrontou a CF e foi além dos termos da LC 190/2022.

A defesa apresenta pelos Fiscos Estaduais seguiu o entendimento de que o DIFAL já estava previsto desde a EC 87/2015, não havendo razões para a anterioridade, pois supostamente não houve a instituição/majoração de tributo, além do prejuízo financeiro.

Destaca-se que não seguimos tal entendimento. Pelo contrário, entendemos que, como houve o reconhecimento da inconstitucionalidade, a exigência do DIFAL veio a ser regularmente exigida após a edição da LC 190/2022, que segue os princípios constitucionais normalmente.

A título de aprofundamento, a Secretaria da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro informou que, durante 01 de janeiro de 2022 e 04 de abril de 2022, apesar de a responsabilidade pelo pagamento pelo remetente estar dispensada em razão do prazo de

adaptação, a legislação tributária estadual prevê que o DIFAL devido nas operações interestaduais destinadas a não contribuintes deverá ser recolhido pelo destinatário das operações e prestações, na condição de responsável solidário pelo ICMS, conforme previsão constante no art. 19, IV, da Lei 2.657/1996, acrescentado pela Lei Estadual nº 7.071/2015.

Sendo assim, inexistindo o destaque do ICMS em favor do Rio na nota fiscal, emitida pelo fornecedor localizado em outra unidade federada, é dever deste fornecedor, de acordo com o disposto nos artigos 4º, IV e 6º, III, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), informar ao seu cliente a existência da obrigação tributária em relação ao Fisco fluminense³⁹⁶.

Conclusão

Em meio à diversidade de fatos geradores e recolhimentos, discussões sobre a(s) reforma(s) tributária(s) costumam voltar à tona, pois reformas poderiam facilitar a arrecadação.

A citada alteração da Lei Kandir ainda não é a reforma, claramente, mas pode indicar uma luz, tendo como base que a alteração da legislação sobre o ICMS teve um prazo de adaptação.

É certo que, mesmo depois de findado o prazo de cinco anos, ainda houve e está havendo um período de incerteza sobre a forma como proceder com a cobrança do DIFAL para contribuinte, tanto que a lei complementar sobre o tema só veio a ser publicada em 2022.

Apesar da dificuldade inicial, os benefícios do DIFAL são inegáveis para o Fisco, mas também para o pequeno contribuinte, uma vez que facilita e concentra o recolhimento em grandes contribuintes, que usualmente contam com suporte de escritórios de Contabilidade e de Direito.

Referências

SILVA, Eduardo. SILVA, Eduardo Correa da. **Difal do ICMS em 2022**: entenda o que é e por que causa polêmica. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/difal-entenda-o-que-e-por-que-causa-polemica-15032022>. Acesso em 27/05/2022.

³⁹⁶ Para informações complementares, acessar: <https://portal.fazenda.rj.gov.br/difal/>. Acesso em 25/05/2022.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTIAGO, Igor Mauler. **Ainda o Difal**: com teses frágeis, estados perdem ou ganham e não levam. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-18/consultor-tributario-difal-teses-frageis-estados-perdem-ou-ganham-nao-levam>. Acesso em 26/05/2022.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL E PANDEMIA DE COVID-19: REFLEXÕES SOBRE A QUALIDADE DA ATENÇÃO AO PARTO E NASCIMENTO NO BRASIL

KETHLEEM ALAIDE FERNANDES:

Estudante do curso de bacharelado de Direito pela Universidade Brasil (campus FERNANDÓPOLIS).

MARCO ANTÔNIO COLMATI LALO

(orientador)

RESUMO: A violência obstétrica é cometida contra a parturiente e sua família, em instituições de saúde no momento do pré-natal, parto ou aborto. No Brasil, a assistência à mulher no ciclo gravídico-puerperal é fragilizada. Considera-se violência obstétrica desde a enfermeira que pede para a mulher não gritar na hora do parto normal até o médico que faz uma episiotomia indiscriminada - o corte entre o ânus e a vagina para facilitar a saída do bebê. Apesar de a OMS (Organização Mundial da Saúde) determinar critérios e cautela para a adoção do procedimento, médicos fazem a prática de maneira rotineira. Mundialmente, as consequências da COVID-19 estão recaindo com mais força sobre as mulheres. Sendo assim, a pesquisa aborda a violência obstétrica e apresentando quais atos são caracterizados como violência obstétrica, demonstrando que além dos atos físicos, a violência obstétrica também se enquadra em agressões e humilhações verbais. Além disso, a pesquisa tratará da violação dos direitos das mulheres parturientes, direitos estes fundamentais e essenciais a qualquer ser humano, que merece ser tratado com respeito e dignidade, especialmente em suas vontades. Ao final, há um complemento do tema acerca do cenário atual que enfrentamos, que é a pandemia do Covid-19, expondo as violações que as parturientes estão sofrendo e acerca das mudanças que vieram a ocorrer.

Palavras chaves: Violência contra a mulher. Parturiente. Obstétrica. Covid-19.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Violência Obstétrica; 1.1 As Formas de Manifestação; 2. Violência Obstétrica no Contexto da Pandemia do Covid-19; Considerações finais; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

No Brasil, 98% dos nascimentos acontecem em estabelecimentos hospitalares, sejam públicos ou privados. O momento do parto é extremamente importante e complexo para a mulher, no qual ela precisa estar confortável e informada durante todo o período (BRASIL, 2019).

O atendimento não humanizado às mulheres em processos de parto é uma das principais expressões da violência obstétrica. Denomina-se violência obstétrica diversos tipos de violência sofridos pela mulher durante a gravidez, o parto, pós-parto e abortamento, como violência simbólica, física, moral, psicológica ou sexual (BRANDT, 2018).

O abuso de autoridade, desrespeito com a autonomia da mulher, maus tratos e negligência médica fazem parte do contexto da violência obstétrica. Além disso, evidencia-se que a ideologia cultural machista e patriarcal contribuem com práticas abusivas aos direitos da mulher enquanto gestante e parturiente.

A perda de autonomia dessas mulheres se deve ao fato delas não terem liberdade de expressão por se sentirem coagidas pelos profissionais envolvidos. Ademais, muitas vezes elas não identificam esse tipo de violência sofrida, visto que depositam total confiança na equipe assistencial (OLIVEIRA, 2018).

Atualmente, a Organização Mundial da Saúde considera a violência obstétrica como uma questão de saúde pública. Não obstante, por muito tempo o sofrimento no parto foi historicamente considerado como algo inerente à maternidade.

No Brasil, há um significativo e crescente número de relatos desta prática e diversos obstáculos ao seu enfrentamento, sendo a precarização da saúde um deles.

Em que pese as evoluções ocorridas na sociedade, grande parte dos cidadãos ainda não tem entendimento acerca deste tipo de violência. Isso ocorre devido a inúmeros fatores, como a falta de acesso a um pré-natal completo e de qualidade, o insuficiente número de leitos e profissionais de saúde disponíveis nas maternidades públicas.

Outrossim, nota-se que o parto é tido como um evento médico, sendo que a mulher foi retirada do papel de protagonista, visando neste momento apenas o lucro obstétrico, o que facilita violência institucional, moral e verbal por parte do autoritarismo profissional. O planejamento das cesarianas é um modelo conveniente para os profissionais, que trocam a imprevisibilidade do parto normal pelo agendamento das cirurgias (PASCHE *et al.*, 2010).

O uso excessivo da cesariana nas últimas três décadas tem sido associado aos seguintes fatores, considerados determinantes: o maior pagamento dos honorários profissionais para a cesárea, a economia de tempo e a realização clandestina da laqueadura tubária no momento do parto.

As práticas hospitalares que atentam contra a dignidade, a integridade e liberdade da mulher tiveram um expressivo aumento com a pandemia de Covid-19, trazendo à tona muitas outras fragilidades do nosso sistema de saúde. Até o fim do mês de agosto, foram registrados 3.908.272 casos no Brasil. Para atender a uma demanda como essa, medidas emergenciais de saúde precisaram ser tomadas em todo o país, como a organização de hospitais de campanha em estádios e escolas, por exemplo.

As estratégias para diminuir a transmissão do vírus englobaram a suspensão de aulas de escolas e universidades, a paralisação do comércio em quase todo território nacional, e especialmente o isolamento e quarentena foram obrigatórios. Neste cenário, o número de mortes causadas por complicações devidas ao coronavírus no Brasil, até o mês de agosto, foi elevado: foram registrados 121.381 óbitos no Brasil.

Diante de vítimas fatais de Covid-19 no país, ressalta-se o número de gestantes identificadas. De acordo com dados divulgados pelo Ministério da Saúde no Boletim Epidemiológico Especial, entre janeiro e julho de 2020, 2.256 grávidas foram diagnosticadas com Síndrome Respiratória Aguda Grave causada por Covid-19, dentre as quais 135 vieram a óbito. Essas mortes podem ser explicadas por diversos motivos como comorbidades, fatores de risco, deficiente acesso ao pré-natal e má qualidade da atenção ao parto e nascimento.

À vista do exposto, a presente pesquisa tem como finalidade analisar e debater as questões relacionadas à assistência ao pré-natal, parto e pós-parto no Brasil. O trabalho justifica-se pela necessidade de discussão do problema em comento, contribuindo com a identificação das fragilidades do modelo de assistência vigente, especialmente a violência obstétrica, e o alto número de óbitos de grávidas por coronavírus.

1. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Diversas denominações como “violência no parto”, “abuso obstétrico”, “desrespeito e abuso”, “violência de gênero no parto e aborto” existem para expressar a violência obstétrica.

A violência obstétrica é conceituada pela Lei Orgânica sobre o Direito das Mulheres a uma Vida Livre da Violência, promulgada em 2007 na Venezuela, como a apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres por profissional de saúde, o qual confere um trato desumanizado, através, por exemplo, de abuso de medicação e patologização dos processos naturais, o que acarreta a perda, pelas mulheres, de autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seus corpos e sexualidade, o que impactará negativamente na qualidade de vida.

A prática desta violência tem como vítima a mulher e em alguns casos, seus filhos, violando diversos postulados constitucionais como dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), igualdade (art. 5º, I, CF/88) e a proteção à maternidade e à infância art. (203, I, CF/88).

As vítimas têm dificuldade de superar o trauma. “Há indícios, inclusive, que o aumento de casos de depressão pós-parto seja consequência da violência obstétrica” (SALGADO, 2012. p. 33).

Os abusos, os maus-tratos, a negligência e o desrespeito durante o parto equivalem a uma violação dos direitos humanos fundamentais das mulheres, como descrevem as normas e princípios de direitos humanos adotados internacionalmente (OMS, 2014).

A negligência ocasionada as parturientes causam frustrações, especialmente ao se deparar com atitudes de abandono ou intervenções desnecessárias, logo, o constrangimento é o primeiro sentimento enfrentado, deixando sequelas sentimentais capazes de seguir por toda a vida.

A questão mais delicada quanto à violência obstétrica consiste no fato de que muitas vezes as mulheres, vítimas desta forma de violência, não percebem a sua prática.

A gravidez é um período de modificações físicas, psíquicas e sociais na vida da mulher e de sua família, sendo considerado um fenômeno único e complexo, pois não advém somente dos cuidados prestados durante o período e sim ao contexto vivido pelos mesmos (LIMA et al., 2017).

É portanto, um evento social, que vem permeado de inúmeros e diferentes significados. Ao longo do tempo, especialmente o nascimento, vem sofrendo alterações em seus aspectos relacionados a condutas e percepções tanto em relação a paciente quanto aos profissionais que a assistem nesse momento tão importante e significativo para as mulheres (ZANARDO et al., 2017).

A OMS preconiza que a assistência ao nascimento deva ocorrer com o mínimo possível de intervenção. Assim, espera-se que a equipe de saúde no momento do parto seja capaz de resgatar a fisiologia do parto, incentivar a relação de harmonia entre os avanços tecnológicos e a qualidade das relações humanas, bem como destacar o respeito aos direitos de cidadania (WHO, 2017).

A humanização do parto pode ser a melhor opção para o combate da violência obstétrica as mulheres precisam se apoderarem do próprio corpo e serem donas de si mesmas.

As ações médicas devem ser baseadas em princípios, leis e fundamentos norteados pelo Código de Ética Médica, e devem respeitar a decisão dos pacientes e valorizar a vida. Todavia, quando os profissionais da saúde realizam procedimentos sem a expressa opinião das pacientes, com intervenções desnecessárias ao processo de parto, desrespeitam sua individualidade e as agredem com práticas que não reduzem os efeitos adversos ou

indesejáveis das ações terapêuticas, violam esses princípios, sendo muitas vezes fator predisponente para aumentar os riscos da morbimortalidade materna e neonatal.

É dever do Estado garantir a mulher, durante sua gestação e parto, o direito de exercer a sua autonomia e o respeito à sua dignidade, protegendo suas escolhas resultantes de sua autodeterminação como indivíduo e que elas sejam acatadas, sempre que as condições de saúde forem favoráveis e puderem acolher o que ela própria escolheu para o momento considerado, em geral, como um dos mais esperados da vida feminina.

1.1 As Formas de Manifestação

A conduta violenta se perfaz na prática de cesariana ou episiotomia¹ na mulher, sem consentimento; proibi-la de ser acompanhada por pessoa de sua escolha; submetê-la a procedimentos desnecessários, dolorosos ou humilhantes, tais como lavagem intestinal, realização do exame de toque repetidas vezes por mais de um profissional, impor que o parto normal ou vaginal seja feito em posição ginecológica; injetar hormônios no corpo da mulher para que o processo de parto seja acelerado; tratar a mulher gestante, parturiente, puérpera ou em situação de abortamento de forma agressiva, desrespeitosa, humilhante, zombeteira, ou em tom ameaçador, de forma que a faça se sentir constrangida ou inferiorizada constituem violência obstétrica.

O abuso físico pode ocorrer em procedimentos sem justificativa clínica e intervenções “didáticas”, como toques vaginais dolorosos e repetitivos, cesáreas e episiotomias desnecessárias, imobilização física em posições dolorosas, prática da episiotomia e outras intervenções sem anestesia, sob a crença de que a paciente “já está sentindo dor mesmo”.

Outro ponto a ser considerado é a violação ao direito à privacidade, sendo que maternidades que mantêm enfermarias de trabalho de parto coletivas, muitas vezes sem um biombo separando os leitos, e que ainda alegam falta de privacidade para justificar o desrespeito ao direito a acompanhante

As referidas condutas são comuns e acabam sendo naturalizadas no contexto hospitalar, o que torna mais difícil o enfrentamento a este tipo de violência, principalmente quando boa parte das vítimas nem chega a perceber que sofreu a violência obstétrica.

A falta de equipamentos e desigualdade de oferta de leitos obstétricos e de unidades de tratamento intensivo, por exemplo, são a causa da “peregrinação” de mulheres à procura de leito em maternidades para que possam dar à luz (MENEZES, 2006)

A violência obstétrica assume contornos diferenciados consoante com a natureza da instituição, tendo em vista que, nas instituições públicas, são mais frequentes os casos de violência física, tais como a manobra de kristeller; enquanto, nas instituições privadas,

são mais comuns as situações de agendamento de cesáreas e indução ao parto sem justificativa baseada em evidências científicas.

Por determinação da Lei nº 11.108/05, “é obrigatório que os hospitais, maternidades e assemelhados permitam a presença de um acompanhante indicado pela gestante para acompanhá-la durante o trabalho de parto, durante o parto e pós-parto, por um período por até 10 dias”. (CUNHA, 2015, p. 13).

É frequente a ausência de espaço para a manifestação de desagrado e insatisfação da usuária, ocorrendo uma ruptura no diálogo, o que dificulta a negociação sobre as decisões e o compartilhamento de responsabilidade (PEREIRA, 2004).

É forçoso constatar que a violência psicológica vai muito além de xingamentos, pode uma ação que lhe deixe constrangida, uma posição que não seja confortável, o tratamento desumano, o abandono a essa gestante. Esse tipo de violência também pode se manifestar nas omissões, como ocorre numa falta de atendimento digno a mulher em qualquer momento, no pré-natal, na hora do parto, no puerpério, e principalmente nos casos de abortamento.

As conveniências dos planos de saúde, dos serviços de saúde e dos profissionais na maioria das vezes são colocadas acima da saúde física e psicológica das mulheres e de seus filhos.

A necessidade de modificações e investimentos é motivo de resistência uma vez que o processo do termo humanização inclui desde as alterações estruturais, equipamentos e tecnologias e, principalmente, a adequação da postura e disposição dos profissionais envolvidos no processo.

2. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO CONTEXTO DA PANDEMIA DO COVID-19

Com o desenvolvimento de uma pandemia como a de Covid-19, o sistema de saúde, já debilitado, foi sobrecarregado, causando um aumento na taxa de mortalidade materna. A professora e obstetra Rossana Francisco, da Universidade de São Paulo, informou que desde o início da pandemia, já se esperava que as gestantes constituíssem um grupo de risco, pelo fato de apresentarem respostas mais graves ao vírus, devido às mudanças que ocorrem durante a gestação. Por isso, a garantia de um atendimento especializado e de qualidade seria decisivo para a saúde das mulheres grávidas que contraíssem o vírus (Jornal da USP, 2020). No entanto, o número de gestantes e puérperas mortas por complicações do Covid-19 no Brasil mostra que não foi possível oferecer o atendimento necessário. Segundo dados divulgados pelo Ministério da Saúde no Boletim Epidemiológico Especial, entre janeiro e julho de 2020, 2.256 grávidas foram diagnosticadas com Síndrome Respiratória Aguda Grave (SRAG) causada por Covid-19, dentre as quais 135 vieram a óbito.

O Brasil ocupou o primeiro lugar dentro do ranking das mortes maternas por COVID-19 até agosto de 2020 (ONU, 2020).

Nesse âmbito, cabe ressaltar, em um contexto de pandemia, para além do isolamento social, que é preciso pensar no isolamento histórico de mulheres, que vem sofrendo múltiplas violências, invisibilidades através do tempo, com raízes na produção de subjetividades assujeitadas ao modo de produção capitalista.

Existem profundas estruturas de desigualdades, o que faz a pandemia atingir as pessoas de maneiras diferentes, de modo que seus efeitos e impactos não são iguais (HINZ, 2020).

Ao considerar o aumento da violência contra as mulheres, especialmente a violência doméstica, como um dos efeitos da pandemia, corre-se o risco de privatizar um problema social. O isolamento social por si só não ocasiona a violência, mas tem a potência de colocar em evidência as vivências dessas mulheres, dando ênfase às desigualdades historicamente construídas e naturalizadas.

A violência obstétrica é uma prática indevida e abusiva, que infringe os direitos mais valiosos da mulher, que são a autonomia, liberdade, privacidade, informação, escolha e participação no processo decisório.

A pandemia da COVID-19 interfere nos direitos humanos de várias formas, em pessoas, sistemas e níveis sociais, seja pelos danos causados durante a gravidez, seja pela implementação de recomendações rigorosas de controle de isolamento e infecção, assim como pelos desequilíbrios na prestação de serviços de saúde, interrupção dos serviços essenciais de rotina e realocação de escassos profissionais de saúde.

A situação atual dos direitos humanos das mulheres no parto durante esta pandemia é um exemplo perfeito de quão pouco é necessário para os sistemas de saúde violarem os direitos das mães e de seus bebês. Além do que, mulheres grávidas enfrentam desafios específicos devido às suas responsabilidades na força de trabalho, como cuidadoras de crianças e outros membros da família, no contato com serviços de maternidade e ambientes clínicos, onde o risco de exposição à infecção é maior (HINZ, 2020).

Durante toda a gestação e o trabalho de parto as mulheres possuem direitos que devem ser respeitados pelos profissionais da saúde para que se tenha um atendimento integral e de qualidade.

A pandemia de Covid-19 trouxe problemas novos para a atenção obstétrica brasileira e, principalmente, evidenciou e agravou os problemas já existentes. As

fragilidades estruturais foram destacadas na medida em que as usuárias enfrentavam cada vez mais barreiras para ter acesso a cuidados intensivos (TAKEMOTO et. al., 2020). Fica evidente a urgência em elaborar e implementar estratégias com foco na saúde materna e neonatal, cuidados pré-natais, durante o parto e também no puerpério.

A formação dos profissionais de saúde, em especial dos médicos, tem papel estruturante no desenho atual da assistência e na resistência à mudança

Diante da grande incidência de casos de violência obstétrica no Brasil, das mais diversas formas como já mencionado anteriormente, percebe-se que esses fatos vão muito além do descaso dos profissionais e falhas na realização de procedimentos, pois estes causam um impacto psicossocial marcante na vida das mulheres.

Em âmbito global, os estudos referentes à saúde da mulher reforçam um árduo caminho para a garantia de seus direitos durante a pandemia da COVID-19. A implementação rigorosa de abordagens orientadas pela ciência pode não corresponder ao ritmo das ameaças dessa doença, devido à capacidade humana reduzida, escassez de medicamentos e suprimentos bem como aumento da demanda por serviços de saúde sexual e reprodutiva já sobrecarregado.

A violência obstétrica é negligenciada no ponto de vista penal, uma vez que não se encaixa nos tipos de lesões corporais a não há uma lei específica que puna essa violência.

A respeito das punições jurídicas ou penais, quando existem, são de difícil apuração, pois é necessária perícia para se afirmar ou não a necessidade de determinados procedimentos, além de escutar depoimentos de testemunhas que possam comprovar o que aconteceu dentro da sala de parto. Diante dessa dificuldade de comprovação dos atos de violência, deve-se investir em políticas que visem conscientizar a população e os profissionais da saúde, sobre os direitos das gestantes e os impactos que esse tipo de violência pode trazer tanto para a mãe quanto para o bebê, buscando sempre humanizar o parto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O apoio institucional como determinante e essencial para produzir mudanças nas equipes de saúde, contribuindo para modificação tanto das relações como corresponsabilizando os profissionais para mudanças nas práticas de cuidado e atenção a gestantes e puérperas.

O fato de a Violência Obstétrica ter sido reconhecida como uma violência contra a mulher não solucionou problemas como desinformação, e desinteresse por parte dos governantes e da população. Prova disso é que inexistente lei específica, para tratar de atos que configuram a Violência Obstétrica

O grande desafio na promoção destas mudanças é a desconstrução das relações autoritárias que as instituições e a medicina estabelecem com a mulher

A violência obstétrica trata-se de um conjunto de ações praticadas principalmente por profissionais de saúde, no contexto da atenção ao parto e nascimento, que ferem a integridade do binômio materno-fetal."É considerada violência obstétrica desde a enfermeira, que pede para a mulher não gritar na hora do parto normal até o médico que faz uma episiotomia indiscriminada - o corte entre o ânus e a vagina para facilitar a saída do bebê".

A violência obstétrica é uma grave questão de saúde pública no Brasil, com um número cada vez maior de relatos desta prática. O difícil acesso a um pré-natal completo e de qualidade, o insuficiente número de leitos e profissionais de saúde disponíveis nas maternidades públicas, a debilidade da educação e compartilhamento de informações tornam o parto livre de violência e interferências desnecessárias no Brasil um desafio.

Com o objetivo de indicar possíveis relações entre as fragilidades do modelo de assistência vigente, especialmente a violência obstétrica, e o alto número de óbitos de grávidas por coronavírus, busca-se, neste trabalho, evidenciar os aspectos relacionados à assistência ao pré-natal, parto e pós-parto e no Brasil.

A pandemia de Covid-19 trouxe problemas novos para a atenção obstétrica brasileira e, principalmente, evidenciou e agravou os problemas já existentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINI, Marcia. **Agravos à Saúde Decorrentes da Violência**. Dicionário Feminino da Infância. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2015, p. 28-30.

ANDRADE, Briena Padilha; AGGIO, Cristiane de Melo. **Violência Obstétrica**: a dor que cala. Anais do III Simpósio Gênero e Políticas Públicas. Universidade Federal de Londrina, 2014.

BRANDT GP, et al. **Violência obstétrica**: a verdadeira dor do parto. RGS. 2018;19(1):19-37.

BRASIL. Ministério da Saúde. Boletim Epidemiológico Especial – **Doença pelo Coronavírus COVID-19**. Semana Epidemiológica 31 (26/07 a 01/08). Brasília: [Ministério da Saúde], 2020.

CUNHA, Camila Carvalho Albuquerque. **Violência obstétrica**: uma análise sob o prisma dos direitos fundamentais. 2015. Disponível em: <https://www.bdm.unb.br/bitstream/10483/10818/1/2015_CamilaCarvalhoAlbuquerque>. Acesso em: 02 abr. 2022.

CIELLO, Cariny et. al. **Violência Obstétrica**: “Parirás com Dor”. Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência contra as Mulheres. 2012.

GOMES, Annatália Meneses de Amorim. **Da Violência Institucional à Rede Materna e Infantil**: desafios e possibilidades para efetivação dos direitos humanos e redução da mortalidade. In: BRASIL. Cadernos Humaniza SUS. Vol 4. Humanização do parto e do nascimento. Brasília: Ministério da Saúde, 2014.

HINZ K, Zubek I. **Why the COVID-19 Pandemic Needs an Intersectional Feminist Approach**. Rosa-Luxemburg-Stiftung [Internet]. Berlin: Rosa-Luxemburg-Stiftung; 2020. Disponível em: <<https://www.rosalux.de/en/news/id/42062/>>. Acesso em: 03 abr. 2020.

LIMA, Marlise de Oliveira Pimentel et al. **Sintomas depressivos na gestação e fatores associados**: estudo longitudinal. Acta paul. enferm., São Paulo , v. 30, n. 1, p. 39-46, Jan. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1982-0194201700007>>. Acesso em: 04 abr. 2022.

MARTINS, Ana Claudia Sierra; SILVA, Lélia Souza. **Perfil epidemiológico de mortalidade materna**. Revista Brasileira de Enfermagem. Brasília – DF, no 71, p. 725-731. 2018.

OLIVEIRA, L. G. S. M.; ALBUQUERQUE, A. **Violência obstétrica e direitos humanos dos pacientes**. Revista Jurídica do CEJ Centro de Estudos Judiciários. v.22, n.75: p.36-50, 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Perguntas e Respostas: Gravidez, parto e COVID-19**. 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19-pregnancy-and-childbirth>> . Acesso em: 23 abr. 2022.

ONU. Mulheres Brasil. **Gênero e covid-19 na américa latina e no caribe**: dimensões de gênero na resposta [Internet]. Brasília: ONU Mulheres Brasil; 2020. Disponível em: <

http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2020/03/ONU-MULHERES-COVID19_LAC.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2022.

PEREIRA WR. **Poder, violência e dominação simbólicas nos serviços públicos de saúde.** Texto e contexto enferm. 2004;13(3):391-400.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, Patriarcado, Violência.** São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

SALGADO, Heloisa de Oliveira. **A experiência da cesárea indesejada:** perspectivas das mulheres sobre decisões e suas implicações no parto e nascimento. 2012. Dissertação (Mestrado em Saúde Materno Infantil) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

TAKEMOTO, Maria L. S. et. al. **The tragedy of COVID-19 in Brazil:** 124 maternal deaths and counting. International Federation of Gynecology and Obstetrics, p. 1-3, 2020.

TORNQUIST, Carmen Susana. Parto e Poder: o movimento pela humanização do parto no Brasil. Tese de Doutorado em Antropologia. Universidade Federal de Santa Catarina Florianópolis, 2010.

__. Cidadania e política de gênero: um estudo teórico-crítico da ação reivindicativa das mulheres operárias em Manaus. In: ÁLVARES, Maria Luiza Miranda; SANTOS, Eunice Ferreira dos. (Orgs.). Desafios de Identidade: Espaço-Tempo de Mulher. Belém: CEJUP: GEPEM: REDOR, 1997.

WHO. Guia de Implementação da Lista de Verificação da OMS para Partos Seguros: melhorar a qualidade dos partos realizados em unidades de saúde para as mães e os recém-nascidos. [WHO safe childbirth checklist implementation guide: improving the quality of facility-based delivery

LINGUAGEM SIMPLES NO DIREITO TRIBUTÁRIO (PL Nº 6256/2019): POSSIBILIDADES DE INCLUSÃO SOCIAL

CARLOS HENRICH DE ANDRADE E SILVA:
Advogado, Servidor do Senado Federal e discente do MBA em Planejamento Tributário da UFG.

MONIZE RAMOS DO NASCIMENTO³⁹⁷

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho se propõe a descrever de forma concisa e direta os conceitos essenciais de *Linguagem Simples*, tendo como cenário o Direito Tributário brasileiro e os reflexos do "juridiquês" na inclusão social. O trabalho é realizado por meio de pesquisa qualitativa, fundamentada na análise de dados via pesquisa bibliográfica sobre o tema tratado, classificada em seus objetivos como exploratória e descritiva. Ainda, propõe-se a identificar as correlações existentes entre Linguagem Simples e o impacto dela nos processos de inclusão social no Direito Tributário brasileira, valendo-se da bibliografia atual identificada sobre a temática e fazendo um contraponto sobre a linguagem jurídica tributária tradicional.

Palavras-chave: Linguagem Simples; Direito Tributário; PL nº 6256/2019; inclusão social; inovação; poder judiciário.

ABSTRACT: The present work proposes to describe in a concise and direct way the essential concepts of Simple Language, having as a scenario the Brazilian Tax Law and the reflexes of the "legalese" in social inclusion. The work is carried out through qualitative research, based on data analysis via bibliographic research on the subject, classified in its objectives as exploratory and descriptive. Still, it is proposed to identify the existing correlations between Simple Language and its impact on the processes of social inclusion in Brazilian Tax Law, using the current bibliography identified on the subject and making a counterpoint on the traditional tax legal language.

Keywords: Simple Language; Tax law; Bill nº 6256/2019; social inclusion; innovation; judicial power.

INTRODUÇÃO

³⁹⁷ Doutoranda do programa de pós-graduação em Ciências Contábeis da Unb e professora no MBA em Planejamento Tributário UFG

O princípio constitucional brasileiro do direito ao acesso à justiça é previsto na atual Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, em seu art. 5^a, inciso XXXV, que diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988, p. 14).

Segundo Cappelletti e Garth (1988), por muito tempo o acesso à justiça brasileira significou restritamente o acesso formal do sujeito de propor ou contestar uma ação frente ao judiciário. Porém, esse entendimento se ampliou, ultrapassando o mero acesso formal para situar-se na garantia efetiva do gozo de todos os direitos básicos sociais.

Dessa senda, “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 5).

Porém, nem sempre esse acesso pode ser efetivado. “Capacidade jurídica pessoal” é o termo ao qual se referem Cappelletti e Garth (1988) para conceituar os inúmeros obstáculos enfrentados pelos indivíduos antes mesmo que um direito propriamente dito possa ser reivindicado perante o judiciário. Entre os entraves, está a complexidade da linguagem jurídica.

Chamado costumeiramente de “Juridiquês”, é caracterizado pelo “uso exagerado de jargões jurídicos ou termos técnicos utilizados de forma desnecessária” (TORRES, 2018, p. 8), se faz necessário combatê-lo e esse combate é fundamental para a efetiva inclusão social e garantia do acesso à justiça, principalmente para aqueles que historicamente não dispuseram da oportunidade de acesso à educação formal, tampouco de acesso à educação jurídica.

Segundo Torres (2018, pp.8-9),

“O juridiquês é a burocratização do entendimento jurídico que tem sido impulsionado pela complexidade e obscuridade da linguagem nos textos e diálogos forenses. O excesso de jargões técnicos, o rebuscamento da linguagem, a incompreensão empregada, a obscuridade da língua e a falta de objetividade, faz com que a linguagem forense por vezes seja incompreensível por aqueles que dela fazem uso.” (TORRES, 2018, pp.8-9)

No Brasil o surgimento do juridiquês remonta ao período colonial, quando os pais abastados enviavam seus filhos para estudar Direito na Europa, retornando como Bacharéis e já se utilizando de uma linguagem rebuscada. A condição financeira privilegiada, somado

a esse glamour linguístico importado, dava uma ampla vantagem profissional e social, possibilitando terem acesso às posições mais importantes no mercado de trabalho, como, bons cargos públicos, administradores de empresas importantes, além de serem alçados como formadores de opinião. Essa condição gerava admiração do cidadão comum à época.

O Direito brasileiro tem como fonte e base originária o Direito Romano, que por sua vez era coberto de rituais solenes e linguagem complexa, onde cada palavra era cuidadosamente escolhida durante os julgamentos, já que uma frase mal colocada poderia pôr tudo a perder. O Direito Romano já passou a experimentar esse modelo de vocabulário próprio a partir de 753 a.c com a fundação da cidade de Roma, sendo a primeira linguagem técnica a surgir no mundo.

Oswaldo Antônio Furlan diz que: “Ademais foi em latim que os romanos elaboraram o magistral código jurídico, cujas categorias fundamentam o direito moderno, que ainda exprime em latim inúmeros conceitos, normas e princípios jurídicos” (Furlan, 2006, p.16). Porém a questão é que o latim não é um idioma conhecido de esmagadora parcela da população mundial, o que mantém uma lacuna ainda maior entre o acesso à justiça e a população.

Há 600 anos o Rei da Inglaterra Eduardo III já exigia que seus advogados escrevessem com uma linguagem que fosse compreendida pela população, o que demonstra que essa já era uma preocupação naquela época e serve como parâmetro para demonstrar o quanto o Brasil está atrasado nesse sentido.

Neste artigo o objetivo é discorrer sobre a necessidade e as possibilidades de se adotar a Linguagem Simples em âmbito jurídico. Especificamente em relação ao Direito Tributário, esse é um ramo pertencente ao direito público, uma área que se relaciona diretamente com todos os cidadãos comuns, demasiadamente próxima dos setores mais populares da sociedade, sendo a tributação uma questão que gera muitas dúvidas por grande parte da população brasileira.

A pesquisa tem como pressuposto demonstrar a viabilidade de se adotar a linguagem simples tanto na elaboração de textos e normas jurídicas, como também nos diálogos entre operadores do Direito e a população em geral, com enfoque no ramo do Direito Tributário, com uma linguagem acessível, clara, simples e objetiva, capaz de ser compreendida tanto por um operador do Direito, como também pelo cidadão comum sem formação jurídica específica ou mesmo sem qualquer outra formação formal, pois é inaceitável que o próprio ordenamento jurídico, e suas escolhas linguísticas, constitua um empecilho à efetivação do direito fundamental de acesso à justiça.

De maneira específica, busca-se apresentar os conceitos de Linguagem Simples, refletir os desafios do Direito Tributário quanto ao juridiquês e discorrer sobre as possibilidades de aplicação da Linguagem Simples nesse ramo jurídico especificamente. A metodologia utilizada para esta análise foi a pesquisa bibliográfica e qualitativa, classificada em seus objetivos como exploratória e descritiva.

Ressalta-se neste trabalho que a atividade jurídica tem como foco os cidadãos e deve permear todos os setores e camadas sociais da sociedade, a linguagem por sua vez, sendo essa jurídica ou não, tem como objetivo comunicar algo, devendo, portanto, se fazer inteligível às pessoas comuns que precisam ter seu acesso à justiça garantido, bem como efetivar seus deveres.

1. O QUE É LINGUAGEM SIMPLES?

1.1 Histórico

De acordo com Pires (2021), o movimento de Linguagem Simples se constituiu nos Estados Unidos, onde o termo é *Plain Language*, em meados dos anos 1940. Já naquele contexto:

“O movimento defende o direito de cidadãos e consumidores compreenderem as informações que orientam o cotidiano. Prega o uso de um estilo de escrita simples, direto e objetivo como alternativa à linguagem técnica e burocrática, desnecessariamente complicada, de organizações e governos” (PIRES, 2021, p. 78).

O movimento pela linguagem simples ganhou maior relevância no cenário político estadunidense a partir da década de 1970, fazendo parte do discurso do poder público já nos anos 1972, quando o então à época presidente Nixon impôs que os documentos públicos fossem redigidos por pessoas leigas (DRATOVISKY, 2020).

A reivindicação por uma linguagem simples nos setores públicos ganhou força entre os setores governamentais, e em 2010, o governo de Barack Obama instituiu o *Plain Language Act*, estabelecendo que todos os órgãos públicos federais passavam a ficar obrigados a elaborar documentos valendo-se de uma linguagem simples e acessível (DRATOVISKY, 2020).

O movimento por uma linguagem simples está presente em outros países também, como no Canadá, cujo poder público na década de 1970 também demandou uma mudança no modo como os documentos públicos eram redigidos, em termos técnicos e de difícil

apreensão. De lá para cá várias iniciativas nesse sentido foram admitidas em diversas áreas, como saúde, previdência e economia (DRATOVISKY, 2020).

Ressalta-se que nesses países não apenas os setores governamentais têm sentido a necessidade de reformulação na sua relação com a linguagem, mas também a produção científica de modo geral. Segundo Shailes (2017), cada vez mais um número crescente de periódicos científicos e autores têm buscado se utilizar de uma linguagem simples para divulgarem suas descobertas, abordando diversos temas e fazê-los chegar com precisão e efetividade aos mais diferentes públicos. Para tanto, se valem de estratégias e recursos como a inclusão de resumos para leigos, sumários, quadro de significados contendo palavras e termos desconhecidos.

O objetivo de qualquer publicação científica deve ser o de informar toda a sociedade, em termos acessíveis, por isso é necessário se atentar em sintonizar a linguagem, conteúdo e estilo dos textos aos diferentes contextos sociais e níveis de educação científica. *Frontiers for Young Minds*, por exemplo, um periódico voltado à educação infantil, e dirigido a crianças e adolescentes com idade entre 8 e 15 anos, desde 2013 vem adotando a estratégia de fazer com que as crianças revisem as publicações científicas publicadas em seus editoriais, em parceria com pesquisadores da revista (SHAILES, 2017).

Dessa forma, fornece um importante instrumento para que os seus colaboradores se tornem também melhores comunicadores. Outro exemplo é a *Annals of the Rheumatic Diseases*, que passou a produzir resumos redigidos pelos próprios pacientes participantes de pesquisas publicadas em artigos selecionados desde 2013 (SHAILES, 2017).

O Movimento Linguagem Simples chega na América Latina na década de 2000. No Brasil, um debate ainda que incipiente surgiu no ano de 2005, por meio da Campanha Nacional pela Simplificação da Linguagem Jurídica pela Associação dos Magistrados Brasileiros. De acordo com Dratovisky (2020), daí para cá, a questão tem ganhado notoriedade nos setores públicos, e em 2011 o conceito de Linguagem Simples foi incorporado à Lei de Acesso à Informação, de maneira indireta. Ainda, segundo a autora:

“O primeiro ato normativo brasileiro de que temos notícia que fala diretamente sobre a necessidade de implementar a linguagem simples no setor público é o Decreto municipal de São Paulo nº 59.067 de 11 de novembro de 2019, que institui o Programa Municipal de Linguagem Simples e a Lei municipal de São Paulo nº 17.316 de 6 de março de 2020.” (DRATOVISKY, 2020, p. 11).

Cabe dizer que, no Brasil, a necessidade da Linguagem Simples está muito associada às profundas desigualdades sociais enfrentadas por sua população, que se traduzem também em baixos níveis de escolarização (AMARAL, 2022).

A despeito da sua importância, a Linguagem Simples ainda costuma ser pouco discutida entre os setores da administração pública e também entre o meio acadêmico brasileiro. São poucas as pesquisas que se dedicam a utilizar-se não apenas do conceito, mas principalmente de sua aplicação prática.

1.2 Conceitos

Inicialmente, para o enfrentamento do problema proposto neste trabalho, é fundamental conceituar o que é *Linguagem Simples*. Segundo Fischer (2018, 2019 e 2020), a *Linguagem Simples* é:

*"uma **técnica de comunicação e uma causa social** que surgiu no Reino Unido e nos Estados Unidos nos anos 1940. Hoje, está presente em mais de trinta países, em diversos idiomas. Em inglês, chama-se Plain Language. Como técnica de comunicação, o objetivo da Linguagem Simples **é tornar textos e documentos mais fáceis de ler**. A pessoa consegue localizar rápido a informação, entendê-la e usá-la. Como **causa social, defende o direito de entender as informações que orientam o nosso dia a dia. É considerada um direito civil.**" (Grifo nosso).*

Segundo apresenta Pires (2021), Linguagem Simples é a tradução para o termo inglês *Plain Language*, e consiste num conjunto de práticas que visam facilitar a leitura ou compreensão de determinado texto. Ainda, de acordo com a autora supracitada:

"Não existe uma definição canônica de linguagem clara, nem de suas regras de uso. É mais comum apresentar a linguagem clara em contraponto ao que ela não é. Ou seja, em oposição a textos complexos que exigem grande esforço de leitura e tendem a confundir os leitores, como em documentos de governos e empresas. A linguagem da burocracia, desnecessariamente floreada, repleta de termos técnicos e jargão, obscura e difícil de entender, chegou a inspirar a gíria "obscuranto"." (PIRES, 2017, p.10).

Dentro dessa acepção, uma linguagem é considerada simples, ou clara, quando é capaz de atingir diferentes públicos, de maneira que todos compreendam com facilidade

a informação e consiga utilizá-la com fins efetivos. Significa colocar o leitor, seja ele de um texto, de uma imagem, ou ainda um ouvinte, no centro da mensagem.

O objetivo central da *Linguagem Simples* é ser uma área que promova um canal de comunicação em que quando ao ler um documento jurídico, por exemplo, a pessoa consiga entender o conteúdo de forma fácil, sem precisar relê-lo várias vezes ou necessitar de auxílio de outrem para compreendê-lo. (FISCHER, 2018).

Não obstante, Amaral (2022) ressalta que pautar uma Linguagem Simples não se confunde com algo mal elaborado ou sem técnica. Quem se comunica, assim o faz para se fazer entendido pelo outro, ou por vários outros. Daí que a linguagem utilizada deve se adaptar à realidade dos brasileiros.

"[...] não é sinônimo de uma linguagem monótona e sombria, mas sim algo que é interessante de se ler. Esse objetivo pode ser alcançado com a escolha de palavras interessantes, que expressem uma ideia de maneira simples e direta, evitando usar termos sofisticados e arcaicos que significam exatamente a mesma coisa." (AMARAL, 2022, p. 12).

Em relação ao Direito, ainda conforme a autora supracitada, a Linguagem Simples em nada tem a ver com o abandono da norma jurídica, ou a desvalorização do seu caráter científico. Refere-se, por outro lado, a buscar uma harmonia entre os termos técnicos e o bom uso da língua portuguesa, com intuito de efetivar direitos e promover o acesso à justiça.

"É preciso, portanto, ser capaz de separar o conhecimento técnico e torná-lo mais claro e simples para o interlocutor. Além de uma melhor compreensão da comunicação pelo outro, a linguagem simplificada traz uma enorme autonomia e percepção de cidadania, pois quando o indivíduo lê e entende um documento, sem precisar ligar para pedir mais explicações, preenche um formulário de forma correta e cumpre a lei, tende a diminuir o número de litígios levados ao Poder Judiciário." (AMARAL, 2022, p. 13).

Dessa forma, a Linguagem Simples em contexto jurídico revela-se um instrumento de promoção à cidadania, de maneira a contribuir não só para a compreensão de como funciona o Poder Judiciário, mas também para o andamento e a efetividade dos processos, considerando as variadas demandas jurídicas que versam sobre os interesses da população, com as questões previdenciárias, e também tributárias.

Já existem iniciativas relevantes no poder judiciário, como o Guia de Linguagem Simples, lançado no último dia 21/07/2022 pelo Conselho de Inovação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (INOVAJUS). A presidente Desembargadora Gisele Anne Vieira Azambuja afirma que, "Queremos e precisamos que o jurisdicionado leia as nossas decisões e as entendam, de forma inclusiva. Esperamos que o Guia contribua para uma jurisdição mais simples". Essa medida busca desmistificar a forma como a população enxerga o judiciário e também influencia as casas legislativas por todo Brasil, responsáveis pela criação das Leis.

1.3 Projeto de Lei 6.256/2019 - Política Nacional de Linguagem Simples

A Linguagem Simples tem ganhado maior relevância nos poderes federativos do país atualmente. Para implementá-la de maneira efetiva, desde 2019 tramita sob regime de urgência no Poder Legislativo o Projeto de Lei n. 6.256, apresentado pelos Deputados Erika Kokay - PT/DF, Pedro Augusto Bezerra - PTB/CE, em 03 de dezembro daquele ano, e que institui a **Política Nacional de Linguagem Simples nos órgãos e entidades da administração pública direta e indireta**. Seu objetivo é instituir a obrigatoriedade de os poderes administrativos transmitirem informações de modo simples, tornando fácil e acessível os atos concretizados.

A proposta parte da premissa de que ao se elaborar qualquer texto, emitir decisões ou comunicações públicas, deve-se considerar que nem todos têm as mesmas oportunidades e os mesmos níveis de conhecimento na sociedade. Deve-se, portanto, atentar também ao cidadão leigo, que precisa ter acesso a informação e aos serviços públicos como qualquer outro.

Em seu art. 4^a por exemplo, admite-se que os órgãos públicos possam alterar atos com intuito de substituir termos e palavras por outras comuns, além de se incorporar recursos não textuais, como gráficos, vídeos, animações, de maneira a deixar o documento acessível para todos, até mesmo para aqueles que não dominam formalmente as letras (AMARAL, 2022).

Porém, de um outro lado da arena política, a proposta da obrigatoriedade da Linguagem Simples tem enfrentado oposição na Câmara. Conforme nos informa Amaral (2022, p. 23):

"Em julho de 2021, o deputado relator, Vicentinho, afirmou em seu voto que já existia legislação específica voltada ao tema abordado, a Lei de Acesso à Informação, e, portanto, não haveria necessidade de edição de uma lei avulsa que tivesse o mesmo propósito. Em razão disso, ele ofereceu um substitutivo ao PL, com o intuito de apenas

inserir as regras planejadas pelos autores na referida lei, diante da evidente pertinência de seu objeto com o do PL n.º 6.256/2019.”
(AMARAL, 2022, p.23)

Em ocasião posterior, no substitutivo apreciado em dezembro de 2021, o relator já demonstrou posicionamento favorável à proposta, alegando a importância da medida para a compreensão de informações e acesso à justiça. Desde sua apresentação, o projeto já foi retirado de pautas várias vezes, porém, neste ano de 2022, no dia 24 de maio mais precisamente, em uma reunião deliberativa extraordinária a matéria passou a ser discutida novamente (AMARAL, 2022).

No site da Câmara Legislativa aparece que a proposta está aguardando a designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, e será analisada em caráter conclusivo.

Por pressão do Partido Novo, foi incluído um artigo que desobriga municípios de até 50 mil habitantes a adotarem a medida, por eventuais aumentos de gastos. Entre os pontos de relevância dessa proposta, Amaral (2022) destaca que ela explora todas, e não apenas algumas, das técnicas a serem admitida em Linguagem Simples, entre as quais estão a redação de frases curtas, utilizar de recursos como quadros, tabelas, gráficos, listas, que traduzam as informações de maneira que elas façam sentido para os leitores.

2.A COMPLEXIDADE DO DIREITO TRIBUTÁRIO

2.1 Definições de Direito Tributário

Segundo o doutrinador Carvalho (2005, p. 15), o Direito Tributário é o ramo didaticamente autônomo do direito, integrado pelo conjunto das proposições jurídico-normativas que dizem respeito direta ou indiretamente à cobrança e fiscalização de tributos.

Para Cassone (2018), o Direito Tributário é parte do direito financeiro que se ocupa das relações jurídicas entre o Estado (fisco) e os particulares (contribuintes), quanto à instituição, arrecadação, fiscalização e extinção do tributo. É autônomo, porque é regido por normas e princípios próprios.

Adamy (2012) entende o Direito Tributário como instrumento, que não tem um objetivo nele próprio, mas atua como instrumento com finalidade de efetivar outros objetivos, "ou amealhar recursos para o Estado, ou induzir comportamentos considerados desejáveis para a consecução de finalidades estatais diversas da arrecadação" (ADAMY, 2012, p. 305).

Harada (2020), por sua vez, conceitua Direito Tributário da seguinte forma:

“o direito que disciplina o processo de retirada compulsória, pelo Estado, da parcela de riquezas de seus súditos, mediante a observância dos princípios reveladores do Estado de Direito. É a disciplina jurídica que estuda as relações entre o fisco e o contribuinte” (HARADA, 2020, p. 172).

Assim, resume Sabbag (2009, p. 3) que o Direito Tributário é o ramo autônomo da Ciência Jurídica, associado ao direito público, *“concentrando o plexo de relações jurídicas que imantam o elo “Estado versus contribuinte”, na atividade financeira do Estado, quanto à instituição, fiscalização e arrecadação de tributos”*.

Dessa forma, compreende-se o Direito Tributário como o ramo jurídico que regulamenta as relações intersubjetivas no que concerne aos deveres tributários, através dos quais o Estado consegue manter também sua gestão sobre o território nacional.

De um lado está a parte cobradora, o poder público estatal, de outro, o contribuinte, pessoas naturais ou jurídicas. O objetivo é a obrigação em si, ela pode ser tanto a obrigação de dar, de cunho patrimonial – no caso, dinheiro aos cofres públicos, ou a obrigação de executar ou não, de cunho instrumental – no caso de Declarações de Imposto, notas fiscais etc (SABBAG, 2009).

Ressalta-se, dessa forma, que a função do Direito Tributário no ordenamento jurídico restringe-se à relação entre a definição dos tributos e sua cobrança, não adentrando à questão de como esses recursos serão redistribuídos.

2.2 Dificuldades e Complexidades

Entender as exigências das Leis Tributárias constitui um dos grandes desafios para a sociedade e, inclusive, prejudica que os deveres sociais sejam cumpridos de forma efetiva. Além de toda formalidade que permeia os espaços jurídicos, e dos processos complexos como inscrição em cadastros, auditorias, declarações, pesa também a complexidade dos termos técnicos e da linguagem normativa de que se vale esse ramo jurídico.

De acordo com Coelho (2016), ao cidadão comum, na maior parte das vezes, sem qualquer conhecimento jurídico básico, ou mesmo sem acesso a qualquer outro tipo de formação ou educação formal, interpreta a legislação pela própria sorte. Ademais, no tocante ao empreendedor especificamente, esse contribuinte não dispõe de orientação clara do fisco e acaba tendo de calcular sozinho os valores dos impostos e assumir os riscos dos erros de interpretação.

Aqui vale ressaltar ainda que estamos falando de uma sociedade em que 11 milhões de brasileiros não sabem nem sequer ler, de acordo com dados do IBGE (2019). Entre essas pessoas, falta-lhes não apenas o domínio formal das letras, como também em muitos casos o conhecimento sobre a dinâmica de funcionamento das instituições jurídicas do país.

Aliás, esse é um problema que atinge a sociedade de forma geral, haja vista que os indivíduos apresentam pouco ou nenhum conhecimento jurídico básico, não apenas no que diz respeito a ajuizar uma demanda, mas também em reconhecer a própria existência de seus direitos e de efetivar seus deveres perante ao Estado.

Essas dificuldades acabam por vezes afastando os cidadãos, principalmente aqueles das camadas econômicas menos favorecidas, que se veem oprimidos pelos procedimentos complicados, os formalismos e difícil entendimento dos termos jurídicos.

Em pesquisa realizada, Feital (2018) ainda afirma que não só a legislação em si, como também a literatura especializada – chamada de doutrina – em Direito Tributário se vale de categorias pouco clarificadas para tratar do contribuinte, que em verdade não correspondem com o sujeito constitucional, ou seja, aqueles que têm direitos e devem obrigações ao Estado, e conseqüentemente, quem deve ser tutelado pela normativa em voga.

Ainda, segundo esse autor, o Direito Tributário emerge em defesa do cidadão contra os ataques da Receita Federal, e sua função primordial é garantir a própria existência do Estado. Portanto, trata-se de um ramo, e de uma disciplina, diretamente relacionada com a cidadania e com a proteção dos direitos dos cidadãos comuns, ao passo que tal dimensão é muito pouco explorada quando tratamos do Direito Tributário (FEITAL, 2018).

O enfoque principal tem sido no elemento burocrático, baseado num conjunto de normas e termos de difícil acesso, tornando o Direito Tributário vazio de sentido, principalmente entre os contribuintes menos abastados, ao mesmo tempo em que esses são desproporcionalmente onerados (FEITAL, 2018). Ao se determinar quem compreende sua linguagem e se apropria dela de maneira qualificada, determina-se também quem de fato será ou não tutelado.

Para que se efetive a verdadeira inclusão social, o acesso amplo à justiça e às condições necessárias ao cumprimento dos direitos e dos deveres sociais, faz-se necessário tornar a linguagem jurídica mais simples e de fácil acesso neste ramo do direito, considerando os diferentes contextos sociais e níveis educacionais existentes na sociedade brasileira.

3. A APLICAÇÃO DA LINGUAGEM SIMPLES NO DIREITO TRIBUTÁRIO: POSSIBILIDADES E DESAFIOS

Na área do Direito a linguagem, falada ou escrita, assume um lugar determinante, pois não atua somente como língua, mas como discurso. Por meio dela se transmite a ideia que se deseja defender, argumenta-se sobre a jurisdição, contrapõe argumentos, busca-se persuadir, debater, julgar e legislar condutas, e além disso, o mais importante talvez, eleva à forma de conhecimento as informações relativas aos direitos sociais das pessoas. Para Guimarães (2012, p. 175):

“O Direito e seus operadores não falam só para si. Falam para uma audiência mais ampla, a sociedade. Por isso, utilizam uma linguagem pública, que deve ser acessível a todos. O domínio da linguagem jurídica apenas por um grupo é um fato de posse. Entretanto, ela não é fixa, evolui, é prática. Ela está a serviço do Direito. Se o Direito é para todos, sua linguagem também.” GUIMARÃES (2012, p. 175).

É importante acrescentar às diversas reformas tributárias a necessidade de se democratizar o ramo do Direito Tributário, incorporando a obrigatoriedade de se adotar uma linguagem simples e de fácil acesso aos contribuintes, ampliando aqui também esse conceito, de maneira que abarque os diferentes contextos e realidades dos brasileiros.

Enquanto os termos e as regras governamentais não se fazerem ser entendidos pela população de forma geral, incluídas aqui as empresas, o que ocorre é um maior gasto de tempo e de recursos para que se faça efetivar seus objetivos. Simplificar a linguagem jurídica quer dizer traduzi-la de maneira a fazer sentido para os usuários dos serviços. Por isso, importa também revisitar termos técnicos, admitindo-se as possibilidades de estratégias linguísticas.

Outras estratégias, ainda, envolvem recursos audiovisuais e uso de imagens. Nesse sentido, destaca-se o *Legal Design*, prática que combina Design e Direito. Trata-se de se aplicar os recursos de design, com foco nos cidadãos, aos serviços jurídicos de maneira a torná-lo acessível, democrático e funcional. Ou seja, não diz respeito a apenas incorporar documentos com base em desenhos esteticamente bonitos, é preciso que esses façam sentido, além de considerar também a formatação, o tamanho das fontes, bem como a organização estratégica de cada informação desenhada. Embora não necessite de tecnologias, o uso dessas pode potencializar os resultados (GONZAGA, 2022).

Dentro do *Legal Design* existe um campo denominado de *Visual Law* (direito visual), subárea que se vale dos recursos visuais para transmitir a mensagem de maneira clara. Utiliza-se de vídeos, mapas, ícones, gráficos (GONZAGA, 2022). O *Visual Law* pode ser de

ampla validade para a área do Direito Tributário e são instrumentos que fazem parte da proposta e essência da Linguagem Simples.

Um exemplo foi a iniciativa recente da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGNF) em lançar um novo modelo de carta de cobrança aos devedores da União, utilizando-se de técnicas de linguagem clara, simples e acessível, além do uso de imagens como recursos do Visual Law. Por meio do design, foram evidenciados desde os procedimentos para pagamento, bem como aqueles de negociação das dívidas (NUNES; ALMEIDA, 2022).

Os desafios são muitos e inúmeras tentativas já foram tentadas, como:

A Campanha Nacional pela Simplificação da Linguagem Jurídica, com a cartilha "*O Judiciário ao alcance de todos - Noções de burocratês*", em 2005, uma iniciativa da Associação dos Magistrados Brasileiros, mas o projeto fracassou.

O Senado Federal lançou em 2010 em seu portal na internet, uma área com reportagens exclusivas para explicar ao público de maneira mais acessível o que cada projeto de Lei em votação significa, ou seja, uma tradução do seu conteúdo.

A Lei de Acesso à Informação, de 2011, diz no artigo quinto que "*é dever do Estado garantir o direito de acesso à informação (...) em linguagem de fácil compreensão*".

No entanto, temos muito que avançar no Direito Tributário, já que esse reflete na vida de todos os cidadãos, sem exceção e por esse motivo requer atenção especial, a começar pelas faculdades brasileiras que necessitam incluir a Linguagem Simples em suas grades curriculares do curso de Direito; Os Tribunais de Justiça de todo país precisam adotar medidas como a adotada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que foi citada logo acima; A Ordem dos Advogados do Brasil precisam incluir esse tema como uma prioridade nos debates da categoria e por fim, o Congresso Nacional precisa dar o exemplo e passar a adotar a Linguagem Simples em todas a legislação criada.

Mas o maior desafio foi apresentado no Inaf (Indicador de Analfabetismo Funcional) em 2016, por meio da pesquisa realizada pelo Instituto Paulo Montenegro e a ONG Ação Educativa, que nos demonstrou que o Brasil tem 27% de analfabetos funcionais e que apenas 8% da população consegue ler e interpretar bem qualquer texto. Isso demonstra que temos problemas estruturais para serem vencidos, que são barreiras reais para a implantação da Linguagem Simples em áreas como o Direito Tributário.

CONCLUSÃO

Por meio de estudo bibliográfico e exploratório, chegou-se a alguns pontos neste trabalho que merecem ser destacados. Primeiramente, o *juridiquês* está presente em todos os ramos do Direito, nos textos jurídicos, ajuizamento de processos, em diálogos, nas decisões, nos julgamentos, e também nas consultas jurídicas. O uso de termos técnicos se faz necessário para os operadores do Direito, todavia, é importante buscar recursos para esclarecê-los, tornando essa linguagem técnica ampla, simples e acessível aos seus usuários.

Em segundo lugar, a Linguagem Simples se apresenta como uma ferramenta relevante à democratização e garantia do acesso à justiça, pois seu foco está no contexto social e nas habilidades do público a quem a mensagem é destinada, atentando-se para a escolha das palavras e às formas de linguagem, fazendo com que o leitor consiga interpretar com facilidade e clareza o que determinada informação quer passar. Trata-se de transmitir uma determinada ideia de maneira fácil e objetiva, e isso jamais pode se confundir com ausência de técnica ou com uma linguagem reduzida, em que se desconsidera a fundamentação e o conteúdo jurídico.

Entende-se que mesmo existindo atualmente muitas discussões direcionadas à questão da simplificação dos termos técnicos jurídicos, de maneira a repensar a relação entre Direito, especialmente o Direito Tributário, linguagem e acesso à justiça, se faz necessário chamar a atenção da sociedade para a relevância e importância de um profunda no debate do PL nº 6256/2019, já que as casas legislativas formam o cenário apropriado para discussões com tamanha relevância e impacto social. Nesse sentido, estratégias como o Legal Design e Visual Law merecem ser apreciadas como possibilidades de oferecer aos usuários do Direito Tributário uma nova e satisfatória experiência.

Por fim, o avanço da tecnologia e a necessidade constante de aperfeiçoamento das ferramentas para se adaptarem a essa evolução, dão urgência para que seja lançado um olhar mais profundo sobre esse tema, haja vista que o Direito Tributário está diretamente relacionado ao exercício pleno da cidadania.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMY, Pedro. Instrumentalização do Direito Tributário. In: ÁVILA, Humberto (Org). **Fundamentos do Direito Tributário**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

AMARAL, Julia Barreto Cavalcante do. **A relevância da aplicação da linguagem simples na legislação brasileira**. 2022. 36f. Trabalho do Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Brasília, 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. Disponível

em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 10 jul. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CASSONE, Vittório. **Direito tributário**. 28ª. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

COELHO, Isaias. **O que podemos fazer para acabar com a complexidade tributária**. São Paulo, 03 ago. 2016. Disponível em: <https://endeavor.org.br/financas/complexidade-tributaria-empendedor/>. Acesso em: 12 jul. 2022.

DRATOVISKY, Luana de Barros. **Como simplificar a linguagem do setor público? O caso do Programa Municipal de Linguagem Simples da Prefeitura de São Paulo**. 2020. 48f. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-Graduação em Gestão Pública) – INSPER, Programa Avançado em Gestão Pública, São Paulo, 2020.

FEITAL, Thiago Álvares. **Como a linguagem do direito tributário o torna pouco democrático**. São Paulo, 31 mai. 2018. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/academico/2018/05/31/Como-a-linguagem-do-direito-tribut%C3%A1rio-o-torna-pouco-democr%C3%A1tico>. Acesso em: 10 jul. 2022.

FISCHER, Heloisa. **Clareza em textos de e-gov, uma questão de cidadania**. Rio de Janeiro: Com Clareza, 2018. Edição impressa esgotada

GONZAGA, Luis Aurelio Aceta. **Legal design e Visual Law: ferramentas de acesso à justiça**. 2022. 23f. Trabalho de Curso II (Bacharelado em Direito) – PUC – Goiás, 2022.

GUIMARÃES, Luciana Helena Palermo de Almeida. A simplificação da linguagem jurídica como instrumento fundamental de acesso à justiça. **Publ. UEPG Ci. Hum., Ci. Soc. Apl., Ling., Letras e Artes**, Ponta Grossa, v.20, n.2, p. 173-184, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://www.revistas2.uepg.br/index.php/humanas>. Acesso em: 10 jul. 2022.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 29ª. ed. São Paulo: 2020.

IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). Conheça o Brasil > População > Educação. **IBGEeduca**, 2019. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18317-educacao.html>. Acesso em: 12 jul. 2022.

NUNE, Dierle; ALMEIDA, Catharina. Visual Law na nova carta de cobrança da PGFN. **Revista Consultor Jurídico**, 15 jun. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-15/nunes-almeida-visual-law-carta-cobranca-pgf-n>. Acesso em: 10 jul. 2022.

PIRES, Heloisa Fischer de Medeiros. **Clareza em textos de e-gov, uma questão de cidadania**. 2017. 65f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Cultura do Consumo) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://comclareza.files.wordpress.com/2018/02/tcc-de-especializaccca7acc83o-heloi-sa-fischer.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022.

_____. **Impactos da Linguagem Simples na compreensibilidade da informação em governo eletrônico: o caso de um benefício do INSS**. 2021. 263f. Dissertação (Mestrado em Design) – PUC, Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/53277/53277.PDF>. Acesso em: 20 jun. 2022.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SHAILES, Sarah. **Resumos de pesquisa em linguagem simples**: algo para todos.

SciELO em Perspectiva, 18 de abril de 2017.

TORRES, Isabelle Christine Soares. **Linguagem jurídica**: juridiquês como barreira à compreensão e acesso à justiça. 2018. 26f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA, Caruaru, 2018. Disponível em: <http://repositorio.asc.es.edu.br/bitstream/123456789/1586/1/ARTIGO%20FINAL%20URIDIQU%c3%8aS%20PDF%20.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022.

A JUSTIÇA DESPORTIVA COMO MEDIADORA DE CONFLITOS NO MOVIMENTO ESPORTIVO – O PAPEL DA CORTE DESPORTIVA BRASILEIRA PARA ALÉM DA LITERALIDADE DO ARTIGO 217 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

FERNANDA CRISTINA SANTOS SOARES:

Advogada desportiva. Internacionalista. Especialista em Negócios no Esporte e Direito Desportivo. Especialista em Direito, Logística e Negócios Internacionais. Mestranda em Direito Desportivo. Procuradora no Tribunal de Justiça Desportiva de Minas Gerais.

PAULO SÉRGIO FEUZ³⁹⁸

ANDREI KAMPFF³⁹⁹

(coautores)

1.Introdução

Poderia a Justiça Desportiva atuar para além das atribuições que o artigo 217 da Constituição Federal a conferiu? Por meio da análise de um caso concreto – a crise institucional pela qual passa a Confederação Brasileira de Futebol em 2021 – este artigo tem o condão de responder a este questionamento.

Faz-se uma análise legal, normativa e filosófica do papel da corte desportiva brasileira para propor uma reflexão sobre a contribuição do tribunal no processo de resolução de conflitos dentro do movimento esportivo.

398 Doutor em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2010) e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). Especialista em Direito Empresarial (1996) e Graduado em Direito (1993) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor titular e coordenador do Curso de Direito das Faculdades Integradas Rio Branco; Coordenador do Núcleo de Pesquisa da Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito Desportivo da PUC/SP, Diretor Jurídico da Federação Paulista de Futebol.

399 Jornalista formado pela PUC-RS e advogado pela UFRGS-RS. Trabalha com esporte há 25 anos, tendo participado dos principais eventos esportivos do mundo. Sócio na Gelson Ferrareze Advogados Associados, é pós-graduado em Direito Esportivo, mestrando em Direito e conselheiro do Instituto Ibero-Americano de Direito Esportivo. É autor do livro “#Prass38”.

O papel dos tribunais desportivos brasileiros é, de fato, limitado à análise de lides relativas à disciplina e às competições desportivas? É possível ir além desse enquadramento desde que o fim de proteger o esporte e a competição desportiva esteja contemplado?

Como forma de contribuir para este debate, o presente artigo parte de uma premissa: a razão de ser da justiça desportiva é a proteção do bem jurídico esporte e a competição desportiva.

O referido artigo 217 da Constituição Federal, que atribui à justiça desportiva a competência de julgar ações que versem sobre disciplina e competições desportivas, é claro no § 1º ao delimitar seu escopo de atuação. E qual seria o objetivo de atribuir à uma estrutura jurisdicional tal competência se não o de proteger a instituição esporte e a competição desportiva? O cerne, a essência, a razão de ser da justiça desportiva é o esporte e a competição desportiva.

O Código Brasileiro de Justiça Desportiva⁴⁰⁰ (“CBJD”) nos lembra do cerne da justiça desportiva em diversas ocasiões; uma leitura sistemática do código não nos permite esquecer. Inicia na listagem dos princípios a serem observados na interpretação e aplicação das normas ali contidas, já no artigo 2º. Os incisos XVII e XVIII referem-se, respectivamente, ao *pro competitione* (prevalência, continuidade e estabilidade das competições esportivas)⁴⁰¹ e ao *fair play*.

Passa pela regulamentação da prova testemunhal no artigo 63, que no § 1º prevê que “a testemunha assumirá o compromisso de bem servir ao desporto” e no § 2º permite que o tribunal ouça testemunha incapaz, impedida ou suspeita somente quando “o interesse do desporto o exigir”.

Continua o CBJD a nos lembrar do cerne da justiça desportiva no seu artigo 111, que prevê que as sanções de suspensão, desfiliação ou desvinculação somente serão aplicadas após decisão definitiva da Justiça Desportiva “com o objetivo de manter a ordem desportiva”. É, aliás, o mesmo ditame da Lei Geral do Desporto (Lei 6.915/1998) no seu

400 Destaca-se que o CBJD é uma norma *sui generis*. Trata-se de uma resolução do CNE, portanto de caráter administrativo, mas considerado como regramento estatal de status hierárquico infralegal, voltado à regulação de atividades públicas não estatais.

401 Álvaro Melo Filho, citando Javier R. Ten, nos ensina que esse autor, em sua tese de doutorado intitulada *Deporte y Derecho Administrativo Sancionador* (Esporte e Direito Administrativo Sancionador – tradução livre) define o princípio do *pro competitione* como “um princípio informador do direito disciplinar desportivo que implica em uma exaltação da competição como bem jurídico preferencial a todos os princípios gerais do procedimento sancionador”. MELO FILHO, Álvaro. *Paradigmas e Filosofia Jus-Desportiva do novo CBJD em Revista Brasileira de Direito Desportivo. Ano XVII N°30/2018. Edição Especial Homenagem ao Professor Álvaro Melo Filho*. 2018. Porto Alegre: LexMagister.

artigo 48, onde se lê que “com o objetivo de manter a ordem desportiva” as entidades de administração do desporto e de prática desportiva podem aplicar sanções de advertência, censura escrita, multa, suspensão, desfiliação ou desvinculação.

Voltando ao CBJD, também o seu artigo 114 nos lembra do cerne da Justiça Desportiva quando limita o cabimento da revisão. A revisão é um instituto importantíssimo, cabível quando a decisão de um processo tenha sido proferida de forma imprecisa. O artigo 114 prevê que “não cabe revisão da decisão que importe em exclusão de competição, perda de pontos, de renda ou de mando de campo.”

Fosse outra a razão de existir da Justiça Desportiva que não a proteção do esporte e da competição desportiva, por que limitar o escopo da revisão? Outro instrumento fundamental previsto no CBJD é a Medida Inominada; o artigo 119 limita seu cabimento à “casos excepcionais e no interesse do desporto”.

Os artigos do CBJD que tipificam uma prática punível o fazem porque aquela prática, de alguma forma, prejudica o esporte, a competição desportiva. Ao nosso entender, o artigo no qual se observa isso de forma mais clara é o 243-F, que pune a ofensa a honra por fato relacionado diretamente ao desporto (este texto desenvolverá melhor esta questão posteriormente).

Assim, se o atleta pratica uma agressão física (artigo 254-A), ele está, além de atingir fisicamente o colega de trabalho, prejudicando o bom andamento da partida e do campeonato. O mesmo ocorre se o clube relaciona na equipe um atleta irregular (artigo 214), se deixa de tomar providências capazes de prevenir e reprimir desordem, invasão e lançamentos de objetos no campo (artigo 213), se o árbitro se omite no dever de prevenir ou de coibir violência ou animosidade entre os atletas (artigo 260).

Todos estes exemplos são práticas puníveis pela Justiça Desportiva por serem consideradas práticas que ameaçam o esporte e a competição esportiva, ainda que tais práticas também atinjam bens jurídicos protegidos em outra esfera.

Álvaro Melo Filho (2018)⁴⁰², ao versar sobre o CBJD, nos ensinou:

Vale dizer, o CBJD, buscando uma síntese entre garantismo e defesa do desporto, é o antídoto jurídico, com supedâneo na *lex sportiva*, para combater os que cultivam valores ou condutas antidesportivas

402 MELO FILHO, Álvaro. *Paradigmas e Filosofia Jus-Desportiva do novo CBJD em Revista Brasileira de Direito Desportivo. Ano XVII N°30/2018. Edição Especial Homenagem ao Professor Álvaro Melo Filho. 2018. Porto Alegre: LexMagister.*

como a violência, *doping*, manipulação de resultados, indisciplina, racismo, etc., que esgarçam o tecido sócio desportivo, desestabilizam as competições e implodem os princípios básicos do desportivismo e do *fair play*.

Ora, se a razão de ser da justiça desportiva é a proteção do bem jurídico esporte e a competição desportiva, é pertinente admitir a possibilidade de uma interpretação extensiva das normas constitucionais e legais que a regulam para admitir sua atuação também de forma extensiva.

É nesse contexto que o artigo abordará o caso concreto. A Confederação Brasileira de Futebol passa por uma crise histórica no ano de 2021. Uma disputa política, com ingredientes éticos e jurídicos que provocaram um racha poucas vezes visto na história do movimento esportivo brasileiro. Nessa hora em que dois lados se posicionam de maneira firme, defendendo interesses e direitos contrários, e que o diálogo interno nos parece impossível, é fundamental encontrar um mediador, alguém que tenha a imparcialidade e o conhecimento jurídico para devolver uma segurança institucional à entidade. Este artigo defende que a Justiça Desportiva pode exercer esse papel.

2. A natureza jurídica da Justiça Desportiva e o poder disciplinar

Paulo Schmitt (2007) define Justiça Desportiva como:

(...) o conjunto de instâncias desportivas autônomas e independentes, considerados órgãos judicantes, que funcionam junto a entidades dotadas de personalidade jurídica de direito público ou privado, com atribuições de dirimir os conflitos de natureza desportiva e de competência limitada ao processo e julgamento de infrações disciplinares em rito sumário ou procedimentos especiais definidos em códigos desportivos⁴⁰³.

O conceito que nos traz o autor remete à autonomia e a independência das entidades desportivas – assim disposto pela Carta Magna no artigo 217. Nesta mesma esteira, Scheyla Decat (2014) conceitua a justiça desportiva como uma instituição de direito privado dotada de interesse público⁴⁰⁴.

De fato, a justiça desportiva foi instituída na Constituição Federal com caráter administrativo, ou, nas palavras de Leonardo Andreotti e Luiz Lanfredi (2018), “uma

403 SCHMITT, Paulo Marcos. *Curso de Justiça Desportiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

404 DECAT, Scheyla Althoff. *Direito Processual Desportivo*. 2ª edição. Belo Horizonte. Ed. Del Rey. 2014.

atividade privada regulada pelo Estado e de configuração administrativa”⁴⁰⁵. Os autores trazem na obra mencionada uma importante citação de Dardeu de Carvalho sobre a natureza administrativa da Justiça Desportiva:

A Justiça Desportiva, como se vê, tem origem num ato administrativo típico (...). É a Justiça Desportiva, por isso, uma instituição administrativa, ou melhor, uma justiça administrativa. (...) O poder disciplinar exercido pela Justiça Desportiva também é eminentemente administrativo, porque alicerçado em preceitos e sanções igualmente baixados pelo Ministro da Educação e Cultura, nos termos dos artigos 63/64, do Decreto nº80.228/77.

Os tribunais desportivos, instituídos administrativamente para aplicar normas administrativas (preceitos e sanções disciplinares), não podem deixar de caracterizar-se como órgãos administrativos. São órgãos de administração do Sistema Desportivo Nacional.

Assim como qualquer outra justiça administrativa, a justiça desportiva é uma organização interna que permite que a instituição - o esporte formal e a competição desportiva - possa existir e atingir seus fins previamente estabelecidos. Ou, nas palavras de Carlos Henrique Ramos, a justiça administrativa “funciona como uma espécie de contencioso administrativo próprio e especializado, instituído com a finalidade de proteger o próprio desporto”⁴⁰⁶.

O poder disciplinar na administração pública remete ao dever desta de punir, ante o cometimento de infrações ou qualquer violação de deveres por parte dos agentes públicos. Segundo Hely Lopes Meirelles (2011), o poder disciplinar “é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração”⁴⁰⁷.

Antônio Carvalho (2014), numa releitura da doutrina lusitana sobre o tema, ensina que “o fundamento do poder disciplinar reside na necessidade de qualquer organização de possuir uma organização interna que lhe permita prosseguir seus fins (...) para o que

405 ANDREOTTI, Leonardo e LANFREDI, Luis. *Pensando um Direito Desportivo Sancionador: A Natureza Administrativa Sancionadora da Justiça Desportiva em Justiça Desportiva: Perspectivas do Sistema Disciplinar Nacional, Internacional e no Direito Comparado*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

406 RAMOS, Carlos Henrique. *Direito Processual Desportivo: o uso da arbitragem para resolução de conflitos no futebol*. 1ª Edição. Curitiba/PR. Editora CRV. 2019.

407 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

dispõe do poder de sancionar aqueles seus elementos que perturbem o bom funcionamento da organização prejudicando seus objetivos”⁴⁰⁸.

A justiça desportiva tem sua esfera de atuação restrita à conflitos referentes à disciplina e às competições desportivas. É dizer, pois, que a justiça desportiva foi constitucionalmente e legalmente concebida para tornar possível o esporte formal e a competição desportiva por meio da estruturação de um ambiente propício para a resolução de conflitos advindos do mundo desportivo. Nas palavras do Professor Álvaro Melo Filho, incumbe à Justiça Desportiva “dar sustentabilidade às disputas desportivas para fazer de cada uma delas uma competição que estimule, uma solidariedade que une”⁴⁰⁹.

O esporte formal e a competição desportiva são, e sempre foram, a razão de ser da Justiça Desportiva.

A própria restrição constitucional, legal e regulamentar de acessar a justiça comum para dirimir conflitos sobre infrações disciplinares e competições desportivas objetiva, em última instância, a defesa do esporte e a promoção da continuidade da competição desportiva.

O artigo 217 da Carta Magna prevê em seu § 1º que “o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.”. De pronto seria possível inferir que este artigo conflita com o direito fundamental de ação, expresso no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Entretanto o aparente conflito das normas constitucionais é apenas isso: aparente.

O que o § 1º do artigo 217 prevê é uma condição de admissibilidade das ações que versem sobre competição e disciplina desportivas: apenas após o esgotamento das instâncias da justiça desportiva poderá o poder judiciário ser acionado. Ainda, caso o juízo desportivo não consiga proferir sentença definitiva antes de transcorridos 60 dias, poderá o poder judiciário ser provocado, mesmo que as instâncias desportivas não tenham sido esgotadas. É o que prevê o § 2º do artigo 217 da Constituição Federal.

408 CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância*. Editora Fórum. 4ª Edição. Belo Horizonte. 2014.

409 MELO FILHO, Álvaro. *Temas Candentes de Justiça Desportiva em Revista Brasileira de Direito Desportivo. Ano XVII N°30/2018. Edição Especial Homenagem ao Professor Álvaro Melo Filho*. 2018. Porto Alegre: LexMagister.

Sobre o assunto, nos ensina Álvaro Melo Filho⁴¹⁰ (1989):

Esclareça-se que § 1º da nova Lex Magna não proíbe, mas condiciona a que se esgotem, previamente as vias da Justiça Desportiva para posterior acesso ao Poder Judiciário. (...) as partes ganharão, porque verão a pendência decidida com maior celeridade e, por que não dizer, com discrição, evitando-se o alarde normalmente emprestado às questões desportivas quando chegam às barras do Poder Judiciário; ganhará a Justiça Desportiva, que terá seu prestígio reforçado diante de seus jurisdicionados.

É, de fato, salutar que exista um mecanismo que proteja o esporte e a competição desportiva da morosidade da justiça comum e de suas decisões por vezes equivocadas ante a falta da especialidade. Há de se considerar que o Direito Desportivo, como disciplina autônoma que é, com seus princípios próprios, como destaca Rafael Fachada (2017)⁴¹¹, tem certas peculiaridades que os julgadores na justiça comum nem sempre conhecem.

Não poderia a justiça comum, sabidamente sem estrutura adequada, acompanhar a dinâmica do esporte; condicionar o acesso à justiça comum prestigia a celeridade e a especialização da justiça desportiva, elementos cruciais para a tutela do esporte formal e da competição desportiva. As disputas desportivas exigem uma resposta rápida da justiça; não seria razoável que, ao final de uma competição o resultado dependesse por dias ou meses de uma chancela da justiça.

Neste sentido, destaca Celso Ribeiro Bastos que “o intuito do legislador constitucional neste dispositivo foi evitar a concessão de liminares pela justiça comum, com efeitos irreversíveis e na maioria danosos às competições e disciplina desportiva⁴¹²”.

E complementa Álvaro Melo Filho ressaltando que:

“os aplicadores do CBJD devem levar em conta que os litígios jus-desportivos, com sua força midiática e relevância sócio econômica, não permitem a eternização processual ou morosidade decisória

410 MELO FILHO, Álvaro. *Desporto Constitucionalizado*. Revista de Informação Legislativa, n. 101, p227. 1989

411 FACHADA, R. T. *Direito desportivo: uma disciplina autônoma*. Rio de Janeiro: Autografia, 2017.

412 BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1998.

inerente à justiça comum, porque incompatível com a dinâmica das competições e credibilidade do desporto⁴¹³”.

3. A mediação na Justiça Desportiva – o Campeonato Carioca de 2020 e o caso CBF em 2021

Este artigo tratou de delinear o cerne da existência da Justiça Desportiva. Passar-se-á a aplicar essa premissa à um caso concreto, a saber: a crise institucional na CBF em 2021.

Contudo, antes de adentrarmos o caso concreto em si, é pertinente recordarmos de outra situação recente na qual a Justiça Desportiva atuou como mediadora: trata-se do imbróglio entre Botafogo, Fluminense e a Federação de Futebol do Estado do Rio de Janeiro (FERJ) sobre as datas dos jogos do Campeonato Carioca de 2020.

Neste episódio específico, houve mediação antes da decisão do TJD/RJ e também antes de a decisão voltar às mãos do presidente do STJD. Apesar de, infelizmente, ambas oportunidades de mediação não terem resultados positivos, é salutar que o procedimento tenha sido adotado, na tentativa de encontrar uma solução que satisfizesse ambas as partes. Esta forma de solução de controvérsias vai ao encontro de princípios norteadores da Justiça Desportiva, tais como a celeridade e o espírito desportivo (*fair play*), e até a informalidade, princípio intrínseco do Direito Processual Desportivo.

As formas alternativas de solução de controvérsias assumiram papel relevante no Código de Processo Civil de 2015; o que antes era um ideal, no atual Código estão positivadas a conciliação e a mediação, soluções que buscam a efetivação da celeridade e duração razoável do processo. A mediação é um meio de autocomposição, no qual é apontado um terceiro imparcial de comum acordo entre as partes, sem poder decisório, que vai auxiliar o desenvolvimento da solução da controvérsia ali posta. Desta forma, portanto, o mediador não impõe uma decisão às partes; o papel do mediador é ajudá-las a encontrar uma solução à qual ambas as partes entendam ser justa e satisfatória.

O esporte já trabalha com conciliação, mediação e arbitragem em diversas frentes; podemos observar a adoção destas formas de solução de conflito pelas federações e organizações de administração do desporto internacionais pela previsão destes mecanismos em seus estatutos. No âmbito do Futebol, a CBF estabelece em seu Estatuto que litígios envolvendo entes do futebol brasileiro devem ser submetidos à Câmara Nacional de Resolução de Disputas – CNRD. Adicionalmente, a estatuto da CBF proíbe que

413 MELO FILHO, Álvaro. *Paradigmas e Filosofia Jus-Desportiva do novo CBJD em Revista Brasileira de Direito Desportivo. Ano XVII N°30/2018. Edição Especial Homenagem ao Professor Álvaro Melo Filho. 2018. Porto Alegre: LexMagister.*

a justiça comum seja utilizada para discutir o mérito de qualquer litígio no âmbito desportivo e obriga seus membros a se submeterem à arbitragem; o artigo 125 do estatuto é claro nesse sentido:

Art. 125 – Em lugar de recorrer aos órgãos da Justiça ordinária, os litígios que não forem de competência da Justiça Desportiva ou da Câmara Nacional de Resolução de Disputas – CNRD, deverão, obrigatoriamente, ser submetidos à Arbitragem. (CBF, 2017)

Há, portanto, por parte da entidade de administração do futebol no Brasil, uma forte imposição para o uso da arbitragem como forma de resolução de conflitos que não são de competência da Justiça Desportiva ou da CNRD.

Natural que assim seja, já que há diversas vantagens nas formas alternativas de solução de controvérsias. Uma delas é que a solução acordada num processo de mediação é aquela na qual há um grau significativo de satisfação de ambas as partes. Este fator é relevante já que as relações entre os atores no esporte é duradoura e requer cuidado. É necessário prezar pela manutenção dos vínculos e o fato de que a mediação visa a conciliação de interesses mais do que a conciliação de direitos, coloca, conseqüentemente, a pacificação do conflito como prioridade sobre a solução jurídica pura.

A relevância da mediação é aumentada em momentos de incerteza jurídica como o que vivemos em 2020 e 2021 por conta da pandemia. As leis e os regulamentos foram pensados para disciplinar relações em tempos “normais” e, frequentemente, não nos dão ferramentas suficientes para solucionar as controvérsias que surgem ante situações tão singulares. De tal forma que, quando a simples subsunção do fato à norma não dá conta de resolver questões com nuances tão únicos, sentar-se à mesa, com o auxílio de um terceiro imparcial, torna-se algo fundamental.

É, portanto, salutar que a Justiça Desportiva tenha incorporado a mediação como forma de solução das controvérsias no Campeonato Carioca de 2020.

O mesmo poderia ser dito em relação à crise institucional na CBF ocorrida em 2021. Poderia a Justiça Desportiva ter assumido um papel mais relevante nessa questão.

Rogério Caboclo foi afastado de suas atividades como Presidente da CBF pela Comissão de Ética da CBF em 6 de junho de 2021, dois dias depois da acusação formal de uma colaboradora da entidade contra ele de assédio moral e sexual.

Rogério Caboclo negou à época as acusações e preparou um vasto material com uma equipe grande e capacitada de assessores. Depois de uma decisão da diretoria por

um novo afastamento por mais 60 dias, a Comissão de Ética se manifestou e prorrogou por mais 60 dias o afastamento.

A diretoria revogou a decisão anterior. Até porque ela foi alvo de ponderações necessárias. Em um paralelo, poderia uma comissão de ministros afastar o presidente da República?

Pela nossa carta constitucional, essa decisão cabe ao Congresso Nacional. Pelo Estatuto da CBF, de maneira parecida, essa decisão caberia a Assembleia Geral, reunião de todos presidentes de federações nacionais. Está no artigo 38 do Estatuto:

Art. 38. Compete, ainda, exclusivamente à Assembleia Geral Administrativa, sempre em escrutínio secreto, destituir o Presidente e Vice-Presidentes da CBF, havendo comprovada justa causa e observado o devido processo legal.

Pois, bem. A crise foi instaurada. Os dois lados tinham argumentos juridicamente inteligentes. Um deles defendendo o afastamento preventivo para melhor apuração dos fatos; outro, que entende que houve o descumprimento de normas internas e, inclusive, constitucionais no afastamento determinado.

Diante dessa confusão e disputa, a CBF sangrou, com uma divisão interna histórica que precisava de uma solução urgente.

Sabe-se que o conflito é eminentemente político, mas valores éticos e a legalidade não podem ser jamais esquecidos nesse processo. E como proteger essa disputa política?

Parece-nos claro que um “juiz” independente precisaria atuar. E qual a instância maior da Justiça Desportiva brasileira, o “STF do esporte”?

O Superior Tribunal de Justiça Desportivo é a instituição mais importante do movimento jurídico brasileiro, a referência maior da *Lex Sportiva* em nosso território. E seria crucial ele assumir a responsabilidade histórica de tentar trazer luz e paz em um momento tão conturbado para o futebol, em que uma solução jurídica e institucional se fez urgente.

A questão que se coloca é de competência. Ou seja, o STJD poderia analisar essa questão? Entendemos que sim.

A Constituição Federal, em seu já referido artigo 217, reforça a autonomia das entidades esportivas e também determina a competência da Justiça Desportiva. Nesse artigo, como já frisamos neste texto, a competência fica determinada para questões relativas à disciplina e competições esportivas.

Essa seria uma interpretação mais restritiva de competência, limitando um papel importantíssimo desse Tribunal na proteção do movimento esportivo. Por isso, não seria a interpretação apropriada devido ao momento que vivia o futebol brasileiro.

A própria legislação mostra que o papel da Justiça Desportiva é muito maior, devendo zelar pela Ordem Desportiva.

A Justiça Desportiva é regulada por uma lei federal específica, a Lei 9615/98, conhecida como Lei Pelé, a Lei Geral do Esporte brasileiro. Segundo a Lei Pelé, a competência da Justiça Desportiva está em processar e julgar processos referentes às infrações disciplinares e competições desportivas definidas no CBJD e regulamentos das entidades de administração do desporto, de acordo com o art. 50.

E a mesma Lei traz os princípios norteadores desse Tribunal privado. Entre eles, o da legalidade e da moralidade. Um pouco antes, a Lei Pelé traz o art. 48:

Art. 48. Com o objetivo de manter a ordem desportiva, o respeito aos atos emanados de seus poderes internos, poderão ser aplicadas, pelas entidades de administração do desporto e de prática desportiva, as seguintes sanções:

IV - suspensão;

V - desfiliação ou desvinculação.

§ 1º. A aplicação das sanções previstas neste artigo não prescinde do processo administrativo no qual sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa.

§ 2º. As penalidades de que tratam os incisos IV e V deste artigo somente poderão ser aplicadas após decisão definitiva da Justiça Desportiva.

Ou seja, a Lei Pelé dá a Justiça Desportiva uma competência maior. Segundo a Lei, um afastamento só poderia ser decidido após decisão do Tribunal esportivo.

A Justiça Desportiva tem como guia o já referido Código Brasileiro de Justiça Desportiva, o CBJD. A função primordial das disposições do CBJD é regular o funcionamento da Justiça Desportiva e o processo disciplinar.

Diz o art. 111 do CBJD:

Art. 111. A imposição das sanções de suspensão, desfiliação ou desvinculação, pelas entidades desportivas, com o objetivo de manter a ordem desportiva, somente serão aplicadas após decisão definitiva da Justiça Desportiva.

O fato é: o STJD é a instância maior do movimento jurídico do esporte brasileiro e tem, entre tantas responsabilidades, aquela o cerne de todas elas juntas: manter a higidez, a paz, a segurança da Ordem Desportiva.

Não se manifestando, haverá sempre o risco iminente de o caso tomar o caminho mais perigoso para o movimento esportivo, o da judicialização. Esse é um caminho que pode implicar em risco grande de punição para o futebol brasileiro, inclusive com intervenção da FIFA.

É que não obstante a permissão constitucional e legal de provocar o judiciário, observadas todas as exigências de admissibilidade para fazê-lo, a FIFA proíbe que seus membros procurem a justiça comum de seus países para recorrer das decisões da justiça desportiva⁴¹⁴. Isso quer dizer que todos aqueles que estão dentro da estrutura desportiva estão proibidos de procurar o judiciário comum para dirimir questões desportivas regulamentares e disciplinares.

Para fazer cumprir tal proibição, a FIFA determinou que as associações nacionais devessem fazer constar de seus estatutos ou regulamentos uma cláusula que proíbe os acessos aos tribunais comuns de direito. A CBF o fez inserindo em seu Estatuto os artigos 124 e 127, que preveem:

Art. 124 – Fica expressamente proibido postular, demandar ou recorrer à Justiça ordinária, exceto nas hipóteses admitidas pela FIFA.

Art. 127 – Aquele que descumprir ou, de qualquer modo, concorrer para a infração da norma imposta pela FIFA e CONMEBOL, que veda demandar ou recorrer aos órgãos da Justiça ordinária, ficará sujeito à jurisdição, às penalidades e sanções estabelecidas nos Estatutos da FIFA, da CONMEBOL e da CBF. Parágrafo único - Caso a CBF tome conhecimento de qualquer medida ou ação na Justiça ordinária promovida em benefício de entidade de prática ou de administração

414 Estatuto da FIFA.

Art. 59.2 - O recurso aos tribunais comuns de direito é proibido, a menos que expressamente previsto nos regulamentos da FIFA. O recurso aos tribunais comuns de direito para todos os tipos de medidas provisórias também é proibido.

do desporto, por si ou por terceiros, tal infração deverá ser imediatamente comunicada à CONMEBOL e à FIFA para as providencias cabíveis.

Finalmente, o CBJD prevê punição de exclusão do campeonato ou torneio que estiver disputando e multa de R\$100,00 (cem reais) a R\$100.000,00 (cem mil reais) aos que procurarem o poder judiciário para pleitear matéria referente à disciplina e competições antes de esgotadas todas as instâncias da Justiça Desportiva, ou que se beneficiarem de medidas obtidas pelos mesmos meios por terceiro.

Nesse sentido, destaca Guilherme Campos de Moraes⁴¹⁵ que mesmo que um torcedor (terceiro; que não está submetido à Justiça Desportiva, portanto não poderá sofrer sanções dela) procure o judiciário e obtenha benefícios, se a entidade de prática desportiva fizer uso deste benefício obtido por meio da justiça comum, ela poderá ser excluída do campeonato ou competição.

Assim, uma decisão do Tribunal esportivo não impede a busca do judiciário pela parte que se sentir lesada, direito consagrado pela CF, art 5º XXXV. Acontece que há julgados afirmando que, com a justiça esportiva analisando e decidindo o mérito, o judiciário só deve analisar questões processuais. Ou seja, questões internas e específicas estariam protegidas pelo movimento esportivo e a análise ficaria limitada ao campo da legalidade do processo.

Ademais, entregar questões internas do esporte ao Estado não nos parece solução recomendável. Nesse sentido, Álvaro Melo Filho afirma que:

A Constitucionalização da Justiça Desportiva tornou-se imperiosa e necessária face ao crônico e persistente congestionamento da Justiça Estatal que, regra geral, perturba o normal andamento, continuidade e dinâmica das disputas desportivas, trazendo mais problemas do que soluções. Não haja dúvida: se o Poder Judiciário começar a envolver-se na disciplina das competições e a examinar decisões dos tribunais desportivos, muito breve os jôqueis estarão discutindo em juízo as punições que lhes são aplicadas pela comissão de corridas do hipódromo, as tripulações de barcos irão às últimas instâncias contra as decisões da liga náutica, e os campeonatos vão ser definidos na tribuna das cortes judiciárias mais do que nas canchas dos estádios. E é certo que não ficaríamos nisso. Sendo o Carnaval

⁴¹⁵ MORAES, Guilherme Campos de. *Lex Sportiva: entre a esfera pública, a autonomia privada e a necessidade de accountability*. 1ª Edição. Setembro de 2016. Editora Multifoco.

não menos importante que o futebol, a classificação das escolas de samba no Rio de Janeiro terminaria sendo também decidida pelos tribunais civis. ' À vista da perícia de fls., concede-se o primeiro lugar aos Unidos do Padre Miguel...

Ou seja, as peculiaridades do esporte a sua necessária autonomia fazem atrair a competência da Justiça Desportiva para dirimir conflitos na área. Para proteger a própria autonomia e seu movimento jurídico interno, repleto de especificidades e princípios.

4. Conclusão

Este artigo objetivou contribuir para o debate sobre a Justiça Desportiva abordando o papel do tribunal como mediador de conflitos no movimento esportivo sob a premissa da sua razão de ser. Este é o objetivo da justiça desportiva: a existência e continuidade do esporte formal e da competição desportiva.

As instituições precisam de organizações internas que lhes permitam dar continuidade a seus objetivos; em última instância, estruturas que lhes permitam continuar a existir.

De fato, a existência da justiça desportiva como mecanismo de controle interno e garantia da existência e continuidade do esporte é também uma exigência para a celebração do contrato de desempenho com a Secretaria Especial do Esporte. A celebração deste contrato é condição para o recebimento dos recursos públicos federais pelo COB, o CPB e as entidades nacionais de administração do desporto. É o que determina o Decreto nº 7984/2013, no seu artigo 32, que exige que, para a celebração do contrato os estatutos das entidades disponham expressamente sobre "o funcionamento autônomo e regular dos órgãos de Justiça Desportiva referentes à respectiva modalidade".

A atuação do tribunal como mediador, especialmente quando se analisa a possibilidade à luz de um caso concreto como o que este artigo explorou, vai ao encontro do cerne de existência da Justiça Desportiva.

Referências

ARROS, Marcelo Jucá. *Justiça Desportiva e suas decisões: Estudo de Casos*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. Pg.13

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para

instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 09.01.2021.

BRASIL. *Código Brasileiro de Justiça Desportiva – Resolução CNE nº 01, de dezembro de 2003.* 2003. Disponível em: <http://www.esporte.gov.br/arquivos/legislacao/resolucaoN1CodigoBrasileiroJusticaDesportiva231203.pdf> Acesso em: 09.01.2021.

FACHADA, Rafael. Terreiro. *Direito desportivo: uma disciplina autônoma.* Rio de Janeiro: Autografia, 2017.

RAMOS, Carlos Henrique. *Direito Processual Desportivo: o uso da arbitragem para resolução de conflitos no futebol.* 1ª Edição. Curitiba/PR. Editora CRV. 2019.

SCHMITT, Paulo Marcos. *Curso de Justiça Desportiva.* São Paulo: Quartier Latin, 2007.

DECAT, Scheyla Althoff. *Direito Processual Desportivo.* 2ª edição. Belo Horizonte. Ed. Del Rey. 2014.

ANDREOTTI, Leonardo e LANFREDI, Luis. *Pensando um Direito Desportivo Sancionador: A Natureza Administrativa Sancionadora da Justiça Desportiva em Justiça Desportiva: Perspectivas do Sistema Disciplinar Nacional, Internacional e no Direito Comparado.* São Paulo: Quartier Latin, 2018

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELO FILHO, Álvaro. *Temas Candentes de Justiça Desportiva em Revista Brasileira de Direito Desportivo. Ano XVII N°30/2018. Edição Especial Homenagem ao Professor Álvaro Melo Filho.* 2018. Porto Alegre: LexMagister.

MELO FILHO, Álvaro. *Desporto Constitucionalizado.* Revista de Informação Legislativa, n. 101.1989

GRADELA, Paulo Cesar. BRACKS, Paulo. JORDÃO, Milton. *Código Brasileiro de Justiça Desportiva CBJD: Comentários à Resolução CNE 29, de 10.12.2009.* Ed. Juruá. São Paulo, 2009.

A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NOS JULGAMENTOS DO TRIBUNAL DO JÚRI

THAYNA EVELLY OLIVEIRA CUINETE:

Graduanda do curso de Direito da Universidade Brasil Campus de Fernandópolis SP.

ALEXANDRE YURI KIATAQUI

(orientador)

RESUMO: Buscamos explicar evidenciando o direito que o acusado possui em relação ao direito de defesa, assim como, o pré-julgamento antecipado influenciado pela mídia. De início, abordaremos o significado e a origem deste instituto intitulado como júri, e de forma objetiva mostraremos a atividade com escopo a esclarecer cada modalidade. A seguir, verificaremos o procedimento embasando-se nos aspectos juridicamente relevantes, analisando qual a importância da formação do júri, os requisitos, as garantias constitucionais que o acusado deve receber, bem como, o papel da imprensa juntamente com as provas colhidas e os diversos casos com amplitude nacional, os quais foram aclamados pela mídia. A maneira de explicar tal artigo é respaldada através de fontes em artigos científicos e pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Tribunal do Júri; Direitos; Defesa; Imprensa; Mídia.

ABSTRACT: The searches explain the evidence of the defendant's right to the right of defense, such as, for example, early judgment influenced by the media. At first, it addresses the meaning and origin of this institute entitled as a jury, and objectively shows an activity with scope to clarify each modality. Next, check the procedure based on the legally relevant aspects, analyzing the importance of the student's education, the requirements, such as the constitutional guarantees that the accused must receive, as well as the role of the press used with evidence collected and the several cases with national scope, which are acclaimed by the media. The way to explain this article is supported by sources in scientific articles and bibliographic research.

Keywords: Jury court; Rights; Defense; Press; Media.

INTRODUÇÃO

O momento do surgimento deste tema, partiu de que os crimes praticados contra vida humana por pessoas comuns se tornaram objeto de repercussão nacional, os quais

são considerados verdadeiras celebridades nos meios de telecomunicações, e com tamanha repercussão, a população por repulsa aos atos praticados pelos criminosos, acabou criando-se um pré-julgamento sob o destino dos acusados, tendo em vista, que esse pré-julgamento seria o ponto essencial, no sentido de passar pelo tribunal do júri, e pela decisão dos jurados.

Inicialmente, procura esclarecer o procedimento, a sistemática, e o surgimento do tribunal do júri, e de maneira sucinta a evolução desse instituto, que sempre esteve presente em nosso ordenamento jurídico.

A seguir, trataremos os princípios tutelados e protegidos pelo diploma majoritário se tratando de cláusula pétrea, elencando e demonstrando o intuito específico de cada princípio acerca do tribunal do júri, e juridicamente o direito à liberdade de expressão, imprensa, e da mídia sensacionalista.

O objetivo geral é evidenciar o julgamento antecipado dos acusados, por culpa da mídia sensacionalista, que apela em sua transmissão fazendo com que os cidadãos que compõem o júri pré-julguem os acusados, afetando de larga maneira as decisões dos jurados.

O objetivo específico é elucidar a repercussão dos crimes praticados contra vida humana, julgados pelo tribunal do júri e o papel da mídia na propagação duvidosa acerca das notícias transmitidas ao público.

1. TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL

Tribunal, termo este de origem romana, classificado como órgão aberto ao público tendo como objeto jurídico a resolução de litígios. Na língua do latim conceitua-se *tribunallis*, a qual objetiva o direito de alguém que cometera ato ilícito se defender, expondo suas reivindicações das quais fora acusado. Diante disto, presume-se um rito para que se processe tal julgamento.

O diploma supremo, ora Constituição Federal, relata em seu art. 5º, *caput*, e inc. XXXVIII.

Diga-se que tal regulamentação supracitada é de grande importância para sociedade, haja vista que está presente desde a modificação do grande império até a vinda da república, surgindo diversas críticas acerca do assunto da aplicabilidade, competência, e a proteção de seus consideráveis princípios.

Em nosso país, o tribunal do júri originou-se em 1822, mediante um decreto proferido por Dom Pedro, através da criação da primeira Lei de Imprensa, ora 18 de julho.

A atribuição ao referido decreto sob nossa vigente ordenação do tribunal do júri, segue no modelo de julgamento para os delitos de abuso em face de liberdade de imprensa.

1.1 BREVE HISTÓRICO ACERCA DO TRIBUNAL DO JÚRI

O estopim do tribunal do júri se deu na Inglaterra, no ano de 1215. Se bem que, a nomeação dos jurados já era usada no direito romano. Assim sendo, com a chegada da revolução francesa, o tribunal do júri espargiu por toda Europa, fazendo-se valer o poder popular, com o intuito de atender às necessidades provenientes da nova ordem social.

De forma inicial, a composição da instituição era instaurada com 24 cidadãos, estes conceituados por seus intelectos, por sua honra e pelo patriotismo, julgando os crimes de abuso de liberdade de imprensa, e nos fatos de reformulação das decisões, concerniam somente ao príncipe regente.

Ademais, sancionado pela CF de 88, o tribunal do júri é disposto como um direito e garantia individual, tido como cláusula pétrea em nosso ordenamento jurídico, sendo positivado e protegido constitucionalmente, ou seja, jamais poderá ser modificado, até mesmo se apresentado por uma proposta de emenda constitucional, ora PEC.

Em sua obra, Renato Brasileiro de Lima (2017), salienta que:

Não se pode perder de vista o cunho democrático inerente ao Júri, que funciona como importante instrumento de participação direta do povo na administração da Justiça. Afinal, se o cidadão participa do Poder Legislativo e do Poder Executivo, escolhendo seus representantes, a Constituição também haveria de assegurar mecanismo de participação popular junto ao Poder Judiciário (LIMA, 2017, p.1337).

2.OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ACERCA DO TRIBUNAL DO JÚRI

Não obstante os princípios terem inúmeros significados versasse o mais empregado de que, princípio é o período da nascente de algo.

A constitucionalidade dos princípios que são considerados os que abrangem todo nosso ordenamento, correspondem à essência da sistemática do poder legislativo, exceto quando se trata de regimentos infraconstitucionais.

Consubstanciado, os princípios constitucionais possuem um contexto importante, os quais dão equilíbrio ao ordenamento jurídico, devendo seguir plenamente a regra do sistema majoritário, ora CF, mostrando coerência sob a norma positivada vigente.

Assim sendo, estes são os seguintes princípios a serem demonstrados.

2.1 PLENITUDE DE DEFESA

Este princípio não busca somente o direito de ampla defesa do acusado, mas, que esta seja efetuada de forma vasta, ou melhor, exercida de forma absoluta e ilimitada, que o acusado possa ter o que realmente é de direito, até que se esgotem todas as possibilidades.

Como protege Nucci (*Apud GONÇALVES; MIGNOLI, 2018*):

No Tribunal do Júri, onde as decisões são tomadas pela íntima convicção dos jurados, sem qualquer fundamentação, onde prevalece a oralidade dos atos e a concentração da produção de provas, bem como a identidade física do juiz, torna-se indispensável que a defesa atue de modo completo e perfeito - logicamente dentro das limitações impostas pela natureza humana (NUCCI, 2012, p.93).

Sendo assim, sob esta perspectiva, a plenitude de defesa se trata de um atributo imperioso ao júri, concernente a uma garantia intrínseca para este princípio, acolhida apenas no tribunal do júri, haja vista, ser mais extensiva e emaranhada, distinguindo-se do princípio da ampla defesa, o qual é voltado a processos comuns e processos do júri acerca da fase primária.

2.1.1 SIGILOS DAS VOTAÇÕES

As votações compostas pelos jurados são feitas de maneira sigilosa, a qual não se identifica a votação unitária do jurado a respeito do caminho do acusado, objetivando conceber maior seguridade aos componentes do júri.

Acerca, o Código de Processo Penal (2016), em seu artigo 485, aduz: Não havendo dúvida a ser esclarecida, o juiz presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado, o escrivão e o oficial de justiça dirigir-se-ão à sala especial a fim de ser procedida a votação.

Nos ensina Renato Brasileiro (2017), aduzindo que:

Por força da garantia constitucional do sigilo das votações, a ninguém é dado saber o sentido do voto do jurado. Por esse motivo, aliás, é que o próprio Código de Processo Penal prevê que a votação ocorra em uma sala especial, onde serão distribuídos aos jurados pequenas cédulas, feitas de papel opaco e facilmente dobráveis, contendo 7(sete) delas a palavra sim, 7(sete) a palavra não, sendo que o Oficial de Justiça deve recolher em urnas separadas as cédulas correspondentes aos votos e as não utilizadas (LIMA, 2017, p. 1339).

Vislumbremos que, tal dispositivo é a exceção ao princípio da publicidade, ao passo que versar relação de defesa pessoal, interesse coletivo, e social, deverá ser restrito a publicação dos atos processuais.

Ressaltemos que, os jurados são cidadãos leigos que possuem o encargo de apreciar e julgar o destino final que o acusado receberá, lembrando que, tais jurados serão magistrados temporariamente, sendo assim, é devido à garantia total para com eles.

2.1.2 SOBERANIA DOS VEREDICTOS

Tal princípio está disposto no art. 5, inc. XXXVIII, c, da CF, garantindo que, as decisões, ou seja, o veredito dado pelo júri, não deverá ser modificado pelo juiz togado com relação ao mérito.

Afirma Renato Brasileiro de Lima (2017) que:

Face a soberania dos veredictos, não se defere ao juízo ad quem à possibilidade de ingressar na análise do mérito da decisão dos jurados para fins de absolver ou condenar o acusado por ocasião do julgamento de apelação interposta contra decisões do Tribunal do Júri. No entanto, é plenamente possível que o Tribunal dê provimento ao recurso para sujeitar o acusado a novo julgamento (LIMA, 2017, p.1341).

Por fim, tal princípio é imperioso ao tribunal do júri e aos jurados, concebendo autonomia sob as decisões dos fatos e das causas conforme lhes foram explanado em assembleia, não vindo a ter qualquer modificação acerca das decisões tomadas.

3.COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA

Em relação à competência do júri perante os julgamentos de atos ilícitos efetuados dolosamente contra a vida se encontra positivado no art. 5, inc. XXXVII, d, da CF, bem como, há uma competência ínfima e um rol taxativo. Ainda, poderá o legislador estatuir, introduzindo em caráter, as normas processuais, inserindo-as aos demais casos, assim diz Renato Brasileiro de Lima (2017):

Trata-se de uma competência mínima, que não pode ser afastada nem mesmo por emenda constitucional, na medida em que se trata de uma cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4, IV), o que, no entanto, não significa que o legislador ordinário não possa ampliar o âmbito de competência do Tribunal do Júri. É isso, aliás, o que já ocorre com os crimes conexos e/ou continentes. Com efeito, por força do art. 78, inciso I, do CPP, além dos crimes dolosos contra a vida, também compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes conexos, salvo em se tratando de crimes militares ou eleitorais, hipótese em que deverá se dar a obrigatória separação dos processos (LIMA, 2017, p.1343).

Ademais, em nosso ordenamento jurídico vigente, aparecem positivados no capítulo e conexo aos crimes dolosos contra a vida, dos quais venham ser, o homicídio, infanticídio, induzimento, auxílio ou instigação ao suicídio e o aborto.

4. ESTRUTURA E ORGANIZAÇÃO DO JÚRI

O desenvolvimento concernente aos procedimentos a serem seguidos pelo tribunal estão descritos nos art. 406 a 497, do CPP, bem como, o art. 447, do CPP, encontra-se tal composição para tal procedimento de estruturação.

De início, o tribunal conta com o alistamento anual estabelecido pelo magistrado, desde que as imposições necessárias e exigidas sejam preenchidas pelas pessoas alistadas, somente então, poderão compor o júri. E ainda, é válido lembrar que um dos requisitos para o alistamento é que, tem como dever ser efetuado no máximo em outubro do ano antecedente aos fatos que serão julgados

Ressalta-se que as numerações dos alistados são das mais variadas, a qual vareia conforme é necessário sob tal comarca, e essa listagem deve ser efetuada anualmente, mas, na verdade, os magistrados tendem a preferir e usar as listas já utilizadas anteriormente.

Então, Nucci (*Apud GONÇALVES; MIGNOLI* 2018) ensina que:

Na prática, muitos juízes preferem reeditar a lista dos jurados, anos após anos, terminando por estabelecer a figura do jurado profissional. Como já referido, não é o ideal manter alguém muito tempo atuando no júri, sem renovação, uma vez que os vícios e prejulgamentos podem terminar prejudicando a ideal imparcialidade do jurado. (NUCCI, 2006).

Poderão alistar-se no tribunal do júri, os que obtiveram maioria, tenham até 70 anos, que possuam explícita honradez, bem como, idoneidade notória, e recomenda-se que em plenário tenha vasta diferença e diversidade entre ambos os jurados, a fim de que na sessão de julgamento também apresentem diversas funções sociais.

O júri é composto por 25 jurados, os quais destes alistados somente 07 farão parte da sessão em plenário que será efetuada por sorteio, e possuirá 01 juiz togado, presidindo o plenário de julgamento.

Ao iniciar a composição do júri para o sorteio, o magistrado explanará os procedimentos aos jurados, a fim de que informem caso sorteado, o motivo do qual declinou de sua função, haja vista ser necessário o impedimento e suspeição do jurado.

Em sua redação, o art. 466, do CPP, traz expressamente as situações de suspeição e de impedimento, bem como, há também o impedimento de participar o jurado sorteado impedindo-o de efetuar tal função.

O magistrado togado por sua vez, deve informar aos jurados acerca da comunicação durante o processo, não podendo ambos os jurados se comunicar entre si, até nos períodos vagos de intervalo. Caso isso ocorra, a sessão será terminada imediatamente, e se houver má-fé, o magistrado aplicará o fato como crime de prevaricação, incidindo-se multa aplicada pelo mesmo, a qual deverá respeitar o limite de 10 salários mínimos vigente.

O encargo realizado pelos jurados tem como cunho a prestação de serviço público, a qual é imprescindível para a contribuição, formação e desencadeamento do devido processo legal.

Assim como, os jurados convocados não poderão se escusar de tal função, salvo os casos supracitados, porém, salienta-se que é de extrema importância a participação do corpo do júri, tendo em vista, o poder de julgamento e decisão do jurado convocado que por hora será um magistrado não togado, porém, com poderes de decisão do qual escolherá o destino do acusado.

5.A MÍDIA

Inicialmente, a descrição de mídia seria o meio através da qual as informações são divulgadas, ou seja, são os meios de comunicação da sociedade entre si.

Em nosso dicionário brasileiro a palavra mídia significa:

Toda estrutura de difusão de informações, notícias, mensagens e entretenimento que estabelece um canal intermediário de comunicação não pessoal, de comunicação de massa, utilizando-se de vários meios, entre eles jornais, revistas, rádio, televisão, cinema, mala direta, outdoors, informativos, telefone, internet, etc (AURÉLIO, 2002, p. 157).

5.1 A LIBERDADE DE IMPRENSA

Ressaltemos que o termo usado acerca da palavra liberdade, deverá ser analisado como um todo, o qual tem o poder de responsabilizar o indivíduo dependendo a maneira exercida e propagada, assumindo este pelos resultados advindos.

A liberdade de imprensa está relacionada a uma alternatividade, e tem como encargo a manifestação sobre os acontecimentos, as notícias de maneira aberta, quais seja o simples fato de pensar, bem como, as ideias expostas e diversas opiniões ilimitadamente.

Anteriormente, as notícias eram repassadas com o intuito de apenas informar a sociedade, esclarecendo os fatos reais de maneira transparente, visando tão somente à sociedade como um todo. Porém, nos dias atuais a imprensa usurpa de seu poder mundial para lucrar cada vez mais, e tem como único objetivo a compra de telespectadores, apelando e fazendo com o que o público fique a mercê de meras notícias, se tornando um mercado de venda de conteúdo.

5.1.1A INFLUÊNCIA DA MÍDIA

Sabemos como é necessário o direito à informação, bem como, a divulgação dos fatos ocorridos corriqueiramente em nossa nação. Porém, esta explanação e divulgação não ocorrem da maneira correta, visto que a mídia dá preferência tão somente aos casos que repercute com mais intensidade, ou seja, os que estejam ligados ao poder judiciário, em especial os dolosos praticados contra a vida.

Diga-se que a influência da mídia desencadeia diversas reações no público alvo, levando em consideração tal influência, pensando que os indivíduos ao receberem essa

transmissão negativa, sendo pessoas leigas em matéria de direito, não possuem qualquer conhecimento sobre o âmbito jurídico, então, devemos ser mais cautelosos, pois, possivelmente essas pessoas poderão compor o nosso tribunal do júri e acabar criando decisões inequívocas sob tal informação.

Diante disso, o que na verdade mais preocupa o judiciário é saber realmente se a composição do júri possui competência para julgar de maneira coerente e de forma imparcial tal destino do acusado, logo, posteriormente ter tido conhecimento dos fatos através da mídia grotesca e inexata frente à realidade.

O júri é apontado como um dos institutos mais criticados pelo nosso sistema jurídico, sempre alvo por suas variadas controvérsias, como exemplo, os julgamentos relacionados aos delitos praticados em face da vida humana, por cidadãos sem conhecimento algum sobre o âmbito jurídico para que não tenha qualquer que seja a influência. Ademais, cabido os casos em questão serem os de grandes repercussões, tendo-se um crivo pela sociedade antes da composição do júri, então, influencia de forma direta e até mesmo indireta no julgamento dos jurados.

Assevera Victor Gomez Martin (*Apud* GONÇALVES; MIGNOLI, 2018) sobre a imprensa, que:

[...] a imprensa é responsável por elevar a dimensão das desgraças e da violência, haja vista que ao informar dramatizando notícias negativas, a todo tempo faz com que o destinatário tenha a impressão de que estas ocorrem com mais frequência que antes, visto que anteriormente somente tinha notícias este destinatário. O Marketing do Terror provoca a convivência com a iminência de riscos superiores à existência objetiva destes. Tudo isto causa a vulnerabilidade e se traduz uma pretensão social em se obter uma resposta através do Estado e do Direito Penal (MARTIN, 2006, p. 23).

5.1.2 AS PROVAS COLHIDAS PELA MÍDIA

Diante à curiosidade relacionada ao interesse da sociedade acerca dos casos judiciais, excepcionalmente envolvendo os crimes contra a vida.

Busca-se a mídia com o intuito e almejando seus objetivos, quais sejam o grande faturamento e a vasta audiência, investir em fatos não verídicos e até mesmo notícias que geram dúvidas, e como solução, o material disponibilizado e as provas criadas pela mídia,

deveria passar por um procedimento de conferência sobre tal veracidade e a real legalidade dos fatos.

Acerca, Renato Brasileiro de Lima, diz que:

Nessas hipóteses de clamor público e repercussão social do fato delituoso, não se vislumbra *periculum libertatis*, eis que a prisão preventiva não seria decretada em virtude da necessidade do processo, mas simplesmente em virtude da gravidade abstrata do delito, satisfazendo aos anseios da população e da mídia. Não custa lembrar: o poder judiciário está sujeito à lei, sobretudo, ao direito, e não à opinião da maioria, facilmente manipulada pela mídia (LIMA, 2017, p. 968).

Assim sendo, toda a propagação e conectividade da mídia com a sociedade, os diversos assuntos trazidos pela mídia, na maioria deles, chegam a intervir em nosso poder judiciário, vindo a conquistar certa confiabilidade, e ainda, estas provas por incrível que pareça são demonstradas como caso concreto.

Quando se trata de ação penal pública incondicionada, o delegado pode avir iniciar um inquérito somente com as notícias repassadas pela mídia, conforme o delito informado pela imprensa.

Consubstanciado, o ilustríssimo Ministério Público pode vir a anexar aos autos as informações e documentos, quais sejam, fotos, vídeos, que restaram demonstrado pela mídia sensacionalista.

Conforme relata Sérgio Salomão Shecaira (*Apud* CAVASSINI, 2019):

Um dos fatores que reforça esta fascinação das pessoas em relação à criminalidade é justamente porque é diferenciando-se do criminoso que não se deixa dúvidas quanto à condição de pessoas honestas que cada um atribui a si próprio (SHECAIRA, 1995, p. 132).

Salienta-se que não possa ser exercido como meio de prova pela mídia com o intuito de adquirir somente o lucro, lembrando que a mídia exerce um papel essencial nos serviços prestados ao público, porém, a empresa pela qual transmite ou repassa as informações são de caráter privado.

Ademais, aduz Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (*Apud* GONÇALVES; MIGNOLI, 2018) a seguir que:

A conclusão final que hora se submete à ponderada crítica de todos é que não se trata de sustentar que o poder judiciário autorize a divulgação de interceptações telefônicas feitas à revelia da lei, mas de reconhecer uma esfera de competência da imprensa em valorar a conveniência e a oportunidade em divulgá-la, diante da preponderância do direito de informação da sociedade sobre o direito de intimidade de certas pessoas detentoras ou pretendentes de cargos públicos que desempenhem ou pretendam desempenhar a gerência financeira do patrimônio público, assumindo imprensa, por seu ato, todas as consequências legais que possam advir, se provada a invasão legítima na intimidade das pessoas. Em síntese, o que se sustenta é a legitimidade da imprensa em valorar a conveniência da divulgação (CARVALHO, 2007, p. 292).

Por final, é válido lembrar que apenas o poder judiciário em si tem a capacidade de decidir, e julgar quais as provas cabíveis, as quais serão explanadas de maneira clara para o corpo do júri, podendo ser de caráter condenatório e até mesmo absolutório.

6. DISCUSSÃO SOBRE OS CASOS CONCRETOS

Sabemos que a opinião dos cidadãos tende a sobressair ao tribunal do júri, para que seja esclarecido, trataremos de maneira explicativa alguns casos que propagaram vasta indignação social. Um dos motivos que geram e contribui, tal como, a vulnerabilidade da vítima, relacionados a dinheiro praticando homicídio contra familiares, por ciúmes ou por simplesmente dar o troco, e por estes fatores, recebem o nome de crimes de celebridades.

Assim sendo, o primeiro crime explanado será o caso Nardoni, tendo em vista a grande repercussão, onde uma menina de 05 anos, por nome Isabella Nardoni sofreu uma queda do sexto andar de um edifício na cidade de São Paulo.

Realizadas as devidas perícias como provas, a própria reconstituição da cena do crime e juntamente com os depoimentos, de testemunhas arroladas e também dos acusados, restou comprovado que Anna Carolina Trotta Peixoto Jatobá, ora madrasta, e Alexandre Alves Nardoni, ora genitor de Isabella eram os autores deste crime bizarro, sendo indiciados por homicídio triplamente qualificado.

Ao final deste caso, Alexandre condenado sob pena em mais de trinta anos de reclusão em regime fechado, pela prática do crime de homicídio triplamente qualificado e ainda, de oito anos pela prática delituosa de fraude processual qualificada, este último em detenção.

Já Ana Carolina, teve sua condenação chegando a vinte e seis anos e oito meses de reclusão pela prática delituosa de homicídio triplamente qualificado, bem como, oito meses de detenção pela prática de fraude processual qualificada.

Podemos identificar neste crime, o qual chamou atenção por gerar grande indignação na sociedade, onde uma criança indefesa foi assassinada pelo próprio genitor, e ainda como fora bastante demonstrado pela mídia, e de maneira sensacionalista, criou ainda mais repulsa na população, causando um julgamento antecipado e negativo sobre o caso.

O próximo caso em tela é de Suzane Louise Von Richthofen, ficou conhecido como Suzane Richthofen, que esta teria assassinado os próprios pais, juntamente com seu namorado Daniel Cravinhos e, com seu cunhado Christian Cravinhos, conhecidos como irmãos Cravinhos, a fim de gozar e obter a herança dos pais de Suzane.

O presente caso trouxe tamanho ódio para a população, de maneira que um pouco mais de cinco mil pessoas fizeram inscrição com o intuito de participar do julgamento, contando que o plenário teria apenas 80 lugares. Com essa repulsa, e ódio causado pela mídia, fora solicitado para que transmitissem o julgamento ao vivo, obviamente que o pedido restou negado.

Sendo então negado o pedido pelo tribunal, houve um seguinte parecer do relator José Pinheiro Machado Cogan (*Apud* GONÇALVES; MIGNOLI, 2018):

A publicidade do processo é uma garantia de que os atos nele praticados são feitos com lisura, daí a permanência das portas abertas de forma a que qualquer pessoa que esteja no Fórum possa ingressar e assistir à cerimônia solene. Daí a se pretender que todo o país possa assistir ao lamentável drama que se desenvolve no Plenário do Tribunal do Júri, inclusive com repasse de trechos para jornais internacionais, vai uma longa distância (BRASIL, Tribunal de Justiça).

Analisemos este caso de maneira que os jurados não decidam na raiva ou repulsa da sociedade, visto que, desta maneira estão ferindo outro princípio, qual seja o de

defesa do acusado, sendo este um direito fundamenta ao réu devendo ser julgado sem prejuízo ou que se tenha um pré-julgamento.

Enfim, o próximo caso Mércia Nakashima, sendo completo, Mércia Mikie Nakashima, era advogada, tendo desaparecido em Guarulhos-SP.

Mércia sumiu após almoçar com seus familiares na data de 23 de maio de 2010, os familiares aduziram que Mércia saiu da residência de sua avó, não chegando ao destino final, que era tua casa. Disseram ainda que, anteriormente a Mércia ir embora, recebeu uma ligação de seu ex-companheiro que também foi seu sócio, chamado por nome de Mizael Bispo de Souza.

Logo então, Mizael foi destacado como o principal mentor do crime, o qual nega os fatos. O acusado Mizael relata que procurou entrar em contato via telefone com Mércia na data dos fatos, não tendo sucesso.

Então, no decorrer da investigação, mais precisamente na data de 10 de junho de 2010, por meio de comunicação anônima, o veículo da advogada fora localizado numa represa próximo à cidade de Nazaré Paulista, onde o automóvel se encontrava a 6 metros de profundidade, estando submerso, bem como, o corpo de Mércia, ora vítima, fora encontrado no próximo dia e no mesmo local que o carro de Mércia.

Vislumbramos neste caso como nos demais, vasta repercussão dasociedade, tendo em vista que foi o primeiro caso a ser transmitido por meio televisionado ao vivo, surtindo repulsa, ódio e rancor para com todos os cidadãos brasileiros, haja vista que o crime foi cometido pelo ex-companheiro, ora Mizael, e seu colega Evandro Bezerra Silva, que também fora acusado de participar no assassinato.

Em seu desfecho, Mizael teve sua condenação com pena de 22 anos, em regime fechado. O crime foi adicionado nas causas de majoramento, sendo este por motivo torpe, ou seja, simplesmente pelo término do relacionamento de Mércia com Mizael, pela crueldade do crime, onde os tiros acertaram os pontos vitais, e pela incapacidade de defesa de Mércia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme todo referencial teórico exposto e evidenciado no decorrer deste artigo, restou demonstrado o quão importante é a decisão dos jurados, acerca do tribunal do júri, e o valor que a imprensa e a mídia aplicam no noticiário.

Abordamos alguns conceitos e a drástica mudança no decorrer das épocas ao ser criado e positivado o rito do júri, tal qual válido como garantia constitucional, onde tem o acusado a possibilidade de se defender, visto que, tem autonomia para tanto.

Relatamos, a relevância dos princípios tutelados pelo nosso direito, o mecanismo e o procedimento necessário para se iniciar um júri, o quórum de instalação, as votações, bem como, a competência deste instituto, o qual possui um rol taxativo.

Elucidamos alguns casos com maior repercussão e relevância nacional, onde a mídia impõe o que realmente importa para ela mesma, a fim de um faturamento excessivo, influenciando e alienando a população, transmitindo somente os casos que prevejam um bom retorno financeiro quando noticiado.

Com base nisto, vejamos que seria necessário para solucionar tal problema relacionado à alienação da população, uma diminuição ou até mesmo uma limitação na transmissão de casos como citados no artigo, com o intuito além de acabar com esse pré-julgamento, também deixar os familiares dos acusados mais tranquilos de forma privada e, ainda, não prejudicar mais a honra de quem cometera tal conduta, qual seja, crime contra a vida.

Por fim, restou evidenciado a importância que o instituto do tribunal do júri tem em nosso ordenamento jurídico, seus princípios, as garantias, a influência na votação dos jurados e a transmissão excessiva da mídia sensacionalista.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10722807/inciso-iv-do-artigo-15-da-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 22 maio 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, volume 2, parte especial: arts. 121 a 212. 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa**. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2002.

GONÇALVES, Carlos; MIGNOLI, Jéssica. **A influência da mídia nos julgamentos pelo Tribunal do Júri**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70007/a-influencia-da-midia-nos-julgamentos-pelo-tribunal-do-juri>>. Acesso em: 23 maio 2022.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**: Volume único I Renato Brasileiro de Lima- 5. ed. rev. ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PACOTE ANTICRIME E O NOVO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

GUSTAVO SILVESTRE VILAS BOAS MATIAS:
bacharelado em Direito pela Universidade Brasil.

ELOISA DA SILVA COSTA

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo apresentar um estudo sobre a reforma do Código Penal, advinda do Pacote Anticrime referente à Lei 13.964/19, mas especificadamente, O Novo Acordo de Não Persecução Penal. O Novo Acordo amplia a justiça penal, explanaremos acerca dos crimes cabíveis. A fim de, entender de fato o que a doutrina propõe, sobretudo as diferenças de penas, as vantagens e desvantagens para o acusado e a defesa. Por fim, elencar apresentando a eficiência, a coesão e a justiça, do Acordo de Não Persecução Penal. Ademais, veremos muitas dúvidas, e prenas e lacunas não esclarecidas pelo legislador.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal. Código Penal. Direito. Justiça Pacote Anticrime.

ABSTRACT: This article aims to present a study on the reform of the Penal Code, arising from the Anti-Crime Package referring to Law 13,964/19, but specifically, The New Penal Non- Persecution Agreement. The New Accord expands criminal justice, we will explain about the applicable crimes. In order to really understand what the doctrine proposes, especially the differences in penalties, the advantages and disadvantages for the accused and the defense. Finally, list presenting the efficiency, cohesion, and justice of the Agreement on Non-Persecution. Furthermore, we will see many doubts, and pregnancies not clarified by the legislator.

Keywords: Non-Persecution Agreement. Criminal Code. Right. Justice. Anti-Crime Package.

INTRODUÇÃO

O tema a ser abordado neste presente trabalho retrata da criação do Pacote Anticrime, o qual foi criado a fim de alterar a legislação brasileira, especificamente, no tocante ao Código Penal, Código Processual Penal, a Lei de Execução Penal, os Crimes Hediondos, entre outros.

Inicialmente, esse trabalho procura explorar e esclarecer a sistemática da aplicação e as modalidades existentes, onde o legislador evidencia a eficácia no combate ao crime

organizado, a corrupção, e nos crimes violentos. Logo, trataremos do chamado Novo Acordo de Não Persecução Penal, exemplificando, como ocorre esses ajustes quanto à forma obrigatória.

Em seguida, trataremos os aspectos relevantes juridicamente penais, sobre a aplicação da legislação pátria. O objetivo geral é elucidar acerca das questões sobre a eficácia absoluta do Novo Acordo, bem como, a Legislação Penal no tocante a criação do Pacote Anticrime. O objetivo específico é distinguir as mudanças e os procedimentos sobre o Pacote Anticrime e o Novo Acordo de Não Persecução Penal.

1 – PACOTE ANTICRIME

A lei nº 13.964 sancionada em 24 de dezembro de 2019 chamada de lei do pacote anticrime, e entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2020. O pacote anticrime foi criado para alterar a legislação brasileira, especificamente o Código Penal, o código de Processo Penal, execução penal a lei de crimes hediondos, entre outros.

O legislador visa a eficácia no combate ao Crime organizado, corrupção e crime violento. A nova lei foi uma verdadeira reforma nos códigos criminais penais, e trouxe inúmeras, alterações nos códigos citados, como na lei de Legítima Defesa artigo 25, na pena de Multa artigo 51, Nos Limites das Penas artigo 75 que antes tinha como teto de 30 anos e este foi aumentado para 40 anos.

2– O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O pacote anticrime "aperfeiçoa" a legislação penal e processo penal do país. Entendemos que entre as infrações penais de menor potencial ofensivo, e os crimes mais graves, existe uma lacuna a ser preenchida, onde encontramos os crimes chamados pela doutrina, de crimes de médio potencial ofensivo.

O acordo de não persecução penal é o ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado, com assistência do seu advogado ou defensor.

Esse acordo devidamente homologado pelo juiz, é o acordo no qual o investigado assume sua responsabilidade, e descreve detalhadamente como cometeu o crime, aceita o cumprimento antecipado de algumas condições melhoradas que a sanção penal, e passa a ficar livre dos efeitos de um processo criminal.

Como lembrou Marcellus Polastri (O Chamado Acordo de Não Persecução Penal: Uma Tentativa de adoção do Princípio da Oportunidade, na Ação Penal Pública, Gen Jurídico):

Assim, procurou a Resolução 183/2018, com um critério objetivo, vedar a possibilidade de se aplicar o acordo de não persecução para os crimes hediondos e equiparados, bem como nos crimes de violência doméstica, adotando, ainda, uma margem subjetiva e discricionária na apreciação de cada caso concreto, pois poderá o Ministério Público não oferecer o acordo, caso este "não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (inc. VI do art. 18).

2.1- APLICAÇÃO DA LEI NOS USA

Em alguns estados nos Estados Unidos, o acordo de não persecução penal, é bem diferente do Brasil, em vários aspectos. O crime patrimonial gravíssimo, por exemplo, a pena é de 15 anos, na lei Americana, porém o processo pode demorar muito, para começar, o cumprimento da pena. Então a acusação celebrara um acordo com a defesa, e cumprido o requisitos, o juiz devera homologar.

Acusação percebe que o processo muito longo acaba sendo uma injusto, então com a concretização do acordo, o réu começa imediatamente cumprir ir a sentença, porém menor e melhorada, neste caso por exemplo, o juiz diminuiria a pena, ao invéz do réu cumprir 15 anos, cumprirá 6. Outra difereça importante a ser citada, é que la, o acordo alcança crimes mais graves.

2.2 - ACORDO ANPP

No Brasil, temos uma série de requisitos em que o crime deve se enquadrar, para haver a possibilidade do acordo. A pena mínima deve ser inferior a quatro anos, e as penas de 4 ou superior a quatro anos, não caberão acordo. Exigisse também que o crime não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça. O investigado deve confessar formalmente e circunstancialmente a prática do crime.

O artigo 28-A do CPP especifica as condições, exeções e proibições em relação ao acordo.

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições

ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência):

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência);

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência);

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência);

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência).

O autor Rodrigo Leite Ferreira Cabral:

O referido acordo pretende dar maior racionalidade ao nosso sistema penal. Ele permite que o Ministério Público e Poder Judiciário possam dispensar maior atenção e celeridade aos crimes mais graves. Por outro lado, possibilita uma resposta muito mais rápida aos crimes de pouca gravidade, o que pode ocorrer, inclusive, poucos dias após o crime. Tal proposta segue o exemplo de países como os Estados Unidos e a Alemanha, em que a maioria esmagadora dos casos penais são resolvidos por meio de acordo.

3 – OS POSSÍVEIS ACORDOS

O acordo de não persecução penal poderá ser proposto pelo representante do Ministério Público, ou pelo acusado, quando o delito em questão, for a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, como por exemplo, furto, estelionato, posse irregular e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido.

O acordo pode se apresentar como uma boa opção ao infrator da lei, porém o código de processo penal, proíbe expressamente o acordo de não persecução, nos crimes que envolvem violência doméstica ou crimes contra a mulher, por questão de gênero, conforme §2º, IV, do CPP.

O acordo de não persecução penal, não traz a possibilidade do cumprimento de pena privativa de liberdade, pois trata de alguns crimes específicos e de menor grau. Porém, o acordo é quase como uma transação penal aplicada, alcançando mais crimes, do que a transação penal.

Como se trata de uma situação mais favorável ao acusado, não haverá acordo nos casos em que o acusado for reincidente, ou que tenha elementos que indiquem que ele é um criminoso habitual, ou se o agente foi beneficiado nos 5 anos anteriores por outro acordo, ao cometimento de outra infração.

São possíveis de ANPP: furto (artigo 155) e furto qualificado (artigo 155 §§ 4º, 5º, e 6º); dano qualificado; apropriação indébita (artigo 168) e apropriação indébita previdenciária (artigo 168-A); receptação (artigo 180). Neste sentido, urge destacar que o ANPP sofre vedação no que tange às infrações penais com violência ou grave ameaça contra a pessoa.

Com a concretização do acordo, a celebração e o cumprimento, não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para fim de impedir que o investigado seja beneficiado nos 5 (cinco) anos posteriores à celebração do ato, com um acordo, transação penal ou suspensão condicional do processo.

Portanto o acordo é uma opção importante para a justiça criminal, pois teremos uma resposta imediata de crimes menos graves, e beneficiaria a vítima e o acusado.

4 – POSSÍVEIS BRECHAS DO LEGISLADOR

Algumas questões deixam dúvidas sobre a eficácia absoluta do acordo de não persecução penal. No parágrafo 1º, do artigo 28-A nos traz, a impossibilidade de fazê-lo. Então, um sujeito que clona cartões de crédito e débito, estará cometendo o crime de

falsificação de documento particular, a pena mínima é inferior há 04 anos, se o crime foi cometido sem violência ou grave ameaça, e obedecendo a lei, o réu tem direito de requerer o acordo de não persecução penal.

Digamos que o sujeito falsificou 100 cartões, e só foi pego no 111º, nesse caso, o acusado cumprindo todos os requisitos impostos, terá a possibilidade de fazer o acordo, entregando os equipamentos usados para prática dos crimes, e confessando, informando com detalhes, como ele praticava os crimes. A confissão ajudará a justiça a prevenir futuros crimes. Com o cumprimento, possivelmente estará extinta a punibilidade e ele continuará réu primário.

5- DESCUMPRIMENTO DO ACORDO

Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

Neste ponto, não restam dúvidas de que de certo modo, a confissão no acordo de não persecução penal é capaz de trazer prejuízos ao acusado, uma vez que homologado o acordo, a confissão trazida inicialmente, poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

6 – EXIGÊNCIA DE CONFISSÃO

O investigado deve confessar a prática da infração do crime, formalmente e circunstancialmente. Portanto, o acordo exige a confissão, violando o direito da não autoincriminação, o direito ao silêncio e o direito constitucional de não confessar a prática de um crime.

Na confissão o investigado deverá descrever detalhadamente como praticava as infrações, ajudando a justiça a combater futuros crimes semelhantes.

Com a concretização do acordo, o juiz das garantias ou o juiz que o celebrou, tem ciência da confissão, logo em um possível descumprimento, poderá vir a influenciar na decisão deste.

7 - DEVOLUÇÃO, EXECUÇÃO, RECUSA DA HOMOLOGAÇÃO E PROVIDÊNCIA.

O julgador poderá devolver os autos ao Ministério Público, para que reformule nova proposta de acordo, em casos que considerem inadequadas condições expostas no acordo de não persecução penal, como aceitação do réu e seu defensor.

Para iniciar a homologação o juiz deverá devolver os autos Ministério Público para execução perante o juízo de execução penal.

A homologação à proposta que não obedecerem os requisitos legais, podem ser recusadas pelo juiz, assim serão devolvidos os autos ao Ministério Público para análise de investigação, denúncia ou arquivamento.

Sob a luz do art. 81, inc. xxv, relata que as partes poderão recorrer em desfavor a decisão, caso a recusa se der pelo Ministério Público, o réu tem o direito de requerer a remessa dos autos órgão superior.

8.- RETROATIVIDADE DO ANPP

O Conselho Nacional de procuradores-gerais entendem que seria cabível a manifestação por parte da defesa por requerer o acordo de não persecução penal, em crimes ocorridos antes da vigência do art. 28-A, desde que não oferecida a denúncia.

Já para o Tribunal Federal, por analogia, acredita ser possível a retroatividade da lei número 9.099/1995, quando ainda não houver condenação no processo.

Porém, é possível a concretização do acordo, mesmo com oferecimento da denúncia ou após a condenação.

O acordo tem uma série de benefícios para o réu, dentre eles, com o seu cumprimento, extingue-se o processo, não havendo desgastes processuais.

Logo após a condenação, mesmo o condenado que esteja cumprindo a pena, se for constatado que na época dos fatos, seria possível a existência do ANPP, então seria realizada uma análise, e caso for preenchido os requisitos, o juiz poderá conceder e celebrar o acordo.

Nos casos em que o condenado já cumpriu a pena, poderão ainda sim, requerer se possível a realização do acordo de não persecução penal, com intuito cessar os efeitos da condenação.

Ao final, com o cumprimento do acordo, será extinto o processo, e a cessação dos efeitos da condenação. Caso o acusado, no cumprimento do ANPP, deixar de cumprir os requisitos propostos, o acordo será rompido.

Descumprimento do acordo e suspensão condicional do processo: Se forem descumpridas as condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. Tendo em vista os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo, a rescisão não pode ser efetivada sem que seja dada vista a seu defensor. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado pode ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acordo de não persecução penal é válido, pois resolve os casos em que nele são enquadrados, agiliza o cumprimento da pena, juntamente com a demora processual, e ainda, diminui a superlotação dos presídios públicos, que é um dos grandes problemas do nosso país.

Portanto, haverá posicionamentos favoráveis e contrários ao acordo de não persecução penal. Constarão falas sobre a inconstitucionalidade acerca de exigir a confissão, bem como por ser conivente como o investigado, ou priorizando a liberdade ao encarceramento.

Por final, trata-se de uma evolução legislativa, que persegue uma justiça restaurativa, contributiva e eficaz no sentido de devolver às vítimas e à sociedade aquilo que foi tomado do investigado, de maneira mais eficaz, sendo uma alternativa ainda mais celere, comparado com o procedimento comum.

Assim como, a transação penal, suspensão da pena e suspensão do processo, o acordo de não persecução penal é mais um instrumento a favor da justiça penal.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, I. B. Justiça restaurativa. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.).

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: set/2021.

CABRAL, R. L. F. **O acordo de não-persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>>. Acesso em: nov/2021.

CAPRIOLLI, R. C. S. **Acordão de não persecução penal.** 2020. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11892/Acordo-de-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: out/2021.

JOIA, M. M. B.; SANCHES, A. G. Pacote anticrime: alterações promovidas no Código Penal. 2021. **In:** Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/56288/pacote-anticrime-alteraes-promovidas-no-codigo-penal>>. Acesso em: set/2021.

MEDEIROS, F. M. **Art.28-A – Acordo de não persecução penal.** 2020. Disponível em: <<https://flaviomeirellesmedeiros.jusbrasil.com.br/artigos/1108922553/art-28-a-cpp-acordo-de-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: out/2021.

Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/138/edicao-1/justica-restaurativa>>. Acesso em: set/2021.

EXTREMISMOS IDEOLÓGICOS DISSEMINADOS PELA INTERNET E OS RISCOS AO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

VINICIUS OZÓRIO GOMES:
Graduando de Direito da
Universidade Brasil – Campus
Fernandópolis.

ELOISA DA SILVA COSTA
(orientadora)

RESUMO: O tema deste artigo trata sobre os extremismos ideológicos da atualidade, demonstrando a forma com que a civilização transformou seus gostos e costumes em leis particulares, onde, não se é levado em consideração um limite, a realidade é apenas a crença individual e todo o restante se é desconsiderado. Como se fosse um loop, os extremos das civilizações se intercalam por séculos, por vezes os costumes capitalistas prevalecem, outras os socialistas, mas o que modifica este revezamento atualmente, é a disponibilidade e o acesso à tecnologia e a informação, os modos de se expressar estão cada vez mais amplos e isso é, por definitivo, o melhor meio para que o extremismo seja dissipado e confundido com “justiça”.

Palavras-chave: Extremismo. Ideologia. Constituição. Capitalismo. Socialismo.

ABSTRACT: The theme of this article deals with current ideological extremisms, demonstrating the way in which civilization has transformed its tastes and customs into particular laws, where, no limit is taken into account, reality is just individual belief and all the rest if it is disregarded. As if it were a loop, the extremes of civilizations are interspersed for centuries, sometimes capitalist customs prevail, sometimes socialist ones, but what modifies this relay today is the availability and access to technology and information, the ways of expressing is increasingly broad and this is, ultimately, the best way for extremism to be dissipated and confused with “justice”.

Keywords: Extremism. Ideology. Constitution. Capitalism. Socialism.

1. INTRODUÇÃO

Desde o início dos tempos, as civilizações são formadas por grupos sociais que tenham o mesmo conjunto de ideias e valores, ou seja, a mesma ideologia. As provas históricas são irrefutáveis, pois, dispõem de diversos tipos de artefatos que remetem à forma de vida dos primeiros povos da terra, suas leis, costumes, tradições, formas de pensar e agir, as divisões de classes sociais, os níveis de governo, entre outras características.

As ideologias se diferem tanto, que durante a história diversos povos de diferentes culturas tiveram seus impérios, como o Império Romano, os Egípcios, os Maias, etc., cada um com sua estrutura organizacional de estado e cultura contendo características próprias.

Em pleno século XXI, isso não é diferente, cada continente contém povos com ideologias diferentes, mas, para se chegar ao ponto que há atualmente, o direito à liberdade se tornou mais amplo e criou fortes raízes que margeiam as leis e deveres. Com isso, os cidadãos formaram grupos dentro das sociedades, não se limitando apenas ao que o governo os impusesse, pois, este direito em expansão lhes dava a segurança e garantia necessárias para enfrentar até mesmo seus atuais governantes, mostrando que o povo detinha o real poder dentro de uma civilização, e não mais somente um grupo pequeno de pessoas.

Com isso, as ideologias começaram a se tornar não somente uma ideia, mas um estilo de vida, que nada há de errado desde que seja exteriorizado de forma que respeite os ideais do outro que não tem a mesma forma de pensar e agir, pois, todos são vistos de forma igual perante a lei e detém os mesmos direitos e deveres.

Neste sentido, no Brasil, o artigo 5º da Constituição Federal, descreve todos os deveres e garantias fundamentais para todos os seus cidadãos, de modo a zelar pela liberdade e igualdade a fim de instaurar um Estado Democrático de Direito, onde todos têm voz ativa e são valorizados, onde as ideias podem e devem ser todas levadas em consideração de modo a proteger os menos privilegiados.

Acontece que em alguns casos, o sentimento de pertencimento a uma ideia é tão forte, que cega algumas pessoas de modo a exteriorizar isso de maneira extrema, não se importando com o outro e muito menos com as consequências que esse tipo de atitude pode se levar. O extremismo é, por muitos, considerado não ser democrático, tampouco justo.

A lei determina limites, que não devem ser ultrapassados por qualquer pessoa, independentemente de sua condição financeira, ideológica ou partidária. Qualquer ato que ponha em riscos esse direito, deve ser considerado uma afronta à Constituição Federal e ao próprio país.

Apesar de todo rigor da lei, a modernidade e a evolução trouxeram a era da tecnologia e a ascensão da internet, sendo ela, o principal meio de disseminação de qualquer modo de extremismo, porém, algo que vem se destacando cada vez mais e fazendo parte do dia a dia das famílias é o meio político.

Políticos de todos os cantos do mundo, inclusive de cada cidade do Brasil, utilizam as redes sociais para sua própria promoção no meio da sociedade, se mantendo em destaque e ilustrando o que seriam seus planos de governo em ação, mas ao mesmo tempo, incitam o ódio e a desconfiança sobre a oposição em seus apoiadores, que por sua vez, disseminam essas informações precipitadamente sem checarem se estas correspondem com a realidade.

A desinformação é utilizada para induzir ao erro e manipular a imagem que se tem sobre determinado assunto, com a finalidade de priorizar uma ideologia e ao mesmo tempo descredibilizar outra, mediante a supressão ou ocultação de informações distorcendo o real sentido. Sendo este quesito um dos principais pilares do extremismo, que por sua vez, é também o alvo do combate a manipulação da população. Atualmente usa-se o termo mais popular para ilustrar e identificar este tipo de ato, as chamadas “Fake News” (notícias falsas).

Através de fatos históricos pode-se identificar o extremismo camuflado de liberdade de expressão, que é o principal objetivo para resguardar a Constituição Federal sendo ela alvo direto nestes casos, pois, a história enfatiza e exemplifica diversos acontecimentos extremistas que colocaram em risco o próprio povo e as demais nações.

2. O EXTREMISMO CAMUFLADO NA HISTÓRIA

A história é repleta de drásticas consequências causadas por ideologias extremistas que ganharam força e chegaram aos escalões mais altos do poder de determinadas civilizações. Neste contexto histórico, não há como não pautar o exemplo extremista que foi o período em que o “Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães”, mundialmente conhecido como Partido Nazista, ficou no poder.

Iniciando como um pequeno partido, com poucos membros e nenhuma liderança de renome entre eles ainda formada, foi conquistando aos poucos o apoio da população, sempre pregando o antissemitismo e a elevação da raça ariana. Aproveitando de um descontentamento populacional com as medidas de governo adotadas na época, intensificaram seus discursos pregando para cada vez mais pessoas, onde neste momento, Adolf Hitler se destacou como orador do partido e posteriormente foi colocado como porta voz central, sendo o principal orador e disseminador das ideologias Nazistas.

Com a referida expansão atingindo cada vez mais uma parcela maior da população, ganharam força e reconhecimento, atingindo porcentagens consideravelmente altas nas eleições, mas não conseguindo ainda assim o pleno direito de governar garantido pelas eleições de forma realmente honesta, porém, em 27 de fevereiro de 1933, aconteceu o Incêndio de Reichstag, o qual intensificou as razões na época para um Golpe de Estado,

onde Hitler se usaria disso para suprimir seus adversários políticos, logo, em 28 de fevereiro, um dia após, ele convenceu a República de Weimar e o presidente Paul Von Hindenburg para emitirem o "Decreto do Incêndio do Reichstag", suspendendo assim a maior parte dos direitos de liberdade dos civis. Praticamente um mês depois, *Reichstag* aprovou a "Lei de Concessão de Plenos Poderes de 1933", repassando ao gabinete o direito de promulgar leis sem que o parlamento consentisse repassando assim a Hitler poderes ditatoriais.

Detendo de praticamente o direito absoluto, os nazistas criaram o controle totalitário. Aboliram sindicatos, partidos políticos e seus adversários foram presos, primeiro em *wilde Lager* e em seguida, nos campos de concentração.

A partir disso, seguiram para o desfecho mais desumano possível em busca de mais dinheiro e poder, não havendo limites para conquistar os objetivos do partido nazista o que o colocou em rota de colisão com a guerra mundial que veio à frente.

De modo geral, a história nos traz exemplos extremos dos resultados que são atingidos quando não há limites para as ideologias e crenças. A Segunda Guerra Mundial foi causada por isso, ambições de um pequeno grupo extremista que persuadiram milhões a fazerem parte dessa mancha que marca a história do mundo mostrando o pior lado da humanidade.

3. A ERA DA INFORMAÇÃO

Desde o final do século XX, a tecnologia veio sendo aperfeiçoada até chegar no que conhecemos hoje, mas, somente no século XXI que houve uma grande explosão nos campos de atuação da tecnologia, o que trouxe benefícios absurdos para toda a vida humana, desde o próprio acesso à informação até mesmo ao meio rural onde praticamente todos os produtores rurais da atualidade usam da tecnologia para poder plantar e colher em maior escala do que se era feito anteriormente.

Porém, com os grandes benefícios veio também certos malefícios, partes onde a tecnologia vem sendo usada de modo a manipular comportamentos e decisões das pessoas, alterando assim a própria vontade dos indivíduos.

Observando isso, partidos políticos e agências governamentais intensificaram a exploração de redes sociais para disseminar notícias falsas ou sensacionalistas, usar da censura de informações para minar a confiança na mídia, ciência e instituições públicas voltadas a veicular a verdade como tem que ser feito.

O que antes era passado ganhando as multidões por meio de palanques para milhares de pessoas como dito anteriormente, agora basta um clique para qualquer tipo de informação que falte com o compromisso com a verdade chegue até a casa de milhões de pessoas no mundo em questão de um simples segundo, alterando sua crença, opinião, até mesmo modificando os costumes daquele que está tendo um contato direto com a notícia.

Esse novo meio de veiculação de notícias recebeu o nome de “Fake News” (notícia falsa) como mostrado anteriormente, sendo infelizmente mais comum do que geralmente se pensa, esse tipo de disseminação de notícia está presente em matérias na internet veiculadas principalmente através de grupos de “WhatsApp” ou qualquer outro meio de mídia digital de grande acesso do público, pois, quanto mais público, maior a veiculação e consequentemente maior o alcance.

Isso gera um efeito em cadeia enorme, alcançando até mais pessoas do que se era pretendido inicialmente, e isso acontece em razão de as pessoas não se preocuparem ou se importarem em confirmar a veracidade dos fatos, a fonte de onde saiu, os motivos por de trás daquele assunto ou demais meios de confirmação, muitos não veem que não existe minimamente uma base confiável.

Movidas por sua rotina extremamente complexa, turbulenta e cansativa, as pessoas não estão interessadas em confirmar os dados, apenas olham, se chocam e repassam, para que mais pessoas no mesmo estado em que elas estão façam a mesma coisa e assim por diante, levando apenas suposições sem comprovação, contando apenas com uma fonte, que é a “versão” que a pessoa interessada em manipular quer repassar aos seus manipulados.

Em contrapartida diversos meios de comunicação alertam sobre os riscos e os índices que chegam as “Fakes News” como mostra um trecho da reportagem feita pelo canal TECHTUDO baseada na pesquisa realizada pela Universidade de Oxford da Inglaterra intitulada “Desafiando a Verdade e a Confiança: Um Inventário Global da Manipulação Organizada nas Mídias Sociais”, dizendo que:

No Brasil, de acordo com a pesquisa, o uso de práticas desonestas na Internet para influenciar as pessoas acontece desde 2010. Contas fake, bots, mensagens de distração, entre outras práticas, foram usadas durante duas campanhas presidenciais e o impeachment.

exemplificando algumas das práticas usadas para tal finalidade.

4. O PLANO METICULOSAMENTE ARTICULADO

De modo extremamente bem calculado, considerando todos os riscos e envolvendo diversas partes em prol de um único objetivo que é a manipulação em massa, as chamadas “Cyber Tropas” que são grupos organizados, especialistas em disseminar notícias falsas pela internet e contam com uma grande automação nas redes, comentaristas para dar mais veracidade ao assunto disseminado, produção de marketing e conteúdo para afirmar o teor de informações falsas, assédio de seus alvos e distrações em direto, para que a aceitação do dialogo seja feita com mais naturalidade possível.

Essa realidade está mais próxima do que se imagina, também mostrado pela matéria do site “TECHTUDO”, no Brasil esse meio de manipulação é utilizado constantemente:

No caso do Brasil, quase todas as práticas citadas foram detectadas. Temos no país contas fake humanas, automatizadas e híbridas, criação de conteúdo, astroturf, mensagens pró-governo e partidos, ataques à oposição, assédio e mensagens de distração. De acordo com o relatório dos pesquisadores, há evidências de bots e trolls profissionais usados agressivamente para abafar opiniões minoritárias e discordantes durante duas campanhas presidenciais, o impeachment e a eleição para a Prefeitura do Rio de Janeiro.

O engajamento e tamanho interesse nesse tipo de influência, mostra o quão poderoso é esse meio de manipulação, que é feito em massa e de forma extrema, utiliza da ênfase, para mostrar para alguém que somente o ponto de vista daquela pessoa é o correto, e a faz crer nisso, sem saber que está sendo usada por um terceiro, de modo a acatar silenciosamente e inconscientemente ordens e novos meios de conduta.

4.1 A FINALIDADE DA MANIPULAÇÃO DAS MASSAS

A meta é o poder de controlar a mente, mesmo que de forma inconsciente da população, para que façam tudo aquilo que o manipulador deseja. É comumente usada para a manipulação de eleições, pois logicamente há um imenso interesse em conquistar um mandato e nele permanecer. Os partidos políticos injetam uma quantidade absurda de dinheiro para esse tal fim, já direcionando a atenção para o alto rendimento que esses tipos de manipulações trazem.

Esse tipo de ato, não acontece de uma forma meramente suave, ele aparece de forma agressiva, exaltando um ponto de vista muitas vezes controverso da realidade e por vezes indo totalmente contra os princípios fundamentais garantidos para todos os cidadãos.

No Brasil, o extremismo ideológico está em uma alta crescente, resultado de um descontentamento com governos passados, que fere diretamente o orgulho de pessoas mais pobres, onde por vezes se sentem menosprezadas por aqueles que deveriam fazer valer as leis vigentes do estado e garantir um país digno para seus cidadãos. Esse período de descrença no governo foi o ápice para uma revolta, sendo extremamente propícia para as “Cyber Tropas”, que, observando o estado atual da nação, intensificaram seus ataques, visando focar a atenção do povo naquilo que seria a salvação para o momento de angústia vivido por todos aqueles que se sentiam enganados e os quantos mais que quisessem um novo estilo de vida, e dessa forma, a história se repete, porém diferente, graças à tecnologia.

5. A DISCRIMINAÇÃO BASEADA EM OPINIÕES POLÍTICAS DIVERGENTES

A Revolução Francesa trouxe a ideia de uma divisão de classes políticas que criou raízes firmadas até os dias atuais, no local onde os dois principais partidos políticos se reuniram à época para redefinir os rumos da França, houve uma divisão entre eles, sendo que do lado esquerdo do salão se encontravam os mais exaltados e radicais, membros da baixa burguesia e a classe trabalhadora, enquanto do lado direito estavam as pessoas de classes superiores, que utilizavam dos benefícios que seu estilo de vida mais vantajoso lhes imputava que era a conciliação e a boa articulação com a nobreza e a alta burguesia.

Deste modo, a história eternizou a esquerda como pessoas pobres, de perfil mais radical e exaltado, enquanto a direita é diretamente ligada ao oposto, sendo sinônimo de costumes mais tradicionais e mais centrados.

Isso gerou muito preconceito ao decorrer dos tempos, e por motivos de chacota, pessoas que se encaixavam mais com o perfil da esquerda começaram a ter preconceito consigo mesmas e começaram a se considerar autonomamente de direita.

Aproveitando disso, uma nova forma de pensar foi implementada na população, e puderam assim criar um novo estilo de vida, porém, precisava-se haver a ideia de uma nova “seleta de pessoas” que compõem o novo estado democrático de direito, unindo o poder aquisitivo das altas classes com o poder de voto da grande massa, que se encontra nas mãos de pessoas das classes mais pobres, portanto, mesclaram as pessoas com um melhor poder aquisitivo, com o apoio em massa de classes mais baixas que se consideram parte dessa seleta por direito, desde que reneguem seus costumes e ideologias anteriores, se firmando a essa novo “patamar social”.

Em contrapartida, o povo que não se identificava com tais ideias, se uniram e firmaram uma nova idealização do que seria correto, mais singelos financeiramente, mas

ainda assim contando com uma grande parte do poder de votos que por vezes é mais disputado do que o poder financeiro nas eleições.

A partir disso, os grupos especializados em manipulação de massas, intensificou seus atos, causando diversas rupturas nas mais variadas culturas dentro do país, abalando ideologias e crenças políticas, abrindo abismos ideológicos dando espaço para todo e qualquer tipo de ataque criminoso e discriminatório extremo. As pessoas não mais seguem um contexto do que era bom para toda uma população, mas somente para aqueles que pensassem assim como elas.

6. A PAIXÃO CRETINIZANTE

A política deixou de ser algo distante, está religiosamente ligada à vida de toda a população, e isso desencadeou um sentimento, mais forte do que qualquer noção, misturando dopamina, feniletilamina e noradrenalina com um pouco de sensacionalismo, neste instante, surge a paixão pela política, onde o representante eleito deixa de ser um mero servidor público e passa a ser um ídolo, uma imagem a ser copiada, um ser para se seguir os passos.

Nada mais intenso e sucinto em descrever esse sentimento como a frase:

“Nada mais cretino e mais cretinizante do que a paixão política. É a única paixão sem grandeza, a única capaz de imbecilizar o homem.”,
Rodrigues, Nelson.,

descrevendo o real resultado desse sentimento descontrolado, que serve apenas para distanciar aqueles que deveriam zelar pelo senso de união e solidariedade.

A partir do momento em que o servidor se torna um ídolo, o real motivo da política se distancia e o que era para ser em prol de uma nação, gira em torno de apenas um partido e àqueles que a ele pertencem.

7. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS GARANTIDOS À TODOS ATRAVÉS DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição Federal garante para todos os brasileiros direitos básicos, para que assim todos se respeitem e nenhum direito concedido a qualquer cidadão sobressaia o outro tendo consideravelmente mais valor, visando a igualdade dos mesmos, sem privilégios, de modo a resguardar a integridade física e intelectual, sendo que desde 1988 foi firmada e permanece até os dias atuais.

Apesar de contar com tais garantias constitucionais, zelando por todos esses direitos, muitas vezes os meios utilizados pelas "Cyber Tropas" vão completamente na contramão do que se está estipulado, instigando o que há de mais extremo na visão de um cidadão, incitando o ódio e descontentamento que por vezes se encontrava reprimido. Acontece que em diversos casos, a exteriorização desses sentimentos pode ocorrer de forma descontrolada, pois, na visão de quem o pratica, está acobertado por um direito irreal de que pode praticar todo e qualquer ato que esteja de acordo com quem se encontra no poder desta nova seleta.

Como escrito em matéria disponibilizada pela ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO:

Os que se posicionam desse modo não costumam apenas apresentar soluções simples para problemas complexos e profundos, eles não aceitam o contraditório. Essa é, infelizmente, uma tendência mundial e que já foi vista em outros períodos históricos da humanidade. (...) O extremismo não está relacionado a um posicionamento ideológico específico, na verdade ele pode existir na direita ou na esquerda. O filósofo político e historiador italiano, Norberto Bobbio (1909 " 2004), em seu livro "Direita e Esquerda. Razões e significados de uma distinção política", chega ao ponto de afirmar que as ideologias opostas encontram pontos de convergência em suas alas radicais, já que esses movimentos têm muito em comum, não no âmbito dos programas ideológicos, mas pelo fato de pertencerem à ala extremista contraposta à ala moderada. Bobbio afirma que os "extremos se tocam".

Baseando-se nisso, há como observar que ambas as partes se preocupam seguir em partes o que fora estipulado na Constituição, com certos "vetos" em forma de desinteresse, como se o que está estipulado lá, pudesse ser contornado e apenas cumprido em partes, tais essas as quais agradem mais determinadas partes.

8. O RISCO EMINENTE AOS DIREITOS GARANTIDOS

O real risco caracterizado nesse cenário, é por muitas vezes abstrato por ainda não ter sido concretizado, porém, os indícios históricos indicam o desfecho característico para civilizações que optam por esse tipo de caminho, onde o lado governante limita direitos, alteram a constituição excluindo assim por definitivo o Estado Democrático de Direito.

Mediante isso, não há mais direitos e garantias fundamentais, não existe mais oposição para pleitear o direito dos que estejam em desvantagem. As minorias serão

extintas e prevalecerá apenas a maioria dominante e extremista que por motivos de alienação da massa, obteve a legitimidade para determinar de forma livre os rumos da nação.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo trata da extrema importância de se manter o que fora designado pela constituição, garantindo que todos os direitos e deveres sejam válidos da mesma forma para qualquer pessoa que faça parte do referido estado democrático de direito, mostrando o caminho tortuoso em que se finda, quando os direitos garantidos a toda população são direcionados apenas à uma parcela de pessoas e por elas comandado de forma extremista e sem supervisão de poderes.

A melhor forma para que isso não ocorra é, de fato, que haja uma fiscalização de todos os três poderes sobre os mesmos, um fiscalizando o outro da forma como dita a lei e removendo de forma definitiva aqueles que apresentem riscos à democracia, que é o regime político adotado pelo Brasil.

Os partidos políticos necessitam ser fiscalizados, há também a necessidade que se faça uma fiscalização psicológica sobre aqueles que pretendem comandar uma população ou estar à frente de determinado cargo de extrema relevância nacional, para que assim, os que apresentem riscos ao Estado, sejam afastados e outras pessoas com a sanidade mental adequada, sejam direcionadas para esses referidos cargos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15/12/2021.

CABRAL, Isabela. Como acontece a manipulação da opinião pública nas redes sociais. **TechTudo**. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/listas/2018/08/como-acontece-a-manipulacao-da-opiniao-publica-nas-redes-sociais.ghtml>. Acesso em 27/01/2022.

FERNANDES, Cláudio. Direita e Esquerda. **Mundo Educação**. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/politica/direita-esquerda.htm>. Acesso em: 18/02/2022.

FERNANDES, Cláudio. Nazismo. **História do Mundo**. Disponível em: <https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/nazismo.htm>. Acesso em: 25/11/2021.

SANTOS, Gilmaci. Opinião – Os extremismos não nos levarão a lugar nenhum. **Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo.** Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/noticia/?id=399898>. Acesso em: 10/02/2022.

WILD, Bianca. Ideologia, ideologias, visões de mundo. **Brasil escola.** Disponível em: <https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/sociologia/ideologia-ideologias-visoes-mundo.htm>. Acesso em: 07/01/2022.

PSICOPATIA FORENSE NO ORDENAMENTO JURÍDICO

TAIS CONCEIÇÃO DA SILVA FREITAS SIPIÃO:

Graduanda no Curso de Direito da Universidade Brasil,
Campus Fernandópolis.

RESUMO: O tema deste artigo é o estudo da doença mental, a imagem da doença mental e a forma como são punidos quando são responsáveis por seus atos no ordenamento jurídico brasileiro. Dados os imensos riscos dos pacientes mentais, a natureza interdisciplinar da psicologia jurídica que se aplica ao direito prova isso, e seu objetivo é resolver conflitos vitais para a sociedade como um todo. A conexão entre o trabalho psicológico e a aplicação do direito penal e a responsabilidade civil de tais indivíduos é importante. A incapacidade absoluta atribuída ao doente mental é declarada por meio de liminar, que é uma medida proposta em juízo, não importa quem peça a comprovação da sua legalidade, é eficaz porque prova que as ações do agente são inválidas. E o isenta de responsabilidade. No que diz respeito ao direito penal, as medidas a atribuir são medidas de segurança e não penas restritivas ou privativas de liberdade.

Palavras-Chave: Doença mental, Psicologia jurídica, Medidas de segurança, Responsabilidade, Criminologia.

ABSTRACT: The subject of this article is the study of mental illness, the image of mental illness and how they are punished when they are responsible for their acts in the Brazilian legal system. Given the immense risks of mental patients, the interdisciplinary nature of legal psychology that applies to the law proves this, and its aim is to resolve conflicts vital to society. The connection between psychological work and the application of criminal law and the civil liability of such individuals is important. The absolute incapacity attributed to the mentally ill is declared through an injunction, which is a measure proposed in court, no matter who asks for proof of its legality, it is effective because it proves that the agent's actions are invalid. And it exempts you from responsibility. About criminal law, the measures to be granted are security measures and not restrictive or custodial sentences.

Keywords: Mental illness, Juridical Psychology, Security measures, Responsibility, Criminology.

Sumário: 1. Introdução. 2. O psicopata e a psicopatia. 2.1. Breve histórico. 2.1.1. A psicopatia. 2.1.2. Características de um psicopata criminoso. 3 O psicopata e o direito civil. 3.1. Capacidade Civil. 4.O psicopata e o direito penal. 4.1.A imputabilidade penal e o psicopata. 4.1.1. A importância do exame de sanidade mental. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a finalidade de trazer o conhecimento da psicopatia no meio jurídico.

A psicopatia é uma questão quem vem sendo discutida desde 1.501.

A partir daí é um conteúdo de estudos para diversas áreas teóricas, como a psiquiatria em geral, sociologia, antropologia e no meio jurídico.

Este trabalho evoluiu com o estudo nas áreas da Psicologia Jurídica, Psicologia Forense, Criminologia e Psicologia na área Criminal.

O objetivo deste artigo é nos apresentar em primeiro momento o quão difícil é nos dias atuais conceituar a psicopatia e o psicopata e também nos apresentar uma pequena história sobre os primeiros estudos de casos e dar um passo a frente no que concerne a esse transtorno, com o intuito de que cada vez mais pessoas sejam capazes de reconhecê-los como sujeitos passíveis de amparo, através da sanção penal adequada, podem ver que a Psicologia vem agindo junto com a área criminal, faz com que o indivíduo não seja olhado como o crime que cometeu.

Farei um levantamento geral a respeito da personalidade do psicopata e suas características notáveis, oferecendo os testes atuais usados para o diagnóstico da patologia tirada das ciências ligadas a saúde mental como psicologia e psiquiatria.

Enfim recorrendo a pesquisa bibliográfica, artigos científicos e com apoio de alguns livros da área procuramos esclarecer o tratamento recusado ao psicopata dentro do sistema da justiça criminal brasileira que pertence a legislação e a jurisprudência como uma prova da retribuição e prevenção por parte do estado, mediante a sanção penal cabível para esses indivíduos com a finalidade de estabelecer as ciências humanas, a fim de suprir a sua totalidade.

2. O PSICOPATA E A PSICOPATIA

2.1 BREVE HISTÓRICO

Quando ouvimos falar em psicopatas, lembramos logo dos assassinos em série, como por exemplo, Ted Bundy conhecido na década de 1970 por estuprar e matar mais de 30 mulheres, ou até mesmo o Yang Xinhai que confessou matar 65 pessoas entre 1999 e 2003 na China.

Todavia, mesmo com esses casos brutais e por ter sido assassinos frios e lunáticos, a psicopatia nos mostra além do que a imagem sensacionalista que a imprensa tenta impor.

Ilana Casoy em sua obra Serial Killer- Louco e Cruel, ela os dividiu em 4 partes

O Visionário- que é uma pessoa insana, psicótica, e que além de ouvir vozes ele a obedece. Ele pode ter visões e alucinações

O Missionário- Ele não demonstra ser um psicótico, diz livrar o mundo do que acha imoral, ele escolhe o público específico para matar, como prostitutas, judeus e homossexuais.

Os Emotivos- o que matam por apenas diversão. Dos quatro o emotivo é o que realmente mata por prazer e usa meios sádicos e cruéis.

Os Libertinos – Esses são os assassinos sexuais, seu prazer é ver a vítima sofrer, sob tortura, por torturar e mutilar. Isso lhe causa um prazer sexual.

2.1.1 A psicopatia

A psicopatia é conhecida por todas as doenças mentais e mesmo sendo uma anormalidade congênita da personalidade e mesmo com o que foi dito, os indivíduos que sofrem desse mal podem mesmo assim levar sua vida normal.

É um erro dizer que todos os psicopatas são pessoas violentas e assassinas, na maioria das vezes ele aparentam ter sentimentos verdadeiros em relação a conhecidos.

Na opinião dos médicos psiquiatra a psicopatia não é uma doença mental e nem tão pouco podemos chamar quem sofre desse mal de louco, eles não apresentam que são portadores de personalidade antissocial como: desorientação, delírios ou alucinação perda de consciência, entre outros.

Pelo contrário, os chamados de psicopatas se apresentam imensamente bem, falam muito bem são eloquentes e dispõem de um raciocínio frio e calculista.

Embora o diagnóstico possa ser feito formalmente aos 18, podemos observar que as crianças psicopatas são manipuladoras, impulsivas e extremamente egocêntricas e cruéis ao ponto de maltratar um cachorro ou gato, masturbação compulsiva, fugas e roubos. Esse transtorno continua por toda a vida adulta, atingem ambos os sexos e na atualidade atinge cerca de 4% da população mundial.

2.1.2 Características de um psicopata criminoso

No decorrer da infância os psicopatas mostram suas características, já na adolescência ela pode aumentar como diminuir, chegando ao seu máximo aos 18 anos de idade, onde atributos ressurgem com maior frequência.

Os sinais mais comuns são: egoísmo, ausência de sentimentos afetuosos, falta de sentimento de culpa, habilidade para manipular as pessoas, incapacidade de aprender com punições e não sentem arrependimento pelo que fez.

Geralmente os psicopatas são do sexo masculino, porém pode atingir um porcentual de mulheres, com características diferentes e menos específicas.

Um psicopata é uma pessoa extremamente inteligente, sempre conseguem o que querem usando a sedução, eles são incapacitados de sentir empatia por outra pessoa.

Porém se engana quem pensa que eles não conseguem demonstrar afeto por alguém, pois conseguem imitar naturalmente uma pessoa normal adquirindo a simpatia por onde passa, mas tudo isso não passa de um fingimento para atrair a vítima.

O psicopata vê sua vítima como um objeto, o desejo deles vem sempre em primeiro lugar, para eles os fins justificam os meios e sempre conseguem o que querem.

Por esses motivos a psicopatia nomeada como transtorno de personalidade antissocial.

3. O PSICOPATA E O DIREITO CIVIL

3.1. Capacidade civil

A capacidade civil do indivíduo normalmente é exercer suas funções como cidadão e cumprir seus direitos como estabelecido no Código Civil,

Todos os brasileiros adquirem a sua capacidade de direito a partir do nascimento, já a capacidade de exercício pode ser reduzida e nem sempre é permitido exercer os atos da vida civil. Em nosso ordenamento jurídico a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção e dentro deste espectro existem dois grupos: a incapacidade absoluta e a incapacidade relativa ambos estipulados no Código Civil Brasileiro, que no diploma anterior (1916) previa a incapacidade absoluta aos menores de dezesseis anos e pessoas surdas-mudas que não pudessem expressar sua vontade bem como os "loucos de todo o gênero"; já o Código Civil de 2002 estipulou como absolutamente incapazes aqueles que, por qualquer enfermidade ou deficiência mental não tiverem o necessário discernimento para a prática de determinados atos.

No que se refere às pessoas relativamente incapacitadas, desde que assistidas por um tutor, poderão exercer atividades de vida civil, conforme o estipulado no artigo 4.º do Código Civil.

Interessante destacar recente alteração no Código Civil de 2002 que, com o advento da Lei nº 13.146 de 2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou o art. 3º do diploma civil, revogando as disposições dos incisos I a III, ficando definido como absolutamente incapazes para os atos da vida civil somente os menores de dezesesseis anos.

4. O PSICOPATA E O DIREITO PENAL

4.1. A imputabilidade penal e o psicopata

A responsabilidade criminal é entendida como a obrigação legal de os indivíduos serem responsabilizados por seus atos. Como pessoa que pode ser punida por lei, é considerada importante, recebe uma pena pessoal e intransferível, pena que não pode ultrapassar a pessoa do agente e tem o poder de restaurar a ordem social, e é dotada de função educativa.

Para que uma pessoa receba punição criminal, ela deve ter cometido um crime, ter compreendido o caráter ilícito da conduta quando o crime foi cometido e pode escolher livremente praticar ou não os fatos típicos.

No caso dos portadores de transtorno mental, verifica-se que essas pessoas sofrem de defeitos emocionais, falta de afeto e falta de empatia. Esses sentimentos são cruciais para a formação dos chamados "julgamentos morais", que usam a razão e a emoção para distinguir o certo do errado. Portanto, mesmo parte da imagem do doente mental carecerá de compreensão da natureza criminoso do comportamento, pois, para ele, a visão da legalidade e da ilegalidade estará morbidamente distorcida. Portanto, atende ao padrão semi-imputável.

Corroborando esse entendimento o apontamento de Silva (2020, p.18):

[...] O nosso Código Penal traz a figura do semi-imputável como uma justa medida entre a imputabilidade e a inimputabilidade, em que se enquadram os indivíduos psicopatas os quais estariam em uma zona fronteira entre a normalidade mental e a doença mental, apresentando comprometimento no aspecto afetivo, intencional e de volição. Assim, o transtorno do comportamento deles desestrutura a sua

capacidade de autocrítica e de julgamento de valores ético-morais. Diante disso, a psicopatia configuraria uma perturbação da saúde mental e, portanto, ao seu portador caberia a semi-imputabilidade. Assim, a semi-imputabilidade somente deverá ser mencionada quando houver claramente um déficit na capacidade de autocrítica e de julgamento de valores ético-morais. [...] (Silva, 2020, p.18)

No sistema penal brasileiro, tendo em vista que o artigo 26 do Código Penal enumera apenas transtornos mentais, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, é difícil, senão impossível, classificar o paciente mental em imputável ou semi-imputável. O artigo diz:

Art. 26 do CP -É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Entretanto a maioria dos psicopatas para não dizer quase todos, são pessoas extremamente donos de uma capacidade cognitiva e desenvolvimento mental completo. Mesmo assim o artigo 59 do código penal confere ao juiz a prerrogativa de avaliar o potencial de compreensão da realidade do réu.

Avaliemos, seria considerável um juiz realizar uma análise do perfil psíquico do réu?

Para alguns certamente a resposta seria não, pois resta essa tarefa para psicólogo e psiquiatra forense, digno do conhecimento técnico.

4.1.1. A importância do exame de sanidade mental

Seria de extrema necessidade que esse exame fosse executado no Brasil, tendo em vista que quando julgados indivíduos com tal patologia esses são enviados para cumprir pena em sistema prisional comum. Além disso, não é dispensado a estes criminosos quaisquer tratamento que possa ajudar a amenizar seu distúrbio psíquico.

Esse exame deve ser feito o pedido pelas partes que movimentam o processo, com a finalidade de verificar qual a veracidade do réu compreender o que é ilícito de sua conduta.

O juiz pode apenas deferir ou indeferir o pedido do exame, se ordenado valerá por toda a instrução processual, já se indeferido o juiz deverá justificar a sua decisão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreendemos pelo presente estudo que a psicopatia assume o papel de síndromes psicológicas lesando o discernimento daqueles que sofrem problemas psíquicos.

Os psicopatas não têm consideração aos sentimentos das pessoas para conseguir o que querem, esses indivíduos cometem crimes somente para satisfazer seu ego e seu prazer interior.

Mesmo sabendo que seus atos podem fazer mal a outra pessoa não levam em consideração, não tem qualquer sentimento de culpa ou sente um mínimo de remorso, apenas se sentem realizados após cometer o ato.

Diante exposto a vimos no código civil que eles não são capazes de exercer suas funções como cidadão brasileiro.

À luz do direito penal, vimos que no ordenamento jurídico o psicopata e apontado como semi-imputável, mesmo assim os portadores dessa síndrome são julgados e condenados como um criminoso comum é raro ver ser determinado pela justiça um exame de sanidade, os crimes de homicídio que incluem psicopatas costumam ter um grande clamor social e medida de segurança não seria aceita.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 26 de maio de 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 14. ed. São Paulo, 2010

DA SILVA, Fernando Wellington Santos. **A semi-imputabilidade do psicopata perante o código penal brasileiro**. Orientador: Prof. Msc. Mildes Francisco dos Santos Filho. 2020. 24f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Direito, Universidade Tiradentes, Aracajú, 2020. Disponível em:

<<https://openrit.grupotiradentes.com/xmlui/bitstream/handle/set/4089/A%20SEMI-IMPUTABILIDADE%20DO%20PSICOPATA.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 26 de maio de 2022.

DOS SANTOS, Jéssica Medeiros Neres. Psicopatas homicidas e o direito penal. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=8885>. Acesso em: 26 de maio de 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume I: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de Direito Penal**: parte geral, parte especial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.



**UNIVERSIDAD DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO - UMSA DOCTORADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**COMUNICACIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA DEUDA TRIBUTARIA A TRAVÉS DEL
ICMS: MEJORA EN LA SISTEMATIZACIÓN DE LA ESTRUCTURA FISCAL
BRASILEÑA FRENTE AL MODELO EUROPEO DE CENTRALIZACIÓN DE LA
TRIBUTACIÓN AL CONSUMO**

INEZ LEITE TAVARES: graduação em Direito.
Especialização em Direito Processual.
Especialização em Administração Fazendária.
Especialização em Planejamento Educacional.
Mestrado em Gestão de Negócios Turísticos.
Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais.

BUENOS AIRES

RESUMO

A presente tese de doutorado aborda a temática da Reforma Tributária frente à comunicação e constituição do crédito tributário pela Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) no âmbito do ICMS.

Analisa-se a influência do documento eletrônico na alteração de competências tributárias e na melhoria da sistematização estrutural do fisco brasileiro, em comparação com o modelo europeu de centralização da tributação sobre o consumo.

Assim, em seguida, examina-se a constituição do fato jurídico tributário, em conexão com uso de documento eletrônico no cumprimento de obrigações do ICMS.

Verificam-se ainda os principais pontos do projeto de emenda constitucional 233/2008, apensado a EC nº 31/2007, como propostas para uma reforma tributária e alteração do perfil do ICMS.

No que se refere às atividades das administrações tributárias nos três níveis de governo, como atividades essenciais ao funcionamento do Estado, conforme previsão constitucional (Artículo 37, XXII, c/c a EC nº 42/2003), o compartilhamento de cadastros e informações fiscais, por intermédio do avanço tecnológico, possibilita a reestruturação do Sistema Tributário Nacional.

Palavras Chave: Reforma Tributária, Crédito Tributário, Nota Fiscal Eletrônica, ICMS, Tributação sobre o consumo, administrações Tributárias.

RESUMEN

La presente tesis de doctorado aborda –en el contexto de la Reforma Tributaria– el tema de la comunicación y el cálculo de la deuda tributaria a través de la factura digital en relación con el ICMS.

Se analiza la influencia del documento electrónico en la alteración de las competencias tributarias y en la mejoría de la sistematización estructural del fisco brasileños, en comparación con el modelo europeo de tributación sobre el consumo.

Así, a continuación de lo anterior, se examina la constitución de hecho jurídico tributario en relación con el uso de la factura electrónica en el cumplimiento de la obligación tributaria relativa al ICMS

Asimismo, se verifican los principales puntos del Proyecto de Enmienda Constitucional 233/2008, adjunto a la EC 31/2007, como propuestas para una reforma tributaria una alteración del perfil del ICMS.

En lo tocante a las actividades de las administraciones tributarias de los tres ámbitos de gobierno, como actividades esenciales del funcionamiento del Estado, conforme a lo previsto por la Constitución (Artículo 37, inciso 22, según lo dispuesto por la EC 42/2003), la compartición de los censos y las informaciones fiscales, a través de los avances tecnológicos, hace posible la reestructuración del Sistema Tributario Nacional.

Palabras Clave: Reforma Tributaria, deuda tributaria, Factura electrónica, ICMS, Tributación sobre el consumo, administraciones Tributarias.

ABSTRACT

The present doctorate thesis is about the thematic of the Tax Reform in the communication and constitution of the tax liability by the electronic invoice (NF-e) within the ICMS.

We analyze the influence of the electronic document in the change of tributary competences and the improvement of structural systematization of the Brazilian revenue, in comparison with the European model of centralization of the consumption tax.

Thus, following, we examine the constitution of the tax legal fact, in connection with the use of electronic document in fulfilling obligations of the ICMS.

We verify the main point of the project of the constitutional amendment 233/2008, appended to AC no. 31/2007, as proposals for tax reform and change of the ICMS profile.

With regard to the activities of the tax administrations at the three levels of government, as essential activities to the State as constitutional provision (art. 37, XXII, introduced by the AC 42/2003), the sharing of records and tax information through technological advances, enables the restructuring of the national tax system.

Key words: Tax reform, Tax liability, electronic invoice, ICMS, consumption tax, Tax administration.

ÍNDICE:

INTRODUCCIÓN. 1 FUNDAMENTOS DE LA TRIBUTACIÓN. 1.1 La administración tributaria. 1.2 Principios. 1.3 Contextualización de la Constitución Federal de 1988. 1.4 Sistema constitucional tributario. 1.5 Principios constitucionales que afectan a la materia tributaria. 1.5.1 Principio da legalidad tributaria. 1.5.2 principio da anterioridad. 1.5.3 Principio de la irretroactividad. 1.5.4 Principio de la igualdad. 1.5.5 Principio de la capacidad contributiva. 1.5.6 Principio de la prohibición de confiscar. 1.5.7 Principios da universalidad, la generalidad y de la proporcionalidad. 1.5.8 Principios de no acumulación y de selectividad. 1.5.9 Principio del libre tránsito de personas o bienes. 1.5.10 Principio de la uniformidad geográfica. 1.5.11 Principio de la no discriminación en razón de la procedencia o destino de los bienes o servicios. 1.6 Clasificación de los tributos. 1.6.1 Los tributos vinculados. 1.6.2 Los tributos no vinculados. 2. ICMS. 2.1 Historia do ICMS. 2.2 Principio de la no acumulación del ICMS. 2.3 Hecho jurídico tributario del ICMS. 2.4 Documento digital: aspectos jurídicos de la implementación de la factura electrónica. 3 INTRODUCCIÓN DE LA GESTIÓN E INSPECCIÓN INFORMATIZADA EN EL ICMS. 3.1 De la inspección electrónica: gestión de las obligaciones tributarias formales⁹⁷ 3.2 Reflejos del control fiscal: en el ámbito del ICMS. 4 LEGITIMACIÓN DEL USO DE LA FACTURA FISCAL: TANTO EN EL ICMS COMO EN LOS TRIBUTOS INTERNACIONALES. 4.1 validez jurídica de la factura electrónica. 4.2 nuevos mecanismos de control fiscal en la tributación del ICMS. 4.3 Panorama internacional: el uso de la factura electrónica. 5 FUNCIONALIDAD DE LOS PRINCIPIOS DE ORIGEN Y DESTINO EN LA ERA DIGITAL. 5.1 Principio de origen y destino. 5.2 Reforma tributaria: una posibilidad en la era digital. 6 DISCUSIONES TRIBUTARIAS. 6.1 Debates sobre ICMS, gobierno electrónico y reforma tributaria. 6.2 Debates acerca del desequilibrio fiscal, concentración de renta y guerra fiscal. 6.3 Debates acerca de la factura electrónica, SPED y contro fiscal. CONCLUSIÓN. REFERENCIAS.

INTRODUCCIÓN

Al hablar sobre la historia tributaria del Brasil, afirmamos de forma irrefutable que había una legislación dispersa hasta 1965, año en el que se produce un cambio con la creación de la Enmienda constitucional 18/65, que fija el concepto constitucional de Sistema Tributario Nacional e impulsa otras medidas encaminadas a modernizar la tributación en el país.

La continuidad de estas políticas dio como resultado, en 1966, el código Tributario Nacional, el cual fue objeto de sucesivas reformas hasta la llegada de la constitución de 1988.

En virtud de estos cambios, se aumentó el poder atribuido a las entidades federativas. La Carta Magna impulsó cambios en relación con el establecimiento de competencias tributarias.

La nueva Constitución dota de una mayor autonomía fiscal a las entidades federativas con el propósito de establecer un equilibrio entre ellas, una política que elimina parte de las transferencias y, paradójicamente, trae como consecuencia el surgimiento de una guerra fiscal de consecuencias nefastas.

Una de las manifestaciones de esta guerra fiscal fue la concesión de incentivos fiscales para atraer empresas, una medida que acabó perjudicando la eficiencia económica, pues al disminuir los costos privados de las empresas, automáticamente aumentó el costo social.

Frente a esta adversidad, surgió la necesidad de encontrar otra solución. Fue en ese momento cuando se empezó a mirar al modelo de integración europeo, que intentaba crear un mercado común sin barreras arancelarias, estableciendo un impuesto al valor agregado, neutral y no acumulativo, que acabaría siendo fundamental en la consolidación de un bloque económico, la Unión Europea —UE—, que en la actualidad pasa por ser el más eficiente a escala mundial.

Al hablar del IVA (Impuesto al Valor Agregado) puede pensarse que fue aceptado de forma inmediata. Nada más lejos de la realidad, el proceso de implantación, demorado, ha pasado por varias etapas desde su inicio en la Cumbre de Milán de 1985 y aún se encuentra en régimen transitorio. Allí se decidió la adopción del principio de estado de origen, pues el cobro del impuesto compete a la administración fiscal del estado productor.

En un intento de proporcionar medios para mejorar a estructura fiscal nacional, fue creada en Brasil la Propuesta de Enmienda a la Constitución (PEC) 233/2008, adjunta a la PEC 31/2007, una nueva tentativa de reforma tributaria con la que se pretende simplificar el sistema tributario y acabar con la guerra fiscal.

Impelido por la sociedad civil organizada a modificar, el Gobierno Federal acometió una rápida reforma del sistema. Y para alcanzar los objetivos, elaboró un texto legislativo proponiendo la adopción del IVA, aunque todavía no ha sido efectivado. Se presentaron propuestas para introducir el IVA, en los ámbitos local y federal. Por ahora, el impuesto en vigor es el Impuesto Sobre Operaciones Relativas a la Circulación de mercaderías y Sobre Prestaciones de Servicios de Transporte Interestatal e Intermunicipal y de Comunicación (ICMS).

La creación del ICMS reveló divergencias con el modelo europeo, una vez que no solo el principio de estado de origen fue adoptado, como en el IVA de la UE, sino también en el de destino. Eso genera una dicotomía, es decir, una división de dos principios, que además de no resolver la desvirtuada cuestión de la guerra fiscal, causa perjuicios a los estados productores, los cuales son obligados a repartir la recaudación con otros estados.

A pesar de que el ICMS está inspirado en el IVA europeo, hay una importante diferencia entre ellos: mientras en el impuesto europeo se adoptó el principio de destino, en el brasileño se aplican tanto el principio de origen como el destino, es decir, existe una dicotomía; en este sentido el ICMS es mixto, con dos principios. Esta dicotomía agrava el problema de la guerra fiscal, pues causa perjuicios a los estados consumidores, que ven cómo deben repartir la recaudación con los estados productores.

Es pertinente resaltar que en las últimas décadas el Brasil está experimentando un desarrollo tecnológico intenso, especialmente en el área de la tecnología de la información. Sin duda, este auge de la informática favoreció una modernización que alcanzó al Sistema Tributario Nacional, como pone de relieve la creación del Documento Fiscal Digital.

Con el fin de corregir históricas distorsiones regionales derivadas del modo en el que el país se (sub)desarrolló, la última Carta Política Brasileña dedicó a esa cuestión una atención especial.

La mayoría de los países emergentes, como el Brasil, se enfrentan a dificultades para fijar un sistema tributario que sea capaz de obtener un nivel satisfactorio de ingresos y, al mismo tiempo, no ahogue el desarrollo macroeconómico.

Los sistemas informáticos pasaron a ser necesarios para introducir nuevas ideas en el uso de archivos digitales y posibilitar una administración eficaz, que trajese una consolidación de los avances en un país emergente cada vez más competitivo, pero carente de respuestas rápidas y efectivas que permitiesen la toma de decisiones basadas en informaciones confiables, tanto desde un punto de vista de la gestión como del de la inspección fiscal.

En función de los aspectos que se pretende demostrar, se sitúa y se contextualiza la argumentación sobre el ICMS, con la «guerra fiscal» sin haber sido resuelta, y debido a que el Brasil es un país inmenso —compuesto por 27 estados, con un intenso tránsito de mercaderías—, el uso de la factura electrónica, en contraposición al IVA, hace más eficiente la tributación.

Asimismo, el objetivo general del presente estudio es abrir una discusión que tiene como objeto cuantificar el impacto de la factura electrónica en el escenario del ICMS, poniendo en marcha una reforma tributaria intermitente, inspirada en el IVA europeo.

En lo referido específicamente a la constitución del hecho jurídico tributario, se intenta sedimentar la idea de un documento digital en el campo de estudio del ICMS de mercaderías en tránsito, con el propósito de mostrar de qué forma ese avance puede modificar el sistema tributario vigente.

La investigación, de naturaleza interpretativa y descriptiva, tiene como técnicas de recogida de datos la investigación bibliográfica, normativa y estadística. Los resultados del estudio apuntan a un cambio de esquema en relación con los nuevos mecanismos electrónicos que permiten satisfacer las obligaciones tributarias relativas al ICMS

Así, de partida se indaga sobre los efectos tributarios que, a mediados de la segunda década del siglo XXI, produjo el impacto tecnológico de la factura electrónica en el ICMS, visto como una política favorable para una reforma tributaria. Para ayudar en la indagación, poniendo énfasis en el escenario posterior a la facturación electrónica, se traza un paralelismo entre el nuevo perfil del ICMS y el IVA europeo, que toma como referencia la adopción del principio de destino en el nuevo formato de tributación.

El sistema de administración fiscal quedó definitivamente modificado a través de la EC —Enmienda Constitucional— 42/2003. Con la aparición de la facturación electrónica (NF-e) se buscó, a partir de entonces, la cooperación entre las entidades federadas.

El Decreto 6.022 del 22 de enero de 2007 reglamenta el sistema arriba citado denominándolo Sistema Público de Contabilidad Digital —SPED—, unificando las actividades de recepción, validación, almacenamiento y autenticación de los libros y

documentos que integran la contabilidad empresarial y fiscal de las empresas, hecho que supone un avance en el cumplimiento sistemático de las obligaciones tributarias formales.

El SPED está compuesto por la Contabilidad Digital —ECD— conocida también como SPED contable; Contabilidad Fiscal Digital —EFD—, conocida también como SPED fiscal; Notas Fiscales Electrónicas de ventas y servicios —NF-e y NFS-e—; Conocimiento de Transporte Electrónico —CT-e—; Libro de Cálculo de Ganancias Reales —E-lalur—; y Central de Balances.

Además, la acción más impactante realizada por el Fisco, encaminada a maximizar el control sobre el contribuyente, fue la exigencia del cumplimiento de las obligaciones tributarias formales, hecho que permitió un acceso a todas las informaciones relativas a los movimientos de índole fiscal vinculados al impuesto más importante en términos recaudatorios: el ICMS de mercaderías en tránsito.

En este estudio, de acuerdo a las limitaciones impuestas por el tema, teniendo en cuenta la extensión y complejidad de la materia, se seleccionó la temática relacionada con la búsqueda nacional de la construcción de un escenario tributario armónico.

Esta tesis está organizada en seis capítulos. En el primero, se aborda panorámicamente la trayectoria de la administración tributaria y sus principios constitucionales en clave historicista. Asimismo, se demuestra la relevancia de la constitución de 1988 por ser el fruto de la ruptura del paradigma del régimen dictatorial dominante en el país durante décadas.

En el segundo capítulo, se descubre el ICMS, ligándolo al tema de la influencia del uso del documento digital en la tributación de dicho impuesto frente a la adopción del IVA, a través de una investigación bibliográfica basada en la legislación constitucional e infraconstitucional, de tal modo que pueda trazarse el nuevo perfil del ICMS fundamentado en los cambios debidos a la innovación tecnológica y las reformas legislativas.

Los otros cuatro capítulos fundamentan la estructura de la innovación del impuesto en cuestión, profundizando sobre el tema de la competencia normativa de los entes federados, llegando a la modificación del hecho imponible y los efectos en los principios de la selectividad y no acumulación, además del principio federativo y las exenciones en el ámbito de los estados y el distrito federal.

Y aún se afirma que estos cambios persiguen la unificación de las legislaciones de los 27 Estados Federales, buscando poner fin a la «guerra fiscal», el equilibrio de los

ingresos de los estados y la adaptación al modelo europeo centralizado de tributación del consumo.

1 FUNDAMENTOS DE LA TRIBUTACIÓN

1.1 La administración tributaria

La palabra «tributo» deriva del latín *tributum*, y se refiere a aquello que, por deber, es entregado al estado. Y administrar con el uso de leyes. En consecuencia, resulta evidente que la administración tributaria tiene la función de gestionar lo que debe ser entregado al estado.

En este sentido, veamos el punto de vista de Paulo de Barros Carvalho (2009, p. 99):

De acuerdo con esto, tributo, en su configuración estática, es la endonorma, ajena a cualquier acuerdo de voluntades, que presenta como hipótesis un conjunto de criterios para la identificación de hechos de la realidad física que permite identificar una relación jurídica que se establece entre el Estado (por vía de ley), en calidad de sujeto activo, y alguna persona física o jurídica, en su condición de sujeto pasivo. En consecuencia, tendrá el primero el derecho subjetivo público de exigir al segundo el deber jurídico consustaciado en una prestación pecuniaria.

Geraldo Ataliba (2009, p.34), en la misma línea, hace su aporte:

Jurídicamente, se define tributo como la obligación pecuniaria, ex lege, que no tiene su origen en un acto ilícito sancionable, cuyo sujeto activo es una persona pública (o alguien que por ley la represente), y cuyo sujeto pasivo es alguien que tiene esa condición por vía de ley, haciendo que sean cumplidos los preceptos constitucionales (explícitos o implícitos).

Para tener éxito en su objetivo, las autoridades tributarias deben disponer de los mecanismos legales y administrativos necesarios, es decir, de unos principios que las orienten en la función de recaudar para el estado.

Cuando se habla de su papel en la verificación y regulación del cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes, las autoridades tributarias deben disponer de las estructuras legales necesarias para iniciar, dar continuidad y concluir la acción fiscal, pudiendo de ese modo, según regula el PAF—Proceso administrativo Fiscal—, determinar la cuantía de la deuda tributaria a través de un auto de infracción o de una notificación administrativa.

No se puede dejar de destacar que ese poder conferido a las autoridades administrativas tributarias solamente tendrá validez jurídica, la cual es exigida por el Derecho, si se ejerce dentro de los límites marcados por la Constitución Federal en el CTN —Código Tributario Nacional— y en las diversas legislaciones tributarias de cada entidad federada.

Esa necesidad se da porque la administración tributaria, como área relevante de administración pública, está vinculada al principio de legalidad objetiva y, por lo tanto, necesita alcanzar los objetivos institucionales del estado, sin colisionar con los derechos de los administrados (ciudadano-contribuyente). A tal efecto se creó el Permiso Constitucional Contradictorio y de Amplia Defensa (CF/88, Artículo 5, inciso LV), ejercido de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 1 de la Ley 9784/99.

Siguiendo con la argumentación, veamos lo que dice el artículo 5, inciso LV, de la Carta Magna de 1988:

Art. 5. Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaliza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos:

LV - Se garantiza a los litigantes, en el procedimiento judicial o administrativo, y a los acusados en general, un proceso en contradictorio y amplia defensa con los medios y recursos inherentes a la misma.

Completemos esta argumentación con el artículo 1 de la Ley n.º 9784/99:

Artículo 1. Esta ley establece normas básicas sobre el proceso administrativo en el ámbito de la Administración Federal, directa o

indirecta, con el propósito primordial de proteger los derechos de los administrados y cumplir de la mejor manera los objetivos de la Administración.

1. Los preceptos de esta ley también son aplicados a los órganos de los Poderes Legislativo y Judicial de la Unión, en referencia al desempeño de la función administrativa.

2. Para los fines de esta ley se consideran:

- I. – órgano – la unidad de actuación integrante de la estructura de la Administración directa y de la estructura de la Administración indirecta;*
- II. – entidad – la unidad de actuación dotada de personalidad jurídica;*
- III. – autoridad – el servidor o agente público dotado de poder de decisión.*

El tema en cuestión se desarrollará considerando sucintamente conceptos, definiciones e institutos presentes en otras áreas del Derecho Privado (Derecho Civil, Derecho Comercial o Derecho Empresarial) o en la Contabilidad que, de forma directa o indirecta, estén en correlación con el Derecho Tributario o con las materias o asuntos tratados en el presente título de CTN.

Por tanto, es imprescindible, al estudiar el Título de la CTN, observar la secuencia lógica de los capítulos integrantes del Título IV del segundo libro del referido código.

Unos de los primeros puntos que son esclarecidos es el referido a lo que se puede entender como *fiscalização**, término derivado del verbo transitivo *Fiscalizar*.

Que según el diccionario Houaiss (2001, pág. 1349) tiene varias acepciones, entre las que destacan:

fiscalizar [inspeccionar] v [...] tr. Verificar si (algo) se realiza como fue previsto, vigilar (f. um servicio, una obra) [...] 2 tr. Observar atentamente; examinar, verificar (f. las cuentas) 3 int ejercer el oficio de fiscal; fiscalizar.

Sin embargo, el mismo diccionario al definir el término *fiscalização*, lo califica como sustantivo.

*Fiscalização [Inspección] sf [...] 1 acción o efecto de fiscalizar, vigilancia
1.1 vigilancia atenta sobre (gerundio Comportamiento, acción); control
1.2 observación atenta de; examen, verificación 2 actividad del fiscal.*

-
- * En el contexto de la tributación, la palabra portuguesa *fiscalizar* debe entenderse en el mismo sentido que la española «inspeccionar». (N. del T.)

Siguiendo con las definiciones, recurrimos a otros diccionarios con el propósito de ver qué dice la literatura científica y, en este sentido, consultamos la definición de Barreirinhas (2006, pág. 538):

Fiscalizar [inspeccionar] es verificar y controlar el cumplimiento de las obligaciones legales por parte de los destinatarios de la legislación tributaria. Fiscalizar es examinar estados contables, libros, facturas, balances, recibos, operaciones, instalaciones, existencias, anotaciones, etc. necesarios para calcular la deuda tributaria en el momento de liquidar el tributo.

Inspeccionar es, por lo tanto, verificar si el sujeto pasivo (contribuyente o responsable) está cumpliendo con sus obligaciones tributarias, sobre todo la obligación tributaria principal, o sea, aquella que determina el hecho imponible, tiene como objeto el pago del tributo, o las multas, intereses por demora, etc., y se extingue al pagar la deuda tributaria al organismo fiscal correspondiente (CTN, Artículo 113, párrafos 1 y 3, y Artículo 114).

Artículo 113. La obligación tributaria puede ser principal o accesoria.

1. La obligación principal nace de la manifestación del hecho imponible, y tiene como objeto el pago del tributo o la sanción, extinguiéndose en el momento de su liquidación.

[...]

3. La obligación accesoria, por el simple hecho de su incumplimiento, se convierte en obligación principal al generar una sanción económica.

A veces, *fiscalizar* [inspeccionar] puede entenderse como la verificación de que el contribuyente está pagando el tributo de forma correcta, pues la actividad de inspeccionar tiene como valor esencial atribuir esa función a los órganos y servidores que integran la estructura de la Administración Pública, en los tres ámbitos de actuación estatal y, particularmente, en lo tocante a la actividad de la administración tributaria. Para reafirmarlo es pertinente sacar a colación el siguiente texto de Ferreira Filho (2002, pág. 63-64):

En materia tributaria, los órganos administrativos tienen, en general, atribuciones para inspeccionar y controlar el cumplimiento de las normas tributarias (compruébese como ejemplo el Artículo 194 del código Tributario Nacional). Inspeccionar y controlar; exclusivamente eso y nada más que eso. Por ello es un despropósito la idea de que fiscalizar y controlar impliquen dar al ejecutivo la facultad de legislar. Lo que el sistema normativo prescribe es simplemente que inspeccionar y controlar sean actividades del órgano del Poder Ejecutivo. Veamos qué significan estos términos. Inspeccionar es la actividad que consiste en averiguar se ciertas situaciones, hechos o comportamientos se ajustan a la norma. La Constitución emplea el término varias veces: Artículo 21, incisos VI y VIII; Artículo 23, inciso XI; Artículo 29, inciso XI; Artículo 31; Artículo 49, inciso X; Artículo 70; Artículo 71, incisos V y VI; Artículo 140; Artículo 163, inciso V; Artículo 197; y Artículo 200, incisos V y VII.

Al analizar lo expuesto encima, se revela incuestionable que el significado jurídico del término es singular, una vez que se hacen las siguientes menciones: a) significa confrontar situaciones concretas con normas y b) pone el sujeto activo como ejecutor de la ley y no para formular la regla.

Entonces, el acto de inspeccionar presupone confrontar la norma con el acto inspeccionado. Además, no hay en el sistema constitucional brasileño ningún caso en el que un órgano inspeccione y, al mismo tiempo, elabore las reglas que aplica.

En la Constitución Federal se encuentran los principios generales del Sistema Tributario Nacional y en ella se definen las limitaciones al poder de tributar, así como la institución de impuestos y su reparto. La Constitución otorgó a las unidades federales, Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios, el poder de crear, modificar o abolir los impuestos por ley, de acuerdo con unas directrices establecidas.

A pesar de la posibilidad de crear leyes específicas, en la cima de la legislación tributaria nacional está la Constitución Federal. En un escalón inferior están las Leyes Complementares; y entre estas, el CTN. Más abajo, se encuentran las normas ordinarias, que constituyen las Leyes Ordinarias de la Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios, dependiendo de la potestad tributaria; tienen la responsabilidad de crear tributos, haciendo viables los principios y reglas especificados por los niveles jerárquicos superiores, estableciéndose detalladamente las obligaciones y los derechos de los contribuyentes.

En ese contexto, aparece lo dispuesto por el artículo 96 del Código Tributario Nacional:

Artículo 96. La expresión «legislación tributaria» comprende las leyes, los tratados y las convenciones internacionales, los decretos y las normas complementarias que traten, en el todo o en parte, sobre tributos y relaciones jurídicas relacionadas con estos.

Por último se encuentran los actos legales, denominados ejecutivos, que hacen ejecutables las leyes ordinarias, como los decretos —expedidos por los jefes de los poderes ejecutivos—, las ordenanzas —expedidas por los ministros y los secretarios del Gobierno—, y las instrucciones normativas, órdenes de servicio, circulares, etc.

—expedidas por los jefes de las secciones—, y que son denominadas actos legales, ya que no pueden disponer de forma diferente a lo previsto por la ley.

Por tanto, podemos afirmar que es necesario respetar la jerarquía de las normas jurídicas. Las leyes tributarias, para ser establecidas, necesitan ajustarse a los principios expresados por la Carta Magna, para poder abarcar, de manera justa y armoniosa, todas la variedad de expresiones de riqueza, concretadas en rentas obtenidas, sea en el consumo o en el patrimonio acumulado por las personas, tanto las físicas como las jurídicas.

Sin embargo, es en la aplicabilidad de la estructura jerárquica de las leyes donde se encuentra el embrollo principal de nuestro sistema tributario, motivado por la existencia de leyes que colisionan con determinados principios constitucionales. Solo al cumplirse efectivamente esos principios es posible que el Sistema Tributario Nacional se convierta en instrumento eficaz para ejercer una de las funciones esenciales del estado moderno, la de eliminar las diferencias sociales y las desigualdades económicas regionales.

En ese sentido, Eduardo R. Larcher (1991, p. 99) expresa lo siguiente:

Otro serio problema del sistema tributario nacional es el de la regresividad. Sucede que, en un sistema tributario regresivo, quien posee mayor capacidad contributiva es quien menos aporta al fisco, y quien posee menor capacidad es quien más contribuye. [...] se concluye de ese análisis del actual sistema tributario nacional que, en términos comparativos basados en la idea de justicia fiscal, teniendo en cuenta que la actual Constitución limita la progresividad y la selectividad, urge una reforma tributaria en el sentido de adecuar el sistema actual a la Constitución.

Hay otro problema que el Sistema Tributario debe superar, referido a la recaudación de impuestos indirectos, en los cuales la carga tributaria puede ser transferida, total o parcialmente, al consumidor. Este es un hecho que viola lo dispuesto por la Constitución, tanto en lo relativo a la capacidad contributiva, que se expresa en el corolario de la progresividad —quien más gana, debe pagar más—, cuanto a lo referido a la selectividad —todo lo que sea esencial para la supervivencia debe tener una carga tributaria menor—.

Para que resulte más explicativo y, ya de paso, corroborar lo dicho, discurriremos sobre lo que son principios y tributo. Además, dejaremos clara la importancia de la Constitución Federal y daremos énfasis a la contextualización de la promulgación de la CF de 1988; también dilucidaremos sobre el sistema constitucional tributario y sus principios específicos.

Es en la Constitución donde están contenidos los llamados principios constitucionales tributarios. Son normas cuyo contenido se sobrepone a las demás, tanto por razón de su naturaleza constitucional, como por su importancia para la armonía del sistema tributario. Es decir, principios son proposiciones estructurantes de los sistemas, situación que se maximiza cuando los principios son publicados en el ordenamiento constitucional.

Por consiguiente, el estudio de los principios constitucionales tributarios debe englobar la comprensión de dichos principios, la importancia de la Constitución Federal y su contextualización, el sistema constitucional tributario con sus principios específicos y la clasificación de los tributos.

1.2 Principios

Entonces, basándonos en la definición del diccionario Michaelis virtual (2016, en línea), «11 ley, doctrina, o acepción fundamental en que se basan otras o de la cual otras son derivadas», es posible señalar que los principios fundamentan todas las formas de conocimiento, sea filosófico, empírico o científico. Partiendo de esta premisa, expondremos lo defendido por algunos doctos: según Reale (1988, pág.79) es «condición o fundamento de validez de las afirmaciones que componen determinado campo del saber.

Una acepción similar, recogida en la obra de Pietro (1988, pág. 85), es la que propone Cretella: «los principios de una ciencia son las proposiciones básicas, fundamentales, típicas que condicionan todas las estructuraciones subsiguientes. Principios, en este sentido, son los cimientos que sostienen determinado campo del saber».

Slabai Filho (2004, pág. 48) dice que «son la directriz fundamental de un sistema». Al continuar profundizando sobre la cuestión, Silva (2005 pág. 31) expone que «Los principios son los preceptos que irradian los sistemas de normas». Mientras que Paulo da Costa Coelho (2004, pág. 33) entiende los principios como «normas portadoras de núcleos significativos de gran volumen, de tal forma que influyen toda la orientación de las cadenas normativas que derivan del sistema». Asimismo observa que «donde hay valores de magnitud para el sistema de proposiciones prescriptivas, como ocurre con el sistema jurídico, allí hay principios». (pág.34)

A partir del intento de discurrir específicamente sobre el principio jurídico, Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 451) expone lo siguiente:

[...] mandamiento nuclear de un sistema, su verdadera raíz, disposición fundamental que se propaga sobre las diferentes normas, dotándolas de espíritu y sirviendo de criterio para su exacta comprensión e inteligencia, para definir la lógica y racionalidad del sistema normativo, lo que marca la tónica y confiere sentido armónico.

Por tanto, los principios constitucionales, además de regular la actividad infraconstitucional, también delimitan el sistema jurídico. En virtud de esta idea, Bonavides (1988, pág. 83) hace una defensa de los principios constitucionales,

«son cualitativamente la viga maestra del sistema, la protección de la legitimidad constitucional, la garantía de constitucionalidad de las reglas de una constitución».

En consecuencia, al agotar toda esta discusión relativa al significado de principio, solo se corroboró pertinentemente la importancia de la Constitución Nacional, pues en ella está el punto inicial, y también se contemplan algunos principios, los cuales se clasifican de acuerdo a su amplitud. Habida cuenta de que subsisten principios de alcance *erga omnes*, esto es, frente a todos, como existen principios de alcance restringido, que solo afectan a determinados destinatarios, los cuales están bien representados en el caso de los principios constitucionales tributarios, que tienen el poder de limitar la capacidad de tributar y, por lo tanto, se destinan a la Unión, a los estados, el Distrito Federal y los municipios.

Por tanto, es pertinente observar que la aplicabilidad de cualquier sistema solo es plena si existe una analogía entre las partes que componen el todo. En el caso de que haya cualquier alteración en el todo, ello afectará a las partes y viceversa. Si hubiese alteraciones en las partes, estas deben armonizar con las líneas generales del sistema, de lo contrario el todo saldrá perjudicado.

1.3 Contextualización de la Constitución Federal de 1988

La Constitución Federal de 1988 tiene su relevancia en el escenario nacional, principalmente por haber roto con los esquemas propios del régimen político militar. A pesar de estar condicionada por algunas ponderaciones doctrinarias, especialmente por el hecho de no haber sido formulada por un congreso estrictamente constituyente, se puede decir que ejerció un papel muy destacado en la recuperación de la democracia. En esta línea. Prado (2003), hace una brillante síntesis del sentimiento doctrinario al afirmar lo siguiente:

La mayor virtud de la Carta de la República de 1988 es su sentido simbólico. A pesar de los defectos que pueda presentar, representa un marco importante en la historia del país: el fin de un ciclo autoritario y el inicio de una nueva experiencia democrática, que aspira a ser duradera.(pág. 223)

Por consiguiente, dicha afirmación permite dejar claro que el denominado estado democrático de derecho tiene en el ordenamiento jurídico, en especial en la CF, su viga maestra. Por ese corolario, cuando un estado está bien fundamentado en bases legales

inhibe las prácticas arbitrarias y despóticas de sus gobernantes, consiguiendo con ello no solo estabilidad, sino también mayor seguridad jurídica para sus ciudadanos.

Tomando como base ese sentido, Arambuja (1984, pág. 38) define la democracia clásica, destacando, entre otras características, que «las prerrogativas de los gobernantes son explícitamente limitadas por la Constitución». Asimismo, «son declarados y asegurados los derechos individuales».

Según Coelho (2004, pág. 301) «será en la Constitución donde el estado de derecho encontrará su raíz» En otro momento reafirma su pensamiento de este modo:

No hay, por lo tanto, estado de derecho sin una constitución o unas normas de naturaleza constitucional que lo normalicen y, todavía más, que materialicen los valores que expresa y contiene.

El sistema jurídico nacional no solo se fundamenta, sino también tiene sus ramificaciones dentro de la CF, denominada Ley Mayor, de la cual derivan el resto de las normas. En consecuencia, la Constitución confiere, además de legalidad, legitimidad a la legislación infraconstitucional, y también a los poderes por ella reconocidos o establecidos.

Sobre el asunto, José Afonso da Silva (2005, p. 45):

La Constitución de coloca en el vértice del sistema jurídico del país, al cual confiere validez, y todos los poderes del Estado son legítimos en la medida en que ella los reconozca y en la proporción en que los distribuya. Y, en definitivas cuentas, es la ley suprema del Estado, pues es en ella donde se encuentran la propia estructuración de este y la organización de sus órganos; es en la constitución donde se encuentran las normas fundamentales del Estado, y solo por este hecho se revela su superioridad en relación con las otras normas jurídicas

En vista de lo cual la Constitución se sobrepone a otras normas legales nacionales en detrimento de estas. Para confirmar el rango de la supremacía constitucional, Ferreira, citado por Silva (2005, pág. 106), lo refrenda: “[...] piedra angular sobre la que se asienta el edificio del moderno derecho político».

Dejando estas consideraciones a un lado, la Constitución reúne normas programáticas, las cuales, según Meyer-Pflug —citado en la obra de Martins, Mendes y

Tavares (2005, pág. 97)— son «disposiciones orientadoras sobre los valores que deben ser respetados y asegurados y los fines que deben ser alcanzados. Su finalidad no es otra que la de establecer ciertos principios y programas de acción»

Se incluyen en la Constitución indicaciones que deben seguirse, sea en el nivel legislativo infraconstitucional, sea en las actuaciones administrativas o políticas del Estado.

Para finalizar, considerando todas las reflexiones, se puede afirmar que uno de los principales pilares del orden democrático y la estabilidad legal está en los principios democráticos, se trata de las determinaciones normativas, originarias del texto constitucional, sin dejar de resaltar su superioridad jerárquica sobre el resto de la legislación.

1.4 Sistema constitucional tributario

En el diccionario virtual Michaelis, sistema se define así:

1. Conjunto de principios verdaderos o falsos, donde se deducen conclusiones coordinadas entre sí, sobre las cuales se arma una doctrina, opinión o teoría. 2. Cuerpo de normas o reglas, concatenadas de forma lógica y, por lo menos, verosímil, formando un todo armónico. 3. Conjunto o combinación de cosas o partes, de modo que formen un todo complejo y unitario [...] 15, Agrupamiento de partes coordinadas, dependientes unas de otras, cualquiera que sea el asunto de que se trate.

La profundización específica en el estudio de los sistemas se inició a mediados del siglo pasado y acabó generando la teoría general de los sistemas, aunque su origen es remoto.

Fue el biólogo alemán Ludwig von Bertalanffy quien verificó la existencia de dificultades similares en variadas áreas del conocimiento humano. Con base en esa observación, formuló una teoría de carácter multidisciplinar con la pretensión de trascender los problemas peculiares de cada ciencia y, de ese modo, crear principios y modelos aplicables a todas las ciencias.

Por tanto, la idea esencial que guía los estudios de Bertalanffy es la de que si los sistemas son analizados separadamente por partes, no pueden llegar a ser comprendidos en su integridad. La certeza de que esto es así lo lleva a definir sistema como un conjunto

de elementos en interrelación, hecho que genera una interdependencia entre ellos. Así, las modificaciones en los elementos significan cambios en el todo y viceversa.

Las investigaciones del biólogo alemán influyeron de verdad en variadas ramas de la ciencia. Un ejemplo lo tenemos en la Administración, con el desarrollo del abordaje sistémico de la Administración. Asimismo, su contribución fue importante para el surgimiento de la cibernética y la *gestalt*.

Sus enseñanzas tuvieron eco incluso en el saber jurídico, de modo específico en el área tributaria, Machado (2002) así lo hace constar en Sistema Tributario:

A pesar de que originariamente significase «reunión» o «conjunto», la palabra sistema, en una acepción más actual, significa «el conjunto organizado de partes relacionadas entre sí e interdependientes». En el Brasil, solo se puede afirmar la existencia, en el plano constitucional, de un sistema tributario —tomada la palabra sistema en un sentido actual— a partir de la EC 18/1965. (pág. 305)

Siguiendo la pauta de la doctrina tributaria, Rosa Jr. (2001) muestra que:

El concepto de sistema tributario implica cierta coordinación de los diferentes tributos entre sí con el sistema económico dominante y con los fines fiscales y extrafiscales de la tributación, como también con los principios constitucionales. Para que pueda haber un sistema es necesario que las normas jurídicas que lo integran sean conexas y consecuentes al reglar el poder tributario del estado. De este modo, si no existe esa armonía y si cada tributo no es parte de un todo con una finalidad determinada, no se podrá hablar de sistema tributario, porque este no es consecuencia del mero cobrar tributos por parte del estado. Se deduce de esto que cuando las normas tributarias son impuestas sin orden y sin estudiar las causas, con la única preocupación de recaudar, no estaremos frente a un sistema tributario, sino frente a un mero régimen tributario.

En relación con Sistema Constitucional Tributario, puede destacarse la relevancia de la doctrina de Difini (2003) cuando afirma:

Sistema es un conjunto organizado de principios y normas, armónicos e independientes entre sí, de tal forma que la eventual alteración de unos de ellos implique una modificación del propio sistema.(pág. 62)

También sostiene que «el sistema constitucional tributario es el conjunto de esos principios y normas sobre tributos, contenidos en la Constitución del país». *A posteriori*, evidencia que solo después de la Enmienda Constitucional 18, de 1965, hubo en el Brasil un sistema nacional tributario. Hasta entonces, las constituciones solo tenían «disposiciones dispersas sobre materia tributaria, sin la jerarquía, armonía, independencia y enunciación de principios que caracterizan un sistema».

Siendo así, es importante resaltar que en la Constitución Federal hay, en el título de la tributación y los presupuestos, un capítulo denominado Sistema Tributario Nacional, que engloba desde el Artículo 145 al 162 y trata de los principios generales, las limitaciones de poder en la gestión tributaria, los impuestos de la Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios, y, por último, del reparto de los ingresos tributarios.

Una de las conclusiones de la Teoría General de los Sistemas es la de que todos los sistemas se expanden y contraen infinitamente; luego, todos los sistemas son compuestos de subsistemas y estos, a su vez, generan sistemas mayores.

Partiendo de esta proposición, el Sistema Constitucional Tributario es un conjunto lógico de normas que se relacionan entre sí y con el sistema económico, cuya finalidad es la tributación.

Así, los principios constitucionales tributarios jamás podrán analizarse por separado, ni siquiera como elementos del Sistema Tributario Nacional, ya que la interpretación también considera a los demás sistemas con los que el área tributaria mantiene interacción o interrelación.

1.5 Principios constitucionales que afectan a la materia tributaria

Art. 150. Sin perjuicio de otras garantías aseguradas al contribuyente, está prohibido a la Unión, a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios:

- I. exigir o aumentar tributos sin ley que los establezca ;*
- II. dispensar un tratamiento desigual entre contribuyentes que se*

encontrasen en situación equivalente, prohibiéndose cualquier distinción por razón de ocupación profesional o función por ellos ejercida, independientemente de la denominación jurídica de los rendimientos, títulos o derechos ;

III. cobrar tributos:

- a) que se deriven de hechos imponibles ocurridos antes del inicio de la vigencia de la ley que los hubiera establecido o ampliado ;*
- b) en el mismo ejercicio financiero en que haya sido publicada la ley que los estableció o amplió;*
- c) antes de que pasen 90 días desde la fecha en que se haya publicado la ley que los instituyó o los aumentó;*

IV utilizar tributos con fines confiscatorios;

V establecer limitaciones al tráfico de personas o bienes, por medio de tributos interestatales o intermunicipales , exceptuándose el cobro de peaje por utilización de vías conservadas por el Poder Público;

VI establecer impuestos sobre:

- a) patrimonio, renta o servicios, unos de otros;*
- b) templos de cualquier culto;*
- c) patrimonio, renta o servicios de los partidos políticos, incluyendo sus fundaciones, de las entidades sindicales de los trabajadores, de las instituciones de educación y de asistencia social, sin fines lucrativos, atendiendo a los requisitos de la ley;*
- d) libros, diarios, periódicos y el papel destinado a su impresión.*
- e) fonogramas y videofonogramas musicales producidos en el Brasil que contengan obras musicales o literomusicales de autores brasileños u obras en general interpretadas por artistas brasileños, así como los soportes materiales o archivos digitales que los contengan, salvo en la etapa de copiado industrial de los soportes digitales.*

1. la prohibición del inciso III, b), no se aplica a los impuestos previstos en los arts. 153,I, II, IV y V, 154, II.

2. *La prohibición del inciso VI, a) se extiende a los organismos autónomos y a las fundaciones establecidas y mantenidas por el Poder Público, en lo que se refiere al patrimonio, a la renta y a los servicios, vinculados a sus finalidades esenciales o derivadas de ellas.*

3. *Las prohibiciones del inciso VI, a), y del párrafo anterior no se aplican al patrimonio, la renta y los servicios, relacionados con la explotación de actividades económicas regidas por normas aplicables a empresas privadas, o en las que haya contraprestación o pago de precios o tarifas por el usuario, ni exonera al promitente comprador de pagar el impuesto relativo al bien inmueble.*

4. *Las prohibiciones expresadas en el inciso IV, líneas b) y c), comprenden solamente el patrimonio, la renta y los servicios, relacionados con las finalidades esenciales de las entidades en ellas mencionadas.*

5. *La ley establecerá medidas para que los consumidores sean informados a cerca de los impuestos que incidan en mercancías y servicios.*

6. *Cualquier amnistía o remisión que afecte a la materia tributaria o de previsión social o*

sólo podrá concederse a través de ley específica federal, estatal o municipal.

6. *Cualquier subsidio o exención, reducción de la base de cálculo, concesión de crédito, amnistía o revocación, relativos a impuestos, tasas o contribuciones, solo podrá ser concedido mediante ley específica, federal, estatal o municipal, que regule en exclusiva las materias anteriormente enumeradas o el correspondiente tributo o contribución, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 155, párrafo 2, inciso XII, letra «g».*

7. *La ley podrá atribuir al sujeto pasivo de obligación tributaria la condición de responsable del pago del impuesto o la contribución, cuyo hecho imponible deba ocurrir posteriormente, asegurando la inmediata y preferencial restitución de la cuantía pagada, caso no se realice el supuesto hecho imponible.*

Art. 151. Está prohibido a la Unión:

I establecer tributos que no sean uniformes en todo el territorio nacional o que impliquen distinción o preferencia en relación a un Estado, a un Distrito Federal o a un Municipio, en detrimento de otro, admitiéndose la concesión de exenciones fiscales destinadas a promover un desarrollo socioeconómico equilibrado entre las diferentes regiones del país;

II someter a tributación los rendimientos de las obligaciones deducida pública de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, así como la remuneración y ganancias de los respectivos agentes públicos, en niveles superiores a los que se estableciesen para sus obligaciones y para sus agentes;

III establecer exenciones sobre tributos de competencia de los Estados, del Distrito Federal o de los Municipios.

Art. 152. Está prohibido a los Estados, al Distrito Federal, y a los Municipios establecer diferencias tributarias entre bienes y servicios, de cualquier naturaleza, en razón de su procedencia o destino.

Aunque hay sistematizaciones diferentes, la doctrina nacional reconoce como principios constitucionales los siguientes preceptos:

- a) Legalidad tributaria (Artículo 150, inciso I de la Constitución Federal).
- b) Anterioridad (Artículo 150, inciso III, letra b) de la Constitución Federal).
- c) Irretroactividad (Artículo 150, inciso III, letra a) da Constitución Federal).
- d) Igualdad (Artículo 150, inciso II de la Constitución Federal).
- e) Capacidad contributiva (Artículo 145, párrafo 1 de la Constitución Federal).
- f) Prohibición de confisco (Artículo 150, inciso IV de la Constitución Federal).
- g) Universalidad y generalidad (Artículo 153, párrafo 2, inciso I de la Constitución Federal).
- h) Proporcionalidad (Artículo 153, párrafo 2, inciso I de la Constitución Federal).

- i) No acumulación impositiva (Artículo 153, párrafo 3, inciso II y Artículo 155, párrafo 2, inciso I de la Constitución Federal).
- j) Selectividad (Artículo 153, párrafo 3, inciso I y Artículo 155, párrafo 2, inciso III de la Constitución Federal).
- k) Libertad de movimiento de personas y bienes (Artículo 150, inciso V de la Constitución Federal).
- l) Uniformidad geográfica (Artículo 151, inciso I de la Constitución Federal).
- m) No discriminación por razón de procedencia o destino de los bienes o servicios (Artículo 152 de la Constitución Federal).

1.5.1 Principio da legalidad tributaria

Para el estado democrático de derecho, la función primordial del principio de legalidad tributaria es la que la posibilidad de que los tributos sean ordenados o aumentados se restrinja al uso de disposiciones legales.

La redacción del encabezamiento del Artículo 150 de la Constitución Federal es la que sigue: "Sin perjuicio de otras garantías aseguradas al contribuyente, para la Unión, las entidades federadas y los municipios».

En el inciso I se dice lo siguiente: "Exigir o aumentar tributos sin una ley que lo establezca".

En este sentido, podemos afirmar que el principio reafirma el contenido del inciso II del Artículo 5 de la Constitución Federal: «nadie será obligado a hacer o dejar de hacer alguna cosa si no es en virtud de lo dispuesto por ley». De este modo, el principio de legalidad tributaria confiere garantías a los contribuyentes, pues en cierta forma impone ciertos límites al Poder Público.

Aunque en la Constitución haya normas que limitan a los gestores, también se encuentran excepciones al principio de legalidad, como la de permitir cambiar las alícuotas de los impuestos a la exportación, importación, productos industrializados o sobre operaciones financieras vía decreto.

Puede entenderse como una paradoja, sin embargo, el Desembargador Difini (2003) justifica estas excepciones:

[...] dichos impuestos forman parte de la política de intervención y, por tanto, para el ejecutivo la excepción es un instrumento ágil para aumentarlos o reducirlos, con el fin de regular el comercio exterior (impuestos de exportación e importación), la economía (Impuesto sobre Operaciones Financieras —IOF—) o la producción nacional (Impuesto sobre Productos Importados —IPI—).(pág. 64)

No obstante, las excepciones referidas a los tributos no son prerrogativas de los estados y municipios. La creación de impuestos ha de ser por ley, solamente la Unión posee prerrogativa de modificar las alícuotas, mediante decreto, siempre que los casos estén previstos por ley.

1.5.2 principio da anterioridad

El principio de anterioridad —Artículo 150, inciso III, letra b)— dice:«La Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios no podrán cobrar tributos en el mismo ejercicio financiero en que haya sido publicada la ley que los instituyó o aumentó».

Se añadió a la Enmienda Constitucional 42/2003, en la letra c) de la disposición, que prohíbe el cobro de impuestos «antes de que pasen 90 días desde la fecha en que haya sido publicada la ley que los instituyó o aumentó, observado lo dispuesto en la letra b)».

El principio contenido en texto puede, en teoría, ser bien simple, pero en el caso de que se haga una crítica rigurosa podemos concluir que es cuestionable, algo que Difini (2003) pone de relieve:

[...] en el texto legal hay una impropiedad terminológica si consideramos con rigor el significado de la palabra «cobrar», de tal modo que, de la interpretación literal del texto, se podría entender que los tributos solo podrían cobrarse después del 1 de enero del año siguiente, pero con relación a los hechos imponderables ocurridos el año anterior. Es decir, si un determinado tributo fuese creado en 2002 se podría cobrar a partir del 1 de enero de 2003, incluso en lo tocante a los hechos imponderables acaecidos entre la promulgación de la ley y el inicio del ejercicio financiero siguiente.(pág. 147)

En las contribuciones sociales destinadas al costeo de la Seguridad Social no se puede aplicar el principio de anterioridad. De forma que se aplica el artículo 195, párrafo 6 de la Constitución, por el cual solo pueden exigirse las contribuciones transcurridos 90

días desde la publicación de la ley que las instituya o aumente. Veamos qué dispone el párrafo 6 del artículo 195 de la Constitución brasileña:

Art. 195. La seguridad social será financiada por toda la sociedad, de forma directa e indirecta, en los términos de la ley, mediante recursos provenientes de los presupuestos de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, y de las siguientes aportaciones sociales:

6. Las contribuciones sociales de que trata este artículo solo podrán ser exigidas una vez una vez transcurridos noventa días de la fecha de publicación de la ley que las hubiese establecido o modificado, no siéndoles aplicables lo dispuesto en artículo 150, III, b).

De la misma forma que sucede con el principio de legalidad, en este principio también hay excepciones, principalmente en lo referido a los impuestos sobre exportación, importación, productos industrializados, operaciones financieras, gastos extraordinarios de guerra o préstamos obligatorios para atender gastos extraordinarios derivados de calamidades o guerras externas, de los cuales podrá exigirse el pago en el mismo ejercicio financiero en el que fueron instituidos o aumentados. En el caso de las contribuciones sociales destinadas a la Seguridad Social no se puede aplicar el principio de anterioridad.

1.5.3 Principio de la irretroactividad

El Artículo 150, inciso III, letra a) de la Constitución está dedicado al principio de irretroactividad, «Se prohíbe a la Unión, los Estados, el distrito Federal y los Municipios cobrar tributos relacionados con los hechos imposables ocurridos antes del inicio de la vigencia de la ley que los instituyó o aumentó».

Por tanto, ese principio complementa al de anterioridad. Al estudiar conjuntamente los dos textos, se concluye que la ley que crea o eleva impuestos no puede ser retroactiva.

1.5.4 Principio de la igualdad

El Artículo 150, inciso II de la Constitución impide «dispensar un tratamiento desigual entre contribuyentes que se encuentren en situación equivalente, prohibiéndose cualquier distinción por razón de ocupación profesional o función por ellos ejercida, independientemente de la denominación jurídica de los rendimientos, títulos o derechos».

Luego, supone reiterar la cláusula pétrea consagrada en el encabezamiento del Artículo 5, «Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza»

Con todo, en el oficio tributario, la regla tiene un carácter puntual que, según Difini (2003, pág.165), propone «revocar las exenciones del impuesto de Renta actualmente vigentes sobre parte de los ingresos de parlamentarios, magistrados y militares, como anteriormente sucedió con profesores, periodistas, autores de obras literarias y otros».

1.5.5 Principio de la capacidad contributiva

Según el párrafo 1º del Artículo 145, «Siempre que sea posible, los impuestos tendrán carácter personal y estarán en consonancia con la capacidad económica del contribuyente, pudiendo la Administración Tributaria —en especial para conferir efectividad a estos objetivos— identificar el patrimonio, los rendimientos y las actividades económicas del contribuyente, respetando los derechos individuales y en los términos de la ley».

Aquí nos importa justificar que el principio de la progresividad se limita a los impuestos, excluyendo otros tipos de tributos.

Dejando eso a un lado, es importante destacar la expresión «siempre que sea posible». Es necesario hacer una observación acerca de su interpretación, ya que no debe ser entendida como «el principio de progresividad solo será efectivo cuando sea posible». Para Machado (2002, pág.125) es al contrario, «el “siempre que sea posible” que encontramos en el párrafo 1 del Artículo 145 se refiere solo al carácter personal de los tributos, pues en verdad no siempre es posible técnicamente que el tributo tenga carácter personal».

Cabe subrayar que ese principio no se contradice con el de igualdad; antes al contrario, lo refuerza. Al final, el principio de igualdad consiste en tratar igual a los iguales, y a los desiguales de manera desigual.

Abundando en lo dicho citamos a Difini (2003 pág. 186): «Cada uno debe contribuir al sostenimiento de los gastos públicos según su patrimonio y su capacidad económica». Esta máxima es un instrumento adecuado para materializar el principio de igualdad.

1.5.6 Principio de la prohibición de confiscar

El inciso IV del artículo 150 de la Constitución prohíbe la utilización del tributo «con efecto de confisco».

Por tanto, el carácter de ese principio es programático, dado que no existe legalmente un ordenamiento nacional que defina acerca del concepto de confisco.

Como afirma Samantha Meyer-Pflug (2005):

Las normas constitucionales están dotadas de un carácter abierto, amplio y genérico que les permite abarcar una pluralidad de situaciones. Este carácter abierto de las normas constitucionales es consecuencia de la propia esencia de la Constitución, que es la responsable de la fijación de las directrices y principios fundamentales del Estado, como también de que las normas constitucionales, en la mayoría de las veces, se presenten como principios o normas programáticas

En una ocasión, el principio de prohibición de confisco fundamentó la inconstitucionalidad de partes de la ley 9.783/1999, con la cual se intentaba la contribución a las pensiones de los servidores públicos.

1.5.7 Principios da universalidad, la generalidad y de la proporcionalidad

Los principios de universalidad, generalidad y proporcionalidad están expresados en el Artículo 153, párrafo 2, inciso I, el cual determina que el impuesto de la renta «estará inspirado en los principios de generalidad, universalidad y progresividad, en la forma dictada por la ley».

Mientras, Difini (2003, pág. 188) defiende que «la universalidad y generalidad no se aplican solo al impuesto de la renta, constituyendo un principio implícito con relación a los demás tributos».

Siguiendo la misma pauta conceptúa la generalidad:

[...] significa que el tributo debe abarcar a todos los contribuyentes afectados por un hecho concreto de naturaleza imponible o que estén en igual relación con la manifestación descrita en la hipótesis de incidencia (en el caso del impuesto de la renta, incidir indistintamente sobre diversas especies de rendimientos).(pág. 64)

El principio de generalidad está presente en el Artículo 153, párrafo 2, inciso I de la Constitución, pero afectado por la visión de progresividad de los tributos como

consecuencia del principio de capacidad contributiva; habida cuenta de que los tributos precisan ser proporcionales a la capacidad contributiva, en armonía con la renta, el patrimonio y las demás circunstancias de generación de riqueza.

1.5.8 Principios de no acumulación y de selectividad.

La aplicabilidad de esos principios se ciñe al IPI y al ICMS, pero la previsión del principio de no acumulación relativa al IPI consta en el Artículo 153, párrafo 3, inciso II y, con relación al ICMS, en el Artículo 155, párrafo 2, inciso de la Constitución Federal.

Sin embargo, Difini (2003, pág. 191) presenta, cuando menos, un concepto mejor del principio de no acumulación, «[...] disminuir (compensar), del impuesto debido en cada operación, el impuesto pagado en las ocasiones anteriores».

En lo tocante al principio de selectividad, se ejemplifica en los Artículos 153, párrafo 3, inciso I (en lo referido al IPI) y 155, párrafo 2, inciso III (en lo que incumbe al ICMS) y tiene la finalidad de adecuar los impuestos indirectos a la capacidad contributiva.

1.5.9 Principio del libre tránsito de personas o bienes

Por el Artículo 150, inciso V de la Constitución se prohíbe el cobro de tributos cuyo fin sea el de «establecer límites al libre tránsito de personas y bienes, por medio de tributos interestatales o intermunicipales, con la excepción del cobro de peaje por usar las vías conservadas por el Poder Público».

En consecuencia, lo esencial de ese principio es favorecer el derecho al libre tránsito. No obstante, no se caracteriza por imposibilitar el cobro de tributos interestatales e intermunicipales y solo veda, conforme Machado (2002 pág. 153),

«la institución de tributos cuya hipótesis de incidencia tenga como elemento esencial cruzar una frontera interestatal o intermunicipal».

1.5.10 Principio de la uniformidad geográfica

Está escrito en el Artículo 151, inciso I de la Constitución que la Unión impide «instituir tributo que no sea uniforme en todo el territorio nacional o implique distinción o preferencia con relación a un estado, al Distrito Federal o a un municipio en detrimento de otro, admitiéndose la concesión de exenciones fiscales destinadas a promover el desarrollo socio-económico equilibrado entre las diferentes regiones del país».

En cierta forma, ese principio propone una uniformidad de los tributos que conciernen a la Unión. Pero es preciso hacer un análisis más cauteloso, para el cual es

pertinente traer a colación una objeción de Difini (2003, pág. 193), en el sentido de que el principio estipula la uniformidad de todos los tributos que son competencia de la Unión, pero, al mismo tiempo, «prácticamente anula, en términos prácticos, la regla.

1.5.11 Principio de la no discriminación en razón de la procedencia o destino de los bienes o servicios

Según reza el Artículo 152 de la Constitución: «Está prohibido que los estados, el Distrito Federal o los municipios establezcan diferencia tributaria entre bienes o servicios, de cualquier naturaleza, en razón de su procedencia o destino.

Lo que dispone este Artículo solo viene a confirmar lo sostenido desde el comienzo de este trabajo, esto es, solo la Unión tiene poder para influir en la creación, el aumento o la revocación de los tributos.

1.6 Clasificación de los tributos

Desde que son instituidos, los tributos se deben y se destinan a un ente político —Unión, entidades federadas o municipios—. Su soberanía jurídica está fundada en el poder que confiere la Carta Magna, pues cabe a esta determinar quién será responsable de crear y cobrar impuestos, cuya finalidad es el sostenimiento de los gastos públicos que permiten al Estado realizar su función social. Los tributos se dividen en dos:

1.6.1 Los tributos vinculados

Son los tributos cuya cobranza solo se justifica si hay por medio una determinada actividad del Estado, destinada al particular que pagó el tributo, con el objeto de beneficiarlo en algo, motivo por el cual se exige la contraprestación estatal.

En ese sentido, veamos lo que dice Tarek Moyses Moussallem (2007, p.611):

La primera observación está referida a los tributos vinculados. Ser tributo vinculado es condición suficiente para ser destinado. Eso significa que todo tributo vinculado siempre deberá ser destinado. Por otro lado, todo tributo no destinado será no vinculado, o sea, ser no destinado es condición suficiente para ser no vinculado. [...] Los préstamos obligatorios bien pueden ser tributos vinculados, bien pueden no vinculados. Es condición suficiente y necesaria para los préstamos obligatorios que sean destinados y restituibles. [...] Finalmente, a la pregunta de cuántas son las especies tributarias hay que responder que no está bien formulada, por cuanto la propia

palabra «especie» tiene un sentido relativo, una vez que puede ser empleada para subdividir cada especie primaria.

Complementa Geraldo Ataliba (2009, p. 41):

[...] los tributos vinculados son aquellos cuyo hecho imponible es una actividad estatal», e impuesto son aquellos cuyo hecho imponible es un uno cualquiera, excluidas las actividades estatales. [...] La consistencia del hecho imponible es lo que permite que se dividan en tributos vinculados y tributos no vinculados a una actuación estatal. Si el hecho imponible consiste en una actuación estatal, el tributo será una tasa de contribución (tributo vinculado); si consiste en cualquier otra situación, el tributo será vinculado (impuesto).

Son las tasas y las contribuciones de mejoría. A título de ejemplo, el estado podrá cobrar una tasa o una contribución de mejoría para un determinado servicio público, como la recogida de la basura, la emisión de un pasaporte o la realización de una obra pública, es decir, se presupone que el contribuyente va a ser directamente beneficiado de alguna manera.

1.6.2 Los tributos no vinculados

Estos tributos son cobrados por el estado, pero no exigen la contraprestación de servicios u obras al contribuyente. Se permite que el Estado cobre ese tipo de tributo con el objeto de que pueda financiar sus actividades.

Veamos lo que dice al respecto Roque Antônio Carrazza (2006, p. 538):

Así, jurídicamente hablando, impuesto es una modalidad de tributo cuyo hecho imponible no está ligado a una actuación estatal. Esa es la razón por la que Gerardo Ataliba llama al impuesto tributo no vinculado. ¿No vinculado a qué? A una actuación estatal. Los impuestos son, en definitiva, prestaciones pecuniarias ajenas a cualquier relación de intercambio o utilidad.

El retorno a la sociedad por este pago de tributos se da mediante beneficios y ventajas indirectas, como resultado de la acción del Estado encaminada al bien común. Los tributos son los impuestos especificados en la legislación tributaria.

2. ICMS

2.1 Historia do ICMS

El ICMS, consagrado por el Artículo 155, inciso II de la carta Magna, establece que los Estados y el Distrito Federal tiene la competencia para instituirlo.

Artículo 155. Compete a los Estados y al distrito Federal instituir impuesto sobre:

II – operaciones relativas a la circulación de mercaderías y sobre prestación de servicios de transporte interestatal e intermunicipal y de comunicación, incluso aunque las operaciones y la prestación se inicien en el extranjero.

Un análisis breve de la historia de la tributación brasileña permite observar que el ICMS se originó durante la I Guerra Mundial. Supuso una revolución en la estructura de la tributación, hasta entonces constituida casi en su totalidad por impuestos incidentes en el patrimonio.

En el Brasil, el impuesto relativo al consumo comenzó a funcionar en 1922 denominándose «Impuesto Sobre Ventas Mercantiles». En 1934 la incidencia de ese impuesto aumentó, posibilitando que los tributos incidiesen en las operaciones de consignaciones mercantiles. De este modo surgió el IVC (Impuesto sobre Ventas y Consignaciones), cuya ejecución entró en vigor en 1936.

En lo tocante a esta cuestión, Ricardo Varsano (1996, pág. 4) comenta lo siguiente:

Por la Constitución de 1934, el impuesto de ventas y consignaciones se convirtió rápidamente en la principal fuente de ingresos tributarios estatales, representando cerca del 45% de estos en el inicio de la década de los 40. Paralelamente, la participación del impuesto de exportación caía para algo más del 10%, una cuota inferior a la de los impuestos de Herencias y Donaciones y los de industrias y profesiones. En 1946, el impuesto de ventas y consignaciones ya había alcanzado una participación del 60% en los ingresos tributarios estatales.

Primeramente, nos referiremos a lo que Aliomar Baleeiro (2010, pág. 367) reflexiona sobre el IVC, surgido de la CF/1934, y su impacto económico en la recaudación de los Estados miembros por ser acumulativo:

A partir de 1936 —año en que se implantó la discriminación de rentas de la CF de 1934— la parte fundamental de la recaudación de los Estados miembros vino del Impuesto de Ventas y Consignaciones. La Unión había creado en 1923, con el nombre de

«Impuesto sobre Ventas Mercantiles» (Ley 4.625, de 31.12.1922), un papel de liquidez garantizada, semejante a las letras de cambio y los pagarés (Ley 2.044, de 1908), cuyo valor podía ser fácilmente descontado, en los bancos, de las facturas de venta de comerciantes e industriales, siempre que fuesen reconocidos y firmados por los compradores (Artículo 219 del Código Comercial). El Congreso las tuvo en cuenta y se instituyó la emisión de la duplicata o factura duplicada, reconocida por los deudores, a cambio de un impuesto del 0,3%, no solo de las ventas aplazadas, sino también de las realizadas al contado, registradas en libros propios. En la época, acabaron siendo denominadas contas assinadas — libro de contabilidad con la firma del deudor—.

La Constitución de 1946, en su artículo 202, estableció lo siguiente:

Artículo 202 – Los tributos tendrán carácter personal, siempre que eso sea posible, y se adaptarán a la capacidad económica del contribuyente.

De modo que el legislador debería aplicar la exención del impuesto de consumo a los productos y servicios de primera necesidad, como vivienda, vestuario, alimentación y asistencia médica (en el caso de las personas de bajos recursos).

Sin embargo, el IVC generó un problema de incidencia en «cascada», debido a la repercusión del tributo sobre las ventas y consignaciones. En consecuencia, podía aumentar la tributación debida al envío y retorno de una mercadería, con independencia de que perteneciese a un único dueño. Esto ocurría porque en la época todavía no existía el principio de la no acumulación. Quedó constatado entonces que este sistema de tributación acarrearía perjuicios al consumidor, pues el producto seguía una larga secuencia hasta estar disponible para el consumo, hecho que conllevaba una tributación exagerada, con lo que los precios se volvían prohibitivos.

Esta es la opinión de Francisco Luiz Cazeiro Lopreato (2002, p. 30):

El Gobierno Central, al establecer ese criterio, se plegó, por un lado, a los deseos de las burguesías regionales más importantes, que serían beneficiadas con el Estado financieramente más fuerte y, por otro lado, al ajustar el IVC favorablemente para las burguesías de mayor peso, incentivó del mismo modo al capital industrial, que estaba concentrado ahí. Esos Estados tuvieron, entonces, aseguradas mejores condiciones de acometer los gastos públicos y ayudar al sector privado con recursos propios. Por su parte, los Estados más pobres, con bajo poder de recaudación, derivado de las condiciones históricas de desarrollo, y presionados por el criterio de recaudación del IVC, continuaron dependientes de la Unión.

Esta incidencia en cascada también era injusta para las empresas de menor porte, porque carecían de una estructura suficiente para la industrialización plena de sus productos, circunstancia que las dejaba en una situación tributaria de desventaja.

Este principio acumulativo instituido por el IVC no tuvo una acogida unánime, hubo objeciones, de acuerdo con lo expuesto por Alcides Jorge Costa (1978), acerca de la primera manifestación de la regla no acumulativa del Brasil:

[...] la primera manifestación de la regla de no acumulación de tributos de dio el 30 de diciembre de 1958, con la ley 3520, que trataba del antiguo impuesto al consumo, incidente sobre el ciclo de la producción industrial, disponía que del impuesto debido en cada quincena fuese deducido el valor del impuesto que, en el mismo periodo, hubiese incidido sobre las materias primas y otros productos empleados en la fabricación y acondicionamiento de los productos tributados. (pág.6)

A escala mundial, en aquel periodo se anhelaba instituir un impuesto no acumulativo, pues no había duda de que un impuesto acumulativo en una operación secuenciada era perjudicial para la evolución económica y tributaria de los países, alterando el orden económico y el desarrollo nacional. El primer país que adoptó un impuesto no acumulativo fue Francia.

Conviene subrayar que desde 1936 Francia intentó varias veces instituirlo sin éxito. Solo lo consiguió en 1954: «[...] se creó la *taxe sur le valeur ajoutée*, tributo retocado con posterioridad pero aún vigente [...]» (BALEIRO, 2010, pág. 368). Este tributo no acumulativo se denominaba TVA (Tasa sobre el Valor Agregado).

Además, el «principio de la imposición no acumulativa, con las peculiaridades propias de sus sistemas, bautiza el tributo con la denominación “valor agregado”, en clara alusión a la carga de la parte adicionada y no de otra anterior» (MARTINS, 2001, pág. 151).

Debido a que surgieron estas dificultades, en 1965 se hizo una reforma de este tributo, que pasó a ser no acumulativo, con el propósito de no interferir en los precios de mercado.

Por mucho que la Constitución de 1946 expresase en su texto la voluntad de crear un impuesto no acumulativo que fuese incidente en toda la cadena de producción y distribución de bienes y servicios —donde se daba el hecho imponible

—, fue con la reforma tributaria, mediante la Enmienda Constitucional 18/65, cuando se introdujo en el escenario jurídico nacional el ICM (Impuesto sobre la Circulación de mercaderías), en sustitución del IVC, diferenciándose de este por su carácter no acumulativo, característica que lo emparentaba con su modelo, el TVA (Tasa sobre el Valor Agregado).

En ese sentido, Ricardo Varsano (1996, p. 6) expone lo siguiente:

[...] durante el periodo comprendido entre 1946 y 1966, crece la importancia relativa de los impuestos sobre los productos. Antes de la reforma tributaria, el Impuesto de Ventas y Consignaciones representa el 90% de la recaudación estatal. Las reformas en el sistema tributario, reclamada por muchos desde el final de la década de los 40, se prepara y se pone en práctica entre 1963 y 1966.

Para solucionar los problemas, se adoptó el ICM (impuesto sobre Circulación de mercaderías). El cobro del ICM resultante de una operación mercantil entre estados producía una transferencia monetaria de los estados consumidores a los estados productores, es decir, a aquellos más desarrollados.

Eduardo Sabbag (2009, pág. 939-940), hace una breve síntesis sobre la institución del ICM:

El ICM fue instituido por la reforma tributaria de la Enmienda Constitucional 18/65 y representa cerca del 80% de la recaudación de los Estados. [...] Además, es notorio que recibió un significativo tratamiento constitucional —Artículo 155, párrafo 2, Incisos del I al IX, CF—. El tratamiento constitucional dado a la exención en discusión es

robustecido por la Ley Complementaria n.º 87/86, que substituyó al Decreto Ley n.º 406/68 y al Convenio ICMS n.º 66/68, detallando su funcionamiento, sin entrar en colisión con ningún precepto de la Constitución Federal.

Kiyoshi Harada (2006, pág 428), comenta sobre Rubens Gomes de Souza — ponente de la comisión del proyecto de reforma tributaria, quien brillantemente, en 1967, exponía los presupuestos de incidencia del ICMS, además de hacer la distinción entre cosa y mercadería— lo siguiente:

Rubens Gomes de Sousa, que fue ponente de la comisión elaboradora del Proyecto de Reforma Tributaria, sostiene que el hecho imponible del impuesto es «la salida física de la mercadería del establecimiento mercantil, industrial o productor, siendo irrelevante el título jurídico que se asocie a tal salida, así como el hecho de que ese título envuelva o no una transmisión de propiedad». Asimismo, añade que la salida física tributada es aquella que configura «una etapa en el proceso de circulación de la mercadería, entendiéndose así en toda su complejidad la sucesión de operaciones que atañen a los distintos actores que intervienen en la cadena de producción y distribución, como pueden ser el fabricante, el importador o incluso el consumidor final».

Lo importante es poner de relieve que, desde un punto de vista material, no hay diferencia entre cosa y mercadería. La diferencia que existe no es de substancia, sino de destino. Según la doctrina tradicional, una cosa es denominada mercadería cuando se destina a la comercialización.

Del mismo modo que sucedió con el IVC, el ICM dio problemas, según explica Aliomar Baleeiro (2010):

[...] Desde el punto de vista económico, el ICM es similar al IVC, que contribuía con cerca de las tres cuartas partes de los ingresos tributarios de los Estados miembros. Argüíase que solo se diferenciaba del Impuesto del Consumo y el Impuesto De Industrias y Profesiones sobre Comerciantes e Industriales por el nombre juris, pues los tres sangraban la misma realidad económica: la introducción de la mercadería en el círculo comercial.(pág. 367)

En relación con los cambios, a pesar de las Enmiendas Constitucionales 18/65 y 01/69, hubo confusión jurídica, puesto que confirieron el mismo hecho imponible del IVC al ICM, y con la prescripción que consta en el Artículo 52, inciso II del CTN, por la cual incidía en el establecimiento del importador en los casos de mercaderías extranjeras. Esto era debido al restablecimiento del citado Artículo — que había sido revocado por el Artículo 8 del Acto Complementar 36/67— a través del Decreto-Ley 406/68.

Sacha Calmon Navarro Coelho (1999, pág. 220-21) diserta sobre el momento histórico en el se produjo la transición del IVC al ICM en el ordenamiento jurídico brasileño, haciendo hincapié en los motivos que propiciaron la institución del impuesto no acumulativo:

Desde la enmienda 18/65 a la Constitución de 1946, después del alzamiento militar de 1964 — cuando se intentó, simultáneamente, la racionalización del sistema tributario (enmienda 18) y la codificación del Derecho Tributario (CTN)—, el ICM, ahora ICMS, se está revelando como un impuesto problemático, aquejado de enfermedades que debilitan su carácter. En la época del alzamiento militar de 1964, en un clima sensible a las críticas de juristas y economistas, que veían al Impuesto sobre Ventas y Consignaciones vetusto, «en cascada», generador de inflación, responsable de verticalizar la actividad económica, contrario al desarrollo de la Federación y técnicamente incorrecto, se resolvió su sustitución por otro no acumulativo que no tuviese los «negocios jurídicos» como hechos generadores de derecho, sino la realidad económica de las operaciones promotoras de la circulación de mercaderías y servicios en el país, como un todo. De este modo, surge el ICM, no acumulativo, en lugar del IVC acumulativo. La idea era tomar como modelo los impuestos europeos al valor agregado, incidentes sobre bienes o servicios, los llamados IVAS.

Oportunamente, el renombrado jurista esclarece el punto determinante de la transformación del IVC al ICM, bajo el fundamento de desajuste entre el hecho jurídico y la economía, tomándose como base el modelo europeo llamado IVA.

Conforme a la exposición de Aliomar Baleeiro (2010, pág. 368), en lo relativo a la introducción del ICM en nuestro ordenamiento jurídico, a través de la EC 18/65 (Reforma Tributaria), la aceptación del tributo francés fue mundial:

[...] el Brasil introdujo en la Constitución el principio de la imposición no acumulativa con la Reforma Constitucional 18, de 1965, aunque ya había sido adoptada, en legislación ordinaria, en la forma del Impuesto al Consumo; La Comunidad Económica Europea adopta el Impuesto al valor agregado como proyecto de su primera directriz, finalmente aprobada por el Consejo en 1967, siendo paulatinamente implementada por sus miembros; [...] A partir de los años 60, este tipo de tributo también se extiende por toda América Latina.

El ICM se transfería al adquirente incluido en el precio, de tal modo que el tributo recaía en última instancia en el consumidor final. Como esa transferencia se daba en cada etapa de la circulación de la mercadería se resolvió acuñar la expresión "valor agregado". Además, con el Proyecto de Reforma Tributaria (Enmienda 18/65), «la expresión circulación de mercaderías debe tomarse en su acepción económica».(HARADA, 2006, pág. 427)

En este sentido, el doctrinador Eduardo Sabbag (2012, pág. 943) explica el concepto de mercadería:

El concepto de mercadería se aplica al bien adquirido si su finalidad es la de ser vendido. En este sentido, todos los bienes muebles pueden ser absorbidos por este concepto, incluso potencialmente, a condición de que, en la óptica del vendedor, hayan sido adquiridos con la intención de revenderlos.

Los Estados consumidores reivindican la adopción del principio de destino puro, destinando el tributo a los estados consumidores, al contrario de los más desarrollados, quienes defendían la continuación del principio de origen puro, que destinaba los tributos a los estados productores.

Incide sobre la cuestión Luiz Cazaeiro Lopreato (2002, p. 54):

La reforma tributaria y el movimiento expansivo de la economía brasileña permitieron alcanzar los objetivos de elevar el volumen de recaudación y garantizar índices crecientes de carga tributaria en relación al PIB. El comportamiento favorable de la recaudación, mientras, se manifestó de forma desigual entre las esferas del Gobierno. El dominio de las materias fiscales y tributarias garantizaba la Unión una creciente participación en los ingresos, porque tenía

condiciones para manejar los impuestos, al tiempo que los Estados perdían poder tributario y capacidad de recaudación. La distribución de los recursos tributarios efectivamente disponibles por parte del Gobierno revela que, en 1996, el 40,6% fue a parar a la Unión y el 46,3% a los Estados. La situación en 1974 se alteró significativamente, entonces la participación en los ingresos pasó para el 51,6%, en el caso de la Unión, y en relación con los Estados, bajó al 35,2%.

Los legisladores de la época se decidieron por un principio mixto, que consistía en la reparto de los tributos. En coherencia con el nuevo principio se agregó una letra a la sigla, convirtiéndose en ICMS. Con esta nueva denominación, el impuesto pasó a incidir sobre las prestaciones de servicios y fueron añadidas algunas mercaderías más sobre las cuales incidía el impuesto.

Kiyoshi Harada (2006, pág. 427) explica la transformación del ICM — con la promulgación de la Carta Política de 1988— en el ICMS, abarcando los servicios de transporte y comunicación:

El antiguo ICM sufrió profundas modificaciones en la Constitución de 1988, ICMS en lo sucesivo, el cual incorporaría los servicios de transporte interestatal e intermunicipal y de comunicación, antes de competencia impositiva federal, De este modo, el hecho imponible quedó bastante ampliado, no limitándose solo a las hipótesis definidas en el Artículo 1 del Decreto-Ley 406, 31-12-1968, ya fuera de vigencia. Ahora abarca operaciones relativas a la circulación de mercaderías y prestación de servicios de transporte interestatal e intermunicipal y de comunicación, aunque esas operaciones tengan su origen fuera del país, abarcando incluso la importación de productos destinados al consumo o para formar parte del activo fijo.

Añade Ricardo Varsano (1996, p. 15):

El sistema tributario creado por la constitución de 1988 —al contrario de lo que ocurrió con la reforma de los 60, elaborada por un equipo técnico de gabinete— fue fruto de un proceso participativo en el que los actores eran políticos. Es verdad que los políticos que condujeron el proceso de creación tenían formación técnica y habían ejercido recientemente funciones ejecutivas en el gobierno y que un grupo de

técnicos que los asesoraba. Sin embargo, las decisiones, aunque técnicamente solventes, tenían un carácter eminentemente político.

Por tanto, la Constitución Federal incorporó al campo de incidencia del ICMS los servicios de transporte y comunicación, así como la incidencia sobre la energía eléctrica, combustibles, lubricantes y minerales, competencia de la Unión hasta entonces. El principio de la tributación no acumulativa, consagrado en el viejo tributo, se mantuvo en el nuevo.

Vittorio Cassone (2007, pág. 325) explica didácticamente cómo funciona la no acumulación tributaria:

[...] el ICMS será no acumulativo. En los impuestos acumulativos el impuesto incide en cada etapa sobre el valor total de las mercaderías sin ninguna deducción, hecho que los distingue de los no acumulativos. La redacción de la disposición determina que el ICMS incidirá sobre el valor total de las mercaderías e informa del modo en que habrá de ser emitido el documento fiscal. La no acumulación será efectiva en el momento del pago del impuesto por D, en el que, de lo debido en la operación de salida del establecimiento, se deducirá el importe del ICMS cobrado en las operaciones anteriores (de A para B, de B para C, de C para D). En la práctica, ese montante cobrado consta en la factura de venta, emitido por C contra D, considerando que en el documento fiscal de C ya viene embutido el valor de las anteriores operaciones.

Por tanto, el motivo esencial de la creación del ICMS fue la necesidad preeminente de un impuesto no acumulativo bajo el régimen polifásico, puesto que el hecho de que el IVC fuese acumulativo gravaba sobremanera al contribuyente en tanto que consumidor final. Después, el principio de la no acumulación continuaría invariado en la tributación al consumo

Ante la importancia de la no acumulación en el ICMS es pertinente estudiarla de modo minucioso, con el firme propósito de comprender la razón de la evolución jurídica del impuesto en nuestro ordenamiento, aunque no sea el objetivo de este trabajo.

Finalmente, han transcurrido cuatro décadas desde que el Brasil instituyó el IVC, el cual a partir de la CF de 1988 pasó a denominarse ICMS. El tributo objeto de la investigación en curso ostenta, de forma constante, la mayor recaudación en el país.

Teniendo Tributo un sentido más amplio que impuesto, es decir, pudiendo denominarse impuesto, tasa, contribución de mejora, préstamo obligatorio o de otro modo.

2.2 Principio de la no acumulación del ICMS

Este apartado aborda el principio constitucional de la imposición no acumulativa, una característica muy relevante del tributo en estudio, sobre todo si tenemos en cuenta que su evolución no hubiese ocurrido sin dicho principio, muy estudiado durante años. De este modo, el principio se analiza conceptualmente y se afrontan cuestiones controvertidas, como la eliminación del «efecto cascada», los principios reflejos, la compensación de créditos y la excepción del ICMS acumulativo.

La selectividad hace que el impuesto ejerza su función extrafiscal, la cual hace posible la intervención del estado en la economía privada mediante el estímulo o la inhibición del consumo o el uso de determinados productos.

En el mismo sentido, Carrazza (2006, pág. 375) asevera que la selectividad en el ICMS debe utilizarse como instrumento de ordenación política económica, o sea, como medio de intervención del estado. Pueden ponerse como ejemplo del uso de la selectividad como instrumento de intervención del gobierno en la economía, las alícuotas del 25% sobre el valor de la operación para los productos superfluos e otras del 17%, 12% o 9% para productos esenciales.

En el ICMS, el principio de selectividad tiene como objetivo los contribuyentes finales o contribuyentes de hecho, que, como se ha visto anteriormente, son los que soportan la carga económica del ICMS.

Esa idea de tasar con una alícuota mayor los productos superfluos viene motivada por la inferencia de que quien adquiere un bien o artículo lujoso tiene una buena condición económica, debiendo, por el principio de capacidad contributiva, soportar una tributación mayor en el impuesto al consumo, de modo diferente a quien adquiere un bien esencial o imprescindible.

El Artículo 155, párrafo 2, inciso III de la CF dicta que el ICMS podrá ser selectivo en función de lo esencial de las mercaderías, permitiendo así su uso con función extrafiscal. Sin embargo, esta facultad es competencia del Senado, que establece las alícuotas y los productos.

Artículo 155. compete a los Estados y al Distrito Federal la creación de impuestos sobre:

2. El impuesto previsto en el inciso II atenderá a lo siguiente:

III – podrá ser selectivo, en función de la esencialidad de las mercaderías y los servicios.

En consecuencia, esta selectividad no es obligatoria y no representa un derecho inalienable, como deja claro la vasta jurisprudencia en el ámbito de los Tribunales Estatales. Con la PEC 233 es posible diferenciar por tipo y cantidad de consumo: «Las alícuotas de las mercaderías y servicios podrán ser diferenciadas en función de la cantidad y tipo de consumo» (Artículo 155-A, párrafo 2, inciso IV); estas alícuotas son definidas por el Senado o la CONFAZ —Consejo Nacional de Política Tributaria—. MAIA (2009, p. 12) expone los beneficios y uno de los problemas de esta reforma:

[...] La PEC 233 prevé la posibilidad de diferenciación por tipo y magnitud de consumo: «IV – las alícuotas de las mercaderías y servicios podrán ser diferenciadas en función de la magnitud o el tipo de consumo; (artículo 155-A, párrafo 2) (Estas alícuotas serán definidas por el Senado o por el Confaz)» [...] Esta selectividad es positiva, ya que permite un exención completa para los consumidores de renta baja, con independencia de la cantidad consumida, y permite fijar una alícuota mínima para una cantidad básica de energía eléctrica para cada unidad residencial o rural (por ejemplo: los primeros 100 Kw/mes). [...] El problema de estas propuestas es que en algunos Estados habrá una significativa reducción de recaudación debida a que una inmensa mayoría de los consumidores residenciales o son de baja renta o presentan un consumo bajo.

Continuando con esta posición, afirma que «el problema de estas propuestas es que en algunos estados habría una significativa reducción recaudatoria debida a que la mayoría de los consumidores residenciales son de baja renta o tienen un consumo muy bajo».

La propuesta asimismo afirma que las leyes de los Estados podrán aumentar alícuotas de determinadas mercaderías: «La ley complementar definirá las mercaderías y servicios que podrán tener su alícuota aumentada o reducida por ley estatal, así como los límites y condiciones de esas alteraciones, no aplicándose en ese caso lo dispuesto en los incisos del I al III» (Artículo 155, párrafo 2, inciso V).

En cuanto a la no acumulación, como ya resaltamos anteriormente, el Artículo 155, párrafo 2 de la Constitución Federal determina que el ICMS no sea acumulativo, compensando así lo que fuese debido en cada operación relativa a la circulación de mercaderías o prestación de servicios con el importe cobrado en las anteriores por el mismo estado, por otro o por el Distrito Federal. En la PEC 233/88, el cambio determina que el tributo no sea acumulativo.

Conozcamos el punto de vista de José Eduardo Soares de Melo e Luiz Francisco Lipo (2004, p. 131):

[...] En síntesis, podemos decir que el término «compensación», presente en el art. 155, párrafo 2, inciso II, de la Constitución Federal, no posee el mismo sentido que le confieren otros institutos citados. Para los términos específicos relativos a su carácter no acumulable, cuando una norma constitucional emplea el término

«compensación», se refiere, por un lado, al deber jurídico al que se somete el contribuyente de calcular el valor del impuesto que debe pagar después de confrontar el impuesto generado por sus operaciones de circulación de mercaderías y prestación de servicios de transportes y comunicaciones, en un cierto periodo, con las cuantías relativas a las operaciones anteriores realizadas por productores, industriales, comerciantes, importadores y prestadores de servicios, que fueron objeto de sus adquisiciones en ese mismo periodo, y, por otro lado, la imposibilidad del sujeto activo de oponer cualquier restricción al crédito que genera el contribuyente. [...]

En la actualidad, la propia comisión constitucional diverge sobre la forma en que esos impuestos tendrán carácter no acumulativo.

Conviene recordar que de momento lo propuesto por la PEC en estudio es que el carácter no acumulativo del IVA-F venga determinado por una ley ordinaria, cuyo proceso legislativo es más simplificado. En cuanto al ICMS, será más riguroso debido a que el trámite de las Leyes Complementarias resulta más exigente.

El motivo que se cuestiona es si ese pequeño cambio por la comisión constitucional será perjudicial o beneficioso para el sistema tributario y los ciudadanos, sujetos pasivos del tributo. Pommorsky (2009, pág. 1) expone su posición:

Es muy posible que la legislación infraconstitucional que establezca la norma repita el concepto fijado en la Constitución en la actualidad. Sin embargo, la supresión del concepto constitucional debilita el derecho conferido a los contribuyentes, que podrá ser reconfigurado al calor de ocasionales intereses políticos.

En cierto modo, creer en la mengua de este derecho es acertado, pero, analizando la forma en que se encaja en la Constitución y el modo en que sucede la tributación del ICMS, la simplificación de este proceso legislativo traería la posibilidad de resolver con mayor celeridad los problemas que surgiesen.

No obstante, al examinar la historia del Derecho Tributario nacional, se verá de forma indudable en qué grado el principio de la tributación no acumulativa estuvo siempre en primer lugar. Hasta la reforma de 1964, los empresarios siempre se quejaron de este problema, el cual se resistía a los intentos de ser erradicarlo.

La imposición acumulativa perjudica al crecimiento del país y su economía, se hace necesario combatir la burocratización y reducir la carga tributaria. En estalínea, Marcell Feitosa Correia Lima (2009, en línea) piensa lo siguiente:

[...] el legislador nacional abandonó la uniformización, la neutralidad y la perfección del modelo puro de la tributación no acumulativa y en lugar de eso fraccionó la potestad tributaria del impuesto otorgándosela a los 27 estados de la Federación, lo que provocó la distorsión del principio de la tributación no acumulativa y la neutralidad en Brasil. Con el advenimiento de la Constitución Federal de 1988, y la apertura de los debates sobre la competencia tributaria, se esperaba que las distorsiones anteriormente referidas fuesen corregidas. Sin embargo, no fue eso lo que se vio. Recién salidos de un régimen centralizador impuesto por la junta militar, los estados, aprovechando la flexibilización propiciada por el momento histórico, además de no corregir esas distorsiones propiciadas por la imposición no acumulativa vigente, todavía, bajo la protección del ejercicio de la competencia tributaria, hicieron algunas alteraciones en el panorama del ICM que contribuyeron a alejar aún más la uniformización legislativa. Ante este panorama de propulsión legislativa, los principios de la neutralidad y el equilibrio federativo se revelan intangibles, lo que impide, por completo, cualquier proyecto de

creación de un mercado económico amplio, neutro, competitivo y equilibrado, sea en el ámbito interno o en el externo.

Observamos que el tema ha generado numerosas discusiones, pero también queda demostrada la preocupación por corregir los errores que propician una carga tributaria innecesaria, sea por las altas alícuotas, sea por la presencia del principio de tributación no acumulativa en el texto constitucional.

Aún es oportuno decir que, al tratarse de un impuesto al valor agregado, la intención del Gobierno Federal es incidir solo sobre aquel valor agregado por la empresa, por tanto, se evidencia en la práctica cuán latente está el principio de la tributación no acumulativa.

En ese sentido, veamos los comentarios de José Eduardo Soares de Melo e Luiz Francisco Lipo (2004, p.123):

[...] Gerardo Ataliba y Cléber Giardino sostuvieron que no era correcta la interpretación de que el tributo que debe pagarse al fisco fuese aquel que resulta de aplicar la cuota sobre la ganancia. Lo que explica que no sea acumulable, dijeron, es que los bienes sean transportados. Pero, si pensásemos en crear una hipótesis ideal por la que todas las adquisiciones de determinado periodo fuesen incorporadas en ese mismo periodo a todos los productos fabricados (o simplemente revendidos), constataríamos que la diferencia entre el valor de las entradas y el valor de las posteriores salidas corresponderá exactamente a un montante que, multiplicado por la alícuota del ICMS practicada por el comerciante o el industrial daría como resultado el valor del tributo que debe ser pagado al fisco. Ahora bien, si la diferencia entre las salidas y las anteriores entradas representan un cuantía que el comerciante o industrial añadieron en cada operación, por lo menos desde el punto de vista económico, hablaríamos de hecho de un tributo que incide sobre el valor agregado. No podemos dejar de subrayar esta circunstancia por cuanto el hecho de no ser acumulativo es reconocido como regla constitucional que afecta de manera directa a los precios de los productos ofertados en el mercado.

Como en la actualidad el esquema de funcionamiento que origina las cargas fiscales lo define la Constitución, las alícuotas definidas por ley son diversas, conforme se ha explicado con anterioridad. De esta forma, se cree que con la PEC, que deja que este

asunto se regule por ley complementaria, podrá haber reformas que mejoren el sistema de tributación nacional.

El ICMS es el impuesto de competencia estatal de mayor poder recaudatorio y se constituye como la mayor fuente de renta de los estados. Con la unificación de las legislaciones tributarias muchos estados verían socavado el pacto federativo, ya que perderían competencia normativa sobre el tributo.

La interferencia de la Unión en ese punto está justificada por la creciente guerra fiscal, lesiva para el desarrollo del país. Además, la materialización de principios como la tributación no acumulativa y la selectividad se hace imposible debido a la complejidad de las leyes y de sus 27 variantes, una para cada entidad federada.

Las razones de tal evolución son bien expuestas por Coelho (1999, pág. 293-294):

[...] el ICMS, de hecho, es un impuesto cuyo perfil jurídico se presenta muy elaborado por el ente central. Admitir, por otro lado, la aplicación sin regular por los estados con un fin desarrollista [...] sería decretar la guerra fiscal entre estos, una verdadera subasta de favores, con repercusiones en los fundamentos técnicos del gravamen.

Abundando en la misma idea, pone de relieve lo siguiente:

[...] fue para cohibir la generalización de coyunturas de este tipo que la Unión aumentó su intervención en la competencia de los estados, en detrimento de la propia Unión, fundada en la idea de autonomía de las entidades federadas (autonomía financiera antes que cualquier otra), por cuanto las fundamenta y defiende.

Sin embargo, muchos creen inconstitucional la interferencia de la Unión, en razón del pacto federativo. En este tira y afloja, Delfim Netto (2007, pág. 1) hace explícita la necesidad de preservar la descentralización promovida por el federalismo y construir un sistema tributario que lo atienda, defendiendo lo siguiente:

[...] aplazar la aprobación de la reforma que está en la Cámara por dos motivos: 1º porque no atiende al interés nacional real a largo plazo; y 2º porque si se aprobase en un momento de crisis como el actual, corremos el peligro de crear otro Frankenstein.

Es oportuno resaltar que la implantación del Sistema Tributario sugerido en la PEC 233/08 acabará con la competencia de legislar de los estados, arrojándose la Unión ese poder; pues el CONFAZ le confiere esa fuerza, aunque su prerrogativa no se esté cumpliendo, a pesar de ser el medio eficaz para acabar con la guerra fiscal.

La guerra fiscal se debe en gran medida a que los estados ofrecen crédito tributario aplicable al ICMS, que no es más que una ventaja fiscal para las empresas, camuflada de desgravación, que burla la Constitución.

Por otro lado, cómo ya se mencionó, la unificación de legislaciones relativas al ICMS comportaría la posibilidad de llevar a la práctica el principio de la selectividad, además de suponer una simplificación, facilitando de ese modo el control y la inspección.

Cabe decir que la mayoría de las reformas, pensadas para encontrar soluciones a los problemas más graves del sistema tributario nacional, siempre son bloqueadas por grupos de presión, pues estos solo se preocupan por salvaguardar sus intereses.

Otra cuestión relacionada con esta discusión, referida al campo político, es la que existe una tendencia municipalista en la Unión, debida a que los intendentes hacen campaña electoral en favor de los congresistas, quienes, a su vez, son «concejales» federales.

La falta de visión de la Unión hace que los intereses de cada estado y municipio colisionen con los intereses de la nación, imposibilitando que la reforma tributaria afronte los problemas, producidos sin necesidad, e impidiendo la aprobación de las necesarias alteraciones que mejoren el sistema tributario nacional. Abundando en la cuestión, Piscitelli (2009, pág. 163), resalta:

Una de las mayores polémicas se deriva de la pretensión de adoptar una legislación nacional uniforme (ley complementaria única) para el nuevo IVA-E, en sustitución de las 27 legislaciones estatales existentes, restringiendo de ese modo el poder que los estados tienen para conceder cualquier tipo de incentivo a través de ese impuesto, sin perjuicio de los beneficios ya concedidos. [...] eso ayudaría a eliminar la guerra fiscal, como consecuencia de unaefectiva política de desarrollo regional, que sería el nuevo instrumento de atracción para nuevos proyectos privados, estimulados por nuevas inversiones públicas de infraestructura y por programas de apoyo crediticio a través de banco oficiales.

Y todavía añade:

[...] eso ayudaría a acabar con la guerra fiscal, en beneficio de una política efectiva de desarrollo regional, que sería el nuevo instrumento para atraer nuevos proyectos privados, estimulados por nuevas inversiones públicas de infraestructura y por programas de apoyo crediticio a través de bancos oficiales.

Desde este punto de vista, se percibe nuevamente la intención del Gobierno Federal de aliviar lo máximo posible el sistema tributario nacional y acabar con la guerra fiscal.

Unido a eso, el interés mayor en que haya una política de desarrollo regional es que esta invocaría más el principio federativo que si se dejase a cargo esa competencia a los estados, situación que provocaría que la desorganización y la desunión se volvieran características acentuadas del país.

Eduardo Sabbag (2009, pág. 950) delinea el concepto de la tributación no acumulativa del ICMS:

[...] El ICMS será no acumulativo, compensándose lo que se deba en cada operación relativa a la circulación de mercaderías o prestación de servicios de transporte interestatal y el de comunicación con el importe cobrado en las operaciones anteriores por el mismo u otro estado. Se puede incluso entender la regla constitucional de tributación no acumulativa como un postulado por el cual el impuesto solo recae sobre el valor agregado en cada fase de circulación del producto, evitando así que se dé el llamado

«efecto cascada», sobrevenido de la incidencia de un impuestosobre otro o de sobreponer incidencias.

[...] también podrá recaer sobre las comunicaciones intermunicipales, teniendo en cuenta que la Constitución, en su Artículo 156, inciso II, dicta que es competencia de los municipios instituir el ISS de cualquier naturaleza “que no estén comprendidos en el Artículo 155, inciso II”.

El legislador fijó el concepto de principio de imposición no acumulativa al afirmar que el impuesto no puede recaer sobre el valor agregado en otra etapa de circulación del producto para evitar el referido «efecto cascada».

En la exposición de Carlos Rocha Guimarães (1991, pág. 136), el citado ensayista afirma que la Carta Política al tratar sobre la imposición no acumulativa fue más allá, pues examinó al detalle todas las informaciones posibles, alejando así de dudas en cuanto a su interpretación:

Principio de no acumulación – Lo que es común en los sistemas de liquidación de impuestos es que estos son acumulables, cada operación ligada a la anterior, con el objeto de que las tributaciones sucesivas no se acumulen, pero se anulen parcialmente.

Mientras tanto, la Constitución, en lugar de delimitar el hecho imponible del ICM, con una simple inclusión de la no acumulación, fue más allá, esclareciendo cómo debería ser entendida esa cualidad no acumulativa de los impuestos, escogiendo, como característica, la diferencia entre los débitos y los créditos tributarios, renunciando, en consecuencia, al criterio del cálculo por el valor aumentado.

Así, esa especie de imposibilidad de acumulación es lo que determina el hecho imponible del ICM. Pero, los determina porque la CF/88 lo dice así, y no porque tal característica sea inherente ontológicamente a los impuestos sobre circulación jurídica de bienes (teniendo en cuenta el Impuesto sobre Ventas y consignación).

La tributación no acumulativa tiene como finalidad aliviar el impacto sobre la operación de bienes y servicios. En este sentido, Misabel de Abreu, Machado Derzi y Sacha Calmon Navarro Coelho (1996, p. 154) disertan acerca de la cuestión:

Todos los sistemas jurídicos procuran preservar y asimilar ciertos efectos económicos comunes, tanto en el caso del IVA latinoamericano, como en el TVA europeo o el ICMS brasileño, un impuesto que, incidiendo en todas las fases de producción y circulación, procura por medio de la deducción del impuesto pagado en la operación anterior, alcanzar la circulación mercantil líquida de cada empresa, o sea, tributar solo el valor adicionado realizado por ella. De ahí el impuesto sobre ventas líquidas o el impuesto sobre el valor agregado.

En ese sentido, el jurista Kiyoshi Harada (2006, pág. 429), dilucida, en relación con la discusión doctrinaria sobre la tributación no acumulativa, si esta es una técnica de tributación o cláusula pétrea —que no puede ser modificada—:

La Constitución prescribe la institución de un impuesto de incidencia polifásica. Nunca está de más recordar que la expresión «importe cobrado» en la anteriores operaciones no significa impuesto efectivamente exigido por el fisco, sino aquel incidente en determinada operación por darse las circunstancias definidas por el hecho imponible.

Sin embargo, falta saber si ese inciso expresa un principio tributario, protegido por la cláusula pétrea, o se trata solo de un técnica de tributación. Las opiniones son divergentes. Para algunos, la imposición no acumulativa no llega a ser un principio, como mucho sería un subprincipio. Para otros, sería una mera técnica de tributación para evitar el efecto cascada del impuesto. La Corte Suprema no se ha manifestado expresamente sobre esta cuestión, pero, al admitir la incidencia monofásica, de forma indirecta está considerando la no acumulación como una técnica tributaria propia del ICMS.

Ives Granda Martins (1990, pág. 396), reflexiona sobre cómo eliminar el «efecto cascada» en el ICMS en nuestro ordenamiento jurídico, como también sobre el derecho al crédito tributario:

[...] la no acumulación del ICMS corresponde a la teoría del valor agregado adaptada al derecho nacional. Como ya se ha visto, en lo concerniente al IP, la eliminación del «efecto cascada» se debe a la adopción de una de las tres formas de compensación de las incidencias anteriores, a saber; la del sistema de la superposición de impuestos, la de la base imponible y aquella de tributación periódica.

El Brasil optó por la tributación periódica, por la cual el impuesto debido por las ventas de las mercaderías es compensado con el crédito tributario generado en las compras. Periódicamente, se liquida el impuesto debido en la entrada de las mercaderías y en aquel correspondiente a la salida y se determina, a partir de esa operación, la

obligación de pagar o la de mantener un crédito para ofuturo, por ser mayor el crédito por las entradas que los débitos por las salidas.

Continúa el constituyente incidiendo en la misma terminología incorrecta del texto anterior, La compensación no se da por el impuesto cobrado en la operación anterior, sino del impuesto incidente. El impuesto nunca podrá ser cobrado, pero generará un crédito, como ya decidió oportunamente el Supremo Tribunal Federal en las cuestiones que le fueron presentadas, como ya demostré en un parecer sobre la materia.

El aspecto nuevo del principio de la no acumulación impositiva es el ensanchamiento del espectro impositivo del ICMS, al abarcar los impuestos únicos que potencian a la Unión y los de servicios de transportes y comunicaciones.

Regina Helena Costa estima (2009, pág. 369) que el principio de la noacumulación es un reflejo del principio de la capacidad contributiva:

A nuestro modo de ver, el principio de la no acumulación es expresión del principio de capacidad contributiva, cuya eficacia también alcanza al contribuyente de hecho, impidiendo que el impuesto se convierta en una carga cada vez más pesada según se suceden las fases de la circulación del producto o mercadería, o de prestación de servicios, llegando al consumidor final a precios prohibitivos.

En el sistema no acumulativo la compensación ocurre periódicamente en la declaración-liquidación, en la que el se declara el impuesto repercutido a los clientes, del cual es descontado el soportado en las compras. Según Sabbag (2012,

p. 950), «El cálculo de los impuestos no acumulativos se efectúa por medio de sumas y restas. Cuando se compensan las liquidaciones anteriores y actuales, se emplea el método de la sustracción».

Aunque el ICMS sea no acumulativo (Artículo 155, párrafo 2, inciso I, de la Carta Magna, Artículo 19, de la LC 87/96), Regina Helena Costa (2009) apunta una impropiedad referida a la no acumulación presente en citado impuesto, conforme se explica:

Obsérvese la impropiedad del dictado constitucional que emplea la expresión «importe cobrado», ya que el cobro es una actividad administrativa, que no interfiere en el sistema de crédito tributario en el sistema no acumulativo. Lo correcto «es importe debido». Este sí es generador de crédito tributario en la(s) operación(es) subsiguiente(s). (pág. 369)

Por otro lado, de conformidad a lo previsto en el Artículo 155, párrafo 2, inciso II de la Carta Magna, hay una excepción que vuelve acumulativo al ICMS, pues no existe crédito tributario que compensar; esta disposición fue incorporada al ordenamiento brasileño a través de la EC 03/93, abriendo de este modo el debate entorno a su constitucionalidad, por la posibilidad de ser contrario al derecho individual. Corroborando lo dicho, Kiyoshi Harada (2006, pág. 429), comenta lo siguiente:

[...] Ese inciso debe interpretarse observando unos límites. La legislación ordinaria, al implementar esta disposición constitucional, no podrá herir el principio de la no acumulación, o el procedimiento de la tributación no acumulativa. Si hay exención o no incidencia tributaria legal, en una fase intermedia, en la cuarta operación de la cadena, por ejemplo, podrá la ley exigir la restitución del crédito tributario correspondiente a la tercera etapa, o bien dejar sin efecto el crédito tributario de la etapa inmediatamente posterior, es decir, la quinta. La restitución no podrá beneficiar a todas las etapas anteriores a la exención, ni la anulación del crédito tributario afectara todas las etapas subsiguientes a la exención o la no incidencia tributaria legal; esto es así para evitar que el impuesto se acumule como consecuencia de la creación de «presas» y «compuertas», con lo que la aplicación de la exención provocaría un aumento de la recaudación, hecho contrario al espíritu de la ley.

Siguiendo en la misma línea, Sacha Calmon Navarro Coelho (1999, pág. 333- 334) explica cómo la exención aplicada en las fases intermedias acaba produciendo un efecto acumulativo:

en impuestos como el ICMS, a causa del procedimiento de tributación no acumulativa o, por otro lado, en razón de la cuenta corriente fiscal, existe una radical incompatibilidad entre la naturaleza de la exención y las exoneraciones fiscales. La exención en una fase intermedia del

ciclo, o incluso la inmunidad fiscal, significa «transferir» para el eslabón siguiente la carga del impuesto. La inmunidad o la exención solo funcionan en los impuestos no acumulativos polifásicos si son integrales (que envuelven el proceso entero de circulación) e incluso así, en un mismo ciclo. A excepción de estas hipótesis, no hay manera de hacer funcionar, sin provocar disfunciones, las exoneraciones en los impuestos polifásicos no acumulativos.

En consonancia con el pensamiento de Navarro Coelho, el jurista Ives Gandra Martins (2001, pág. 149) cree que está prohibido que la legislación infraconstitucional haga acumulativo el impuesto en cuestión:

El sistema tributario brasileño, perfilado entre los artículos 145 y 156 de la Constitución Federal, contempla una gama de principios propios, que evidencia el refinamiento de los tributos brasileños, algunos de ellos primorosamente esculpidos en el texto supremo.

El tributo más profusamente escrito es el que afecta a las operaciones relativas a la circulación de mercaderías y prestación de servicios de transporte intermunicipal y estatal y de comunicaciones.

Este tributo también tiene sus propios principios, entre los cuales destaca el de la acumulación.

Todas las imposiciones encadenadas, reales o indirectas, pueden ser no acumulables, no habiendo impedimento constitucional para que la legislación inferior adopte tal técnica de tributación.

Dos de ellas, sin embargo, son necesariamente no acumulables (IPI e ICMS), en relación con estas, siendo inadmisibles que la legislación infraconstitucional las vuelva acumulativas.

Hay que recordar que tal principio no es programático, no dependiendo, pues, de reglamentación. Tampoco es posible aplazarse su implementación hasta una mejor oportunidad —como hacen las leyes complementarias 92 y 99, ambas de 1999, en relación con la compensación del impuesto incidente sobre adquisición de bienes

de uso y consumo—, en vista de que tal compensación es inherente a la no acumulación del artículo 155, párrafo 2, inciso I, así redactado:

I – será no acumulativo, compensándose lo que sea debido en cada operación relativa a la circulación de mercaderías o prestación de servicios con el montante cobrado en las anteriores por el mismo u otro Estado o el Distrito Federal.

Además, la citada exención lesiona el principio de igualdad, pues grava indebidamente a quien debería tener crédito tributario para amortizar. Por otro lado, la exención se otorga por razones de interés público.

Al estudiar con detenimiento el principio de equivalencia tributaria, se advierte que los desiguales deben ser tratados de la misma forma, ya que esa igualdad existe por equiparación y nunca de forma absoluta.

Ives Gandra Martins, en un ensayo de derecho constitucional (1990, pág. 400-402), distingue la no incidencia de la exención:

Escribí sobre el inciso II del párrafo 2 del artículo 155 de la Constitución Federal: « Párrafo 2 – El impuesto previsto en el inciso I, letra “b”, especificará lo siguiente:... II. La exención o no incidencia, salvo determinación en sentido opuesto de la legislación»: «La exenciones de operaciones anteriores no generan derecho a crédito y las exenciones y no incidencias de operaciones posteriores no permiten el mantenimiento de los créditos anteriores, con lo que no hay nada más, en la mayoría de los casos, ni exenciones, ni “no incidencias, en las relaciones comerciales múltiples, y sí operaciones más o menos tributadas.

Me sorprende que todavía se equipare la exención a la no incidencia, pues, como ya he explicado en este libro, son conceptos que no se asemejan en nada. La «no incidencia», al no emplearse el poder tributario, constitucionalmente otorgado al ente facultado para ello, no permite la creación de la obligación tributaria, ni, como consecuencia lógica, de deuda tributaria, conforme dispone el Artículo 139 del Código Tributario Nacional. Desde el punto de vista de la administración tributaria, el valor de la cuota es efectivo desde el

momento de la liquidación, referida esta en los Artículos 142, 147, 149 y 150 del CTN.

Como en la «no incidencia» no hay hecho imponible, dar tratamiento constitucional a lo que no existe es, cuando menos, curioso, puesto que no existe no puede generar ningún derecho, a no ser por «ficción jurídica», prohibida por el derecho tributario para imponer tributos cuyos hechos imposables no estén previstos por ley, salvo que la Constitución determine lo contrario, lo que no es el caso.

Ante lo expuesto, con base en el entendimiento mayoritario, se verifica el principio de la no acumulación después de un cotejo muy cuidadoso, necesario si tenemos en cuenta que cualquier acto tendente a modificar la disposición constitucional se considerará inconstitucional, incluso aunque sea de forma reflejada.

Además, la deuda generada debe ser compensada so pena de beneficio ilícito (Artículo 884, del CC).

Artículo 884. Aquel que, de modo ilícito, se enriquezca a costa de otro, será obligado a restituir lo indebidamente apropiado, cuyo cuantía, además, deberá ser actualizada.

Este apartado tiene como objetivo demostrar que a lo largo de los años el ICMS sufrió incontables modificaciones y fue objeto de discusiones doctrinarias relativas a su aplicación o interpretación.

Por mucho que hubiera una evolución jurídico-tributaria destinada a cambiar el impuesto acumulativo por uno no acumulativo, incluso de ese modo el derecho tributario estaba marcado por aspectos político-económicos, imposibilitando esa reforma, ya que el interés del Fisco, preocupado solamente en recaudar, era opuesto al del contribuyente.

Con la promulgación de la Carta Magna de 1988, el constituyente consideró que la no acumulación debería ser aplicada conjuntamente con los principios de la libre iniciativa y la libre competencia, con el fin de equilibrar y regular el orden económico, garantizando de ese modo el desarrollo nacional.

En 1996 se promulgó la LC 87 (Ley Kandir) que regulaba el ICMS, de acuerdo a lo dispuesto en los Artículo 146, inciso II y 155, párrafo 2, inciso X de la CF. Sin embargo, algunos Artículos fueron declarados inconstitucionales, ya que en algunos casos

introducían innovaciones en el ICMS y, en otros, eran contrarios a lo establecido en la Constitución, hecho que fue objeto de un sinnúmero de críticas.

Veamos las observaciones al respecto de Flávio Riani (1994, p. 424):

Tres años después de la entrada en vigor de la Ley Kandir, sus efectos ya son, por lo tanto, bien visibles en el día a día de las finanzas de los Estados. Se tiene, así, la oportunidad para hacer una evaluación más detenida de su impacto en la administración financiera de los entes federados. Se parte, por eso mismo, después de muchas discusiones entre los representantes de los Estados y del Gobierno Federal, hacia la tentativa de cambiar el texto de la Ley Complementaria, con el objeto de mejorarla y con vistas a minimizar sus efectos en las finanzas estatales. [...] Con certeza, por su dimensión, tales cuestiones solo tendrían oportunidad de respuestas concretas en una tributaria que se dispusiese a ir a fondo en la revisión de un sistema tributario que ya cuenta con 33 años de implantación y de varios experimentos, algunos caracterizados como paliativos, caso típico de la desfigurada Ley Kandir. Esos casos, a ejemplo de la Ley Kandir, acaban por debilitar las finanzas públicas sin alcanzar el objetivo propuesto.

Añade lo siguiente Ricardo Varsano (1997, p. 5):

La ley Complementaria n.º 87, del 13 de septiembre de 1996, al normalizar el ICMS —Impuesto sobre Operaciones relativas a la Circulación de Mercaderías y sobre la Prestación de Servicios de Transporte Interestatal e Intermunicipal y de Comunicación—, además de cubrir un vacío existente desde la promulgación de la Constitución de 1988, introdujo importantes alteraciones en las características económicas de este tributo, principal fuente de ingresos de los Estados brasileños. Primero, lo aproximó al concepto teórico de impuesto sobre el valor agregado (IVA), al establecer que todos los insumos productivos generarán crédito del impuesto pagado anteriormente por el adquiriente. Segundo, se asemejó al ICMS —que era un IVA tipo producto bruto— a un IVA tipo consumo, al permitir que los contribuyentes acumulen crédito proveniente del pago sobre los bienes comprados a sus activos permanentes. Y, en tercer lugar,

adoptó, finalmente, el principio de destino en el comercio exterior, al desgravar las exportaciones de productos primarios e industrializados semielaborados —que todavía soportaban carga fiscal— y asegurar el aprovechamiento de los créditos del impuesto que el exportador acumulase.

Después de esta y otras leyes complementarias, los juristas empezaron a verificar la excepción a la no acumulación, además de advertir que este principio constitucional no puede conculcar otros principios, entre los cuales cabe citar la legalidad tributaria, la igualdad y la capacidad contributiva.

Para finalizar, con relación a lo que ha sido expuesto, fueron el incesante interés en un impuesto no acumulativo y la necesidad de instituirlo —con el objetivo de adecuarse al régimen polifásico, tomando como referencia el TVA europeo y el IVA de América Latina— los que desencadenaron el actual ICMS, evolución del IVC marcada por la voluntad de reducir la carga tributaria del contribuyente, hecho que constituye el objeto de este estudio y supone un hito en la historia de la legislación tributaria brasileña.

2.3 Hecho jurídico tributario del ICMS

El hecho imponible es la subsunción del hecho a la norma, el presupuesto fáctico.

En breves líneas, para visualizar el hecho imponible, de acuerdo con Carvalho (2007) es necesario separar las proposiciones sintácticamente, identificando lo que se describe (presupuesto fáctico) y lo que se preceptúa (consecuencia).

En lo tocante al hecho imponible, veamos lo que establecen los artículos 114 al 118 del Código Tributario Nacional:

Artículo 114. Hecho imponible de la obligación principal es la situación definida por ley como necesaria y suficiente para que esta nazca.

Artículo 115. Hecho imponible de la obligación accesoria es cualquier situación que, en la forma que define la legislación aplicable, impone la práctica o la abstención del acto que no constituya la obligación principal.

Artículo 116. Salvo que la ley disponga lo contrario, se considera que se consuma el hecho imponible y, en consecuencia, comienzan sus efectos:

I – Tratándose de una situación de hecho, desde el momento en que se verifiquen las circunstancias materiales necesarias para que se produzcan los efectos que normalmente le son propios.

II – Tratándose de una situación jurídica, desde el momento en que esté definitivamente constituida, en los términos de derechoaplicable.

Párrafo único. La autoridad administrativa podrá desconsiderar actos o negocios jurídicos practicados con la finalidad de disimular la ocurrencia del hecho imponible del tributo o la naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria, observados los procedimientos establecidos por ley ordinaria.

Artículo 117. Para los efectos del inciso II del artículo anterior y, salvo que por ley se disponga lo contrario, los actos o negocios jurídicos condicionales se consideran perfectos y acabados:

I – cuando es suspensiva la condición, desde el momento de su cumplimiento.

II – cuando es resolutoria la condición, desde el momento de la ejecución del acto o la celebración del negocio.

Artículo 118. La definición legal de hecho imponible se interpreta sin tener en cuenta:

I – de la validez jurídica de los actos efectivamente practicados por los contribuyentes, responsables, o terceros, así como de la naturaleza de su objeto y de sus efectos;

II – de los efectos de los hechos efectivamente ocurridos.

En el presupuesto fáctico, se tiene el elemento subjetivo (persona), el momento en que nace la obligación (elemento temporal) y el lugar en el que se dan las circunstancias que obligación tributaria (elemento territorial).

En la consecuencia se tienen en cuenta el elemento subjetivo (sujeto activo y pasivo) y el elemento cuantitativo (base imponible de la cuota).

Veamos lo que dice Alfredo Augusto Becker (1998, p. 553):

El sujeto pasivo de la relación jurídica tributaria, normalmente debería ser aquella determinada persona de cuya renta o capital la hipótesis de incidencia es un hecho de signo presuntivo. Sin embargo, con frecuencia, poner a esta persona en el polo negativo de la relación tributaria es impracticable o simplemente creará mayores o menores dificultades para el nacimiento, la vida y la extinción de estas relaciones. Por eso, en estas ocasiones, el legislador, como solución, emplea a otra persona en lugar de aquélla, cada vez que utiliza a esta otra persona, crea un sustituto legal tributario.

La conjunción de la ecuación presupuesto fáctico-consecuencia con todos sus criterios permiten la identificación de la norma que define la obligación tributaria.

Solo será analizada la regla matriz de las operaciones relativas a la circulación de mercaderías, no abarcando el presente análisis las operaciones relativas a la importación de bienes o mercaderías, que tienen reglamento propio.

En ese sentido, Eduardo Sabbag (2012, p. 1065) apunta lo siguiente: «[...] la regla general que prevalece en la determinación del lugar de la liquidación, donde ha de efectuarse el cobro del tributo, en relación a los servicios de transporte, es simple: vale el local donde se haya iniciado el servicio de transporte».

El criterio material es la realización de una operación relativa a la circulación de mercaderías. El término operación tiene relación con mercadería.

Esto quiere decir que la Constitución no prevé la tributación de mercaderías a través del ICMS. Este tributo no abarca cualquier operación jurídica, sino solo las relativas a la circulación de mercaderías.

Para que se configure el aspecto material del ICMS relativo a las operaciones de circulación de mercaderías es necesaria la existencia conjunta de tres presupuestos jurídicos (operaciones, circulaciones y mercaderías).

El ICMS solo incide en las operaciones en las que hay circulación de mercaderías que van de los productores al consumidor final. Mercadería no es cualquier bien mueble, sino aquel con el que se comercia, cuya naturaleza mercantil viene determinada por su destino específico y no por sus propiedades intrínsecas.

Por tanto, el ICMS grava las operaciones jurídicas asociadas a la circulación de mercaderías desde la producción al consumo. El elemento temporal: el momento en el

que nace la obligación tributaria está definido por la Ley ordinaria de los Estados y del Distrito Federal.

La LC 87/86, en su Artículo 12, inciso I, eligió como elemento temporal la salida de la mercadería desde el establecimiento del contribuyente, incluso cuando su destino es otro establecimiento del mismo contribuyente. Observemos lo que dice la mencionada disposición:

Artículo 12. Se considera consumado el hecho imponible del impuesto en el momento:

I – de la salida de la mercadería del establecimiento del contribuyente, incluso aunque tenga como destino otro establecimiento del mismo titular.

[...]

Debe considerarse que dicha salida está asociada a una operación dentro de la cadena de producción y distribución de mercaderías. En el elemento territorial: la Constitución, como regla general, hace coincidir el hecho imponible del ICMS con los límites geográficos de la entidad que tributa.

Si la operación ocurre en una entidad federada, en la mayoría de los casos esta tiene la facultad de gestionar y recaudar el impuesto.

Una excepción a esa regla es la importación de mercaderías o bienes realizada por personas físicas o jurídicas, cualquiera que sea su finalidad, caso en el que el ICMS de debe al estado donde está localizado físicamente el destinatario de la mercadería.

El sujeto activo es el ente con facultades tributarias (estado o Distrito Federal) del lugar donde la operación mercantil se realizó, sin importar que el destinatario de la mercadería esté en otra unidad federal o en el extranjero, situación esta en la que se prevé la figura del sustituto tributario o el control o la recaudación anticipada.

Sobre esta cuestión, Paulo de Barros Carvalho (2010, p. 364) hace la siguiente aportación:

El sujeto activo, del cual dijimos que es el titular del derecho subjetivo de exigir la prestación pecuniaria, en el derecho tributario brasileño puede ser una persona jurídica pública o privada, pero no vemos ningún impedimento para que sea persona física. Entre las personas

jurídicas de derecho público, tenemos aquellas investidas de capacidad política —son las personas políticas de derecho constitucional interno— dotadas de poder legislativo y habilitadas, por eso mismo, para reformar la organización jurídica, editando normas. Hay otras, sin competencia tributaria, pero titulares de derechos subjetivos, como integrantes de relaciones jurídicas obligatorias. Entre las personas de derecho privado destacan las entidades paraestatales que, manteniendo su personalidad jurídico- privada, ejercitan funciones de gran interés para el desarrollo de finalidades públicas.

El sujeto pasivo, de acuerdo con el Artículo 87/96, es el contribuyente —persona natural o jurídica— que realiza con habitualidad o en la frecuencia mínima que la ley tributaria determine operaciones de circulación de mercaderías, aunque las operaciones comiencen en otro país.

La base imponible, de acuerdo con el Artículo 13 de la LC 87/96, es el valor de la operación. Las alícuotas son las definidas por el legislador ordinario en cada entidad federada, con la condición de que sean respetados los parámetros establecidos por la Constitución Federal (Artículo 155, párrafo 2, incisos IV y V de la CF/88).

2.4 Documento digital: aspectos jurídicos de la implementación de la facturación electrónica.

El modelo de gestión fiscal brasileño fue alterado por la Enmienda Constitucional 42/2003, reforma que generó la necesidad de integrar la diversas esferas de gobierno.

Como resultado de la nueva realidad, surgió el proyecto de la factura electrónica. El objeto del presente estudio es analizar, bajo la perspectiva de la recaudación del ICMS, los cambios principales que atañen a los contribuyentes y el Fisco a causa de la implantación de la factura electrónica. Sobre esta, esto es lo que explica Lúcia Helena Briski Young (2009, p. 153):

[...] es la implantación de un modelo nacional de documento fiscal electrónico, que sustituya al sistema actual basado en un documento fiscal de papel, con validez jurídica para todos los fines, simplificando las obligaciones accesorias de los contribuyentes, al mismo tiempo que permite un control en tiempo real de las operaciones comerciales por el Fisco.

La Tecnología de la Información se ha utilizado desde hace tiempo en las organizaciones brasileñas con la finalidad de conectar sus áreas internas e conectarse con los proveedores y los clientes, procesando grandes cantidades de datos y atendiendo a una masa de usuarios de forma rápida y confiable.

De esta forma, el Fisco busca, con los documentos digitales, aumentar la capacidad de almacenamiento y procesamiento de los bancos de datos, proporcionando agilidad al control y la toma de decisiones.

En este sentido, el estado se moderniza intentando emplear todos los recursos tecnológicos disponibles, con el objeto de informatizar las actividades propias de su relación con el contribuyente. Al respecto, Mario Augusto Fernández (2010, p. 85) hace la siguiente aportación:

Mientras, en mi opinión el principal motivo por el cual una empresa debe empezar a operar con la factura electrónica es porque, al hacerlo, se une al grupo de los que hacen correctamente las cosas, promoviendo así la economía formal. Pero no solo eso, sino además se integran en el selecto grupo de los que se contentan con que las reglas les sean impuestas, sino que además trabaja para mejorarlas y maximizar su valor en su propio beneficio.

Una de los frutos de este esfuerzo es el SPED, en desarrollo desde 2005 con el fin de integrar electrónicamente el sistema de recaudación tributarias de los tres ámbitos de gobierno y las empresas.

Este sistema se compone de tres proyectos: la factura electrónica (NF-e), la Contabilidad Digital (ECD) y la Contabilidad Fiscal Digital (EFD).

El SPED, según el Decreto 6022/07, Artículo 2, « [...] es un instrumento que unifica las actividades de recepción, validación, almacenamiento y autenticación de libros y documentos que componen la contabilidad financiera de las empresas y organizaciones, mediante un flujo único y computerizado de informaciones».

Añade lo siguiente Lúcia Helena Briski Young (2009, p. 15):

Consiste en la modernización del sistema actual de cumplimiento de las obligaciones accesorias, transmitidas por los contribuyentes a las administraciones tributarias y a los órganos fiscalizadores, empleando la certificación digital para firmar digitalmente los documentos fiscales,

garantizando de ese modo la validez jurídica de los mismo solo en la forma digital.

La implantación del SPED y la factura electrónica persigue la simplificación de las obligaciones accesorias y reducir el uso de documentos de papel, además de combatir la evasión y elusión fiscal.

El SPED crea un sistema que permite entrecruzar informaciones contables y fiscales, lo cual facilita la detección de fraudes, controlando de ese modo toda la cadena productiva.

Asimismo, define nuevos procesos de control y gestión, fiabilidad de la información, sincronización de registros y consistencia e integración de los sistemas de las empresas y el Fisco.

La Medida Provisional 2200, de agosto de 2001, podría considerarse el marco inicial para la creación del SPED porque esa medida validó jurídicamente los documentos digitales con la institución de la Infraestructura de Claves Públicas Brasileña (ICP-BRASIL).

Mientras, desde octubre de 1995, el Ministerio de Hacienda brasileño utiliza con éxito los recursos de la tecnología de la información para relacionarse con los contribuyentes. Estos dos hechos referidos han marcado sendos hitos en la informatización de la administración tributaria en el Brasil, fenómeno culminado con el SPED y la factura electrónica.

En julio de 2004, en el primer encuentro nacional de administradores tributarios (ENAT), con la participación del secretario federal de Hacienda, dos secretarios de Hacienda de los Estados y del Distrito Federal y dos secretarios de finanzas de las capitales estatales, se firmaron los protocolos con el objeto de buscar soluciones conjuntas en los tres ámbitos de gobierno.

Esas soluciones pretenden promover una mayor integración administrativa, la normalización y una mejora en la calidad de las informaciones; racionalización de costos y de la carga operacional en el atendimento; mayor eficacia de la inspección; aumento en la posibilidad de realización de acciones fiscales coordinadas e integradas; permisividad en el intercambio de informaciones fiscales entre los diferentes ámbitos de gobierno; cruce de informaciones en masa con datos normalizados; y uniformidad de procedimientos.

En la reunión fueron aprobados dos protocolos de cooperación técnica: el proyecto de registro sincronizado y la factura electrónica.

En agosto de 2005, en el II ENAT, se firmaron protocolos de cooperación con el objetivo de desarrollar e implantar el SPED y la NF-e (factura electrónica) como parte integrante del SPED. A partir de noviembre la superintendencia de la zona franca de Manaus (SUFRAMA) se integró en el proyecto.

Sobre el Proyecto de la Factura Electrónica, veamos las informaciones disponibilizadas en el Encuentro Nacional de los Coordinadores Administradores Tributarios – ENAT (2005, en línea):

Para atender a lo dispuesto en lo dispuesto en la Enmienda Constitucional n.º 42, inciso XXII, artículo XXII, artículo 37, fue realizado, en los días 15 al 17 de julio de 2004, en Salvador, el 1^{er} Encuentro Nacional de Administradores Tributarios (ENAT), reuniendo a los titulares de las administraciones tributarias federal, estatal, del Distrito Federal y los municipios de las capitales. El encuentro tuvo como objetivo buscar soluciones conjuntas de lastres esferas de Gobierno con el propósito de promover mayor integración administrativa; la normalización y mejor calidad de las informaciones; racionalización de los costes y la carga de trabajo operacional en el atendimento; mayor eficacia de la inspección; apertura de cauces para la realización de acciones fiscales coordinadas e integradas; mayor posibilidad de intercambio entre las diversas esferas gubernamentales; cruce de datos en masa con datos normalizados; y uniformización de los procedimientos. En el ENAT fueron aprobados dos protocolos de cooperación técnica en las áreas de registro (Proyecto del Registro Sincronizado) y Factura electrónica. [...] la integración y compartición de informaciones tienen como objeto racionalizar y modernizar la administración tributaria brasileña, reduciendo costos y trabas burocráticos, facilitando el cumplimiento de las obligaciones tributarias y el pago de impuestos y contribuciones, además de fortalecer el control y la fiscalización por medio del intercambio de informaciones entre las administraciones tributarias.

En 2006, en el III ENAT, se firmaron protocolos de actuación que tenían como objetivo el desarrollo de la factura electrónica de servicios (NFS-e) y del conocimiento de transportes electrónicos (CT-e), además de establecer una línea de financiación del BNDES (Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social) para que los estados desarrollen sus plataformas.

El proyecto SPED se inició con el desarrollo de un proyecto piloto de la factura electrónica en colaboración con otras 19 empresas de diversos estados (Bahía, San Pablo, Río Grande del Sur, Santa Catarina, Goiás y Marañón) que obtuvieron autorización de las secretarías tributarias estatales que están bajo su jurisdicción.

De ese modo, la primera fase del proyecto piloto (fase operacional previa) comenzó en julio de 2006 con la emisión, de forma simultánea, de la NF (en papel) y la factura electrónica en los modelos 1 y 1a, si bien el documento auxiliar de la factura electrónica (DANFE) carecía de validez tributaria.

La factura electrónica tiene validez jurídica garantizada por la firma digital del remitente (garantía de autoría e integridad) y por la recepción por parte del Fisco del documento electrónico antes de la ocurrencia del hecho imponible.

Actualmente, la legislación nacional permite que la factura electrónica sustituya a las llamadas facturas fiscales 1 y 1a, utilizadas para realizar transacciones comerciales de entrada, importación, exportación, interestatales y envíos simples (operación con objetos y mercaderías no sujetas al impuesto).

La factura electrónica no se destina a sustituir a los otros modelos de documento fiscal que existen en la legislación, como, por ejemplo, la factura fiscal al consumidor o el recibo fiscal.

Los documentos que no fueron sustituidos por la NF-e deben continuar siendo emitidos de acuerdo a la legislación vigente. La obligatoriedad de la emisión de la factura electrónica engloba a empresas de todo tipo, incluidas aquellas adheridas al régimen «simple nacional».

El objetivo de la factura electrónica es la implantación de un modelo nacional de documento electrónico que sustituya al actual de documento fiscal en papel, con validez jurídica conferida por la firma digital del remitente. Con ello se pretende simplificar las obligaciones formales de los contribuyentes y permitir que el fisco pueda seguir en tiempo real las operaciones comerciales.

Sobre esta cuestión, veamos el comentario de Roberto Dias Duarte (2008, p.77):

El Big Brother fiscal fue sustituido. Antes de cada operación, la empresa debe solicitar autorización al Fisco. Después de la concesión, la factura electrónica es transmitida de la SEFAZ de origen para RFB, SEFAZ destino, y para cualquier autoridad fiscal que necesite de esa información. [...] El contribuyente que recibe la mercadería también es

un agente indirecto de inspección. Ele debe comprobar la factura electrónica y, en caso de problemas, informar ala autoridad fiscal.

Esa implantación representa un avance, facilitando las rutinas fiscales del contribuyente y las inspección de operaciones y prestaciones de servicios.

Y continúa Roberto Dias Duarte (2008, p. 28):

El segundo factor acelerador de transformaciones en la realidad brasileña, que nos impulsa a la Era del Conocimiento, es el Big Brother Fiscal, término que utilizo para denominar el conjunto de acciones de las autoridades fiscales brasileñas en el sentido de obtener informaciones sobre las operaciones empresariales en formato electrónico. O sea, la vigilancia en tiempo real por parte del Fisco.

En los términos del proceso de Certificación Nacional el archivo generado deberá ser firmado digitalmente por el contribuyente, su representante legal o por quien indique la legislación, de acuerdo a las normas de la Infraestructura de Claves Públicas Brasileñas —ICP Brasil— La verificación de la firma digital —existencia, plazo y caducidad— identifica al contribuyente al inicio del proceso de envío del archivo al Fisco.

La validez de la factura electrónica está garantizada por la firma digital, creada a partir del certificado de firma. A diferencia de la «contraseña web», que tan solo limita el acceso a determinadas informaciones, la firma digital se trata de un sistema más seguro y eficiente, que posibilita tanto la autoría como la integridad de documento generado, garantizando a la empresa que un tercero no emita notas ni maneje informaciones contables en su nombre.

Para garantizar el proceso, el certificado será emitido por una autoridad certificadora acreditada no ICP-Brasil, formato específico, con el CNPJ (Registro Nacional de Personas Jurídicas) del establecimiento o matriz, que tendrá una persona natural responsable, de entre sus representantes legales, dificultando de ese modo su delegación.

Será exigido sobre todo en dos momentos: a) en el de la firma de mensajes (pedidos de autorización de uso, de cancelación y anulación de numeración) y demás archivos XML (sXtensible Markup Language) que necesiten de forma; y b) en la transmisión de mensajes entre los servidores del contribuyente y los del portal de la SEFAZ (Secretaria de Hacienda).

El interesado en conseguir el certificado digital tendrá que elegir entre una de las autoridades certificadoras habilitadas, cuya lista está disponible en el sitio web <

<http://www.receita.fazenda.gov.br/AtendVirtual/SolicEmRenRevCD.htm> >, o, alternativamente, acceder directamente a la página de la autoridad certificadora.

La autoridad certificadora del Ministerio de Hacienda del Brasil (AC RFB), en su Declaração de práticas de certificação (DCP), disponible en el sitio < <https://www.receita.fazenda.gov.br/acsr/dpcacsr.pdf> > facilita las informaciones necesarias para la solicitud, renovación o revocación del certificado.

En este caso, después de leer el manual, sobre todo el apartado referido a los «requisitos operacionales», la empresa tiene que acceder al sitio < www.receita.fazenda.gov.br/acsr/ > para solicitar a la autoridad certificadora habilitada la emisión de un certificado digital, para lo cual se deberá rellenar el respectivo formulario, comprobar los atributos de identificación que constan en el certificado y firmar los contratos de titularidad y del acuerdo.

El procedimiento descrito ya es de uso obligatorio para todos los sujetos pasivos del ICMS o del IPI, si bien estos pueden ser eximidos de esta obligación siempre y cuando la exención sea autorizada por el fisco de la unidad federal del contribuyente y del Ministerio de Hacienda.

Se constata, por tanto, que la obligación de la Contabilidad Fiscal Digital (EFD) es para todos los contribuyentes, con la excepción de aquellos que han sido dispensados por su respectiva entidad federada y por el Ministerio de Hacienda del Brasil.

Es importante poner de relieve que esa exención debe ser prevista tanto por la entidad federada como por el Ministerio de Hacienda del Brasil. No basta un acto unilateral de un estado o del Distrito Federal (DF), el Ministerio de Hacienda también deberá pronunciarse sobre la exención.

Siguiendo las reglas establecidas por el convenio del Fisco, el contribuyente deberá disponer de EFD distinta en cada establecimiento. Se mantienen, por lo tanto, las reglas actuales en relación con la autonomía de los establecimientos en materia de contabilidad fiscal. Las informaciones de la EFD, después de su envío, serán compartidas con las entidades federadas donde estén localizados los establecimientos de la empresa, en ámbito nacional, como ya se ha dicho, por medio del SPED.

El CONFAZ es el órgano responsable de armonizar las normas y cuestiones relativas al ICMS entre los estados y el Distrito Federal. Se promueve de esa manera la justicia tributaria entre las propias entidades federadas y se logra el objetivo constitucional de igualdad entre las mismas.

La principal función del CONFAZ es cohibir la Guerra Fiscal entre los Estados de la Federación, referido órgano fue instituido por el Convenio ICMS 133/97 (2006, en línea), veamos:

Artículo 1. El Consejo Nacional de Política Tributaria —Confaz— tiene como finalidad promover acciones necesarias a la elaboración de políticas y armonización de procedimientos y normas inherentes al ejercicio de la competencia tributaria de los Estados y del Distrito Federal, así como colaborar con el Consejo Monetario Nacional —CMN— en la fijación de la política de Deuda Política Interna y Externa de los Estados y del Distrito Federal y en la orientación a las instituciones financieras públicas estatales.

Artículo 2. El consejo está constituido por un representante de cada Estado y el Distrito Federal y un representante del Gobierno federal.

1. Representa al Gobierno Federal el Ministro del Estado de Hacienda, o el representante por él indicado.

2. Representan a los Estados y el Distrito Federal sus Secretarios de Hacienda, Finanzas o Tributación.

3. Los miembros del Consejo indicarán al Ministro del Estado de Hacienda los nombres de sus eventuales sustitutos.

En el artículo 3 del convenio ICMS 133/97 (2016, en línea) quedaron establecidas las competencias del CONFAZ, de la siguiente manera:

Artículo 3. Compete al Consejo:

I – promover la celebración de Convenios, para efecto de concesión o revocación de exenciones, incentivos y beneficios fiscales del trata el inciso II del artículo 155 de la Constitución, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2, inciso XII, letra «g», del mismo artículo y en la Ley Complementar n.º 24, de 7 de enero de 1975;

II – promover la celebración de actos que tengan como propósito el ejercicio de prerrogativas previstas en los artículos 102 y 1996 de la Ley n.º 5172, 25 de octubre de 1996 (Código Tributario Nacional), como también de otras materias del interés de los Estados y el Distrito Federal.

Es el órgano clave para evitar la guerra fiscal, pues impide que determinados estados concedan beneficios de forma unilateral. Para evitarlo, promueve reuniones con todas las entidades federadas con el objeto de uniformizar normas y procedimientos entre ellas, de modo que se preserve la armonía fiscal y se evite la guerra fiscal.

Para guerra fiscal veamos cómo la conceptúa Ricardo Varsano (1997, p. 5):

[...] la guerra fiscal es, como el propio nombre indica, una situación de conflicto en la Federación. El ente federado que gana —cuando de hecho existe alguna ganancia— impone, en la mayoría de los casos, una pérdida a algún, o algunos, de los demás Estados, puesto que la Guerra raramente es un juego de suma positiva. El Federalismo, que es una relación de cooperación entre las unidades de gobierno, resulta golpeado. [...] El país es un perdedor en esa guerra.

En ese maremágnum de objetivos y sin dejar de estar atenta a las reivindicaciones de los estados destinatarios de las mercaderías vía comercio electrónico, el CONFAZ editó el protocolo ICMS 21, 1 de abril de 2011, en el que imponía disciplina en relación con la exigencia de ICMS relativo al envío de mercaderías entre estados, incluyendo las destinadas al consumidor final, que sean adquiridas de forma no presencial en el establecimiento del remitente, alcanzando así a las ventas por internet, teléfono o en exposiciones.

El mencionado protocolo determina el pago del ICMS también al estado destinatario, conforme se refleja en las cláusulas principales.

Cláusula segunda: en las operaciones entre los estados signatarios de este protocolo, el establecimiento del expedidor, en su condición de sustituto tributario, será responsable de la retención o el pago del ICMS, en favor de la entidad federada de destino, relativo al apartado del que trata la cláusula primera.

Cláusula tercera: la parte del impuesto debido a la entidad federada destinataria será calculada aplicando su alícuota interna sobre el valor de la respectiva operación y deduciendo el valor del porcentaje que corresponda, en función del estado de origen, aplicado a la base imponible usada para el cobro del impuesto debido en la expedición.

I. 7% (siete por ciento) para las mercaderías oriundas de las regiones

Sur y Sudeste, excepto el estado de Espiritu Santo.

II. 12% (doce por ciento) para las mercaderías o bienes oriundos de las regiones Norte, Nordeste, Centro-Oeste y el estado de Espiritu Santo.

Párrafo único: El ICMS debido a la unidad federal de origen de la mercadería o el bien, relativo a la obligación propia del expedidor, se calcula aplicando la alícuota interestatal.

Se determinó fijar una alícuota específica, ahora determinada por el Protocolo, que se aplicará sobre el valor de la operación y será desgravada del importe pagado en el Estado expedidor. El estado de destino percibirá la diferencia.

Hipotéticamente, un mercadería adquirida por el consumidor final en el Estado de Bahía por valor de 1.000 reales y que se encuentra en determinado centro de distribución de San Pablo, está sometida a la alícuota interna del 18% en el momento de la expedición, por lo tanto, 180 reales. De acuerdo con las nuevas disposiciones del Protocolo 21/2011, se aplicará la diferencia entre la alícuota interna y aquella que ahora está fijada por el protocolo, es decir, lo adeudado al estado de destino será: 18% (San Pablo) – 7% (Bahía) = 11% y, en consecuencia, se deberá abonar 110 reales al Estado de Bahía.

Obsérvese tal medida atendiendo al objetivo pretendido por los estados receptores, que se sienten marginados por la inexistencia de ICMS compartido que incida en el comercio electrónico y el hecho de que la medida inhiba la reglamentación interna, la cual se seguía en varias unidades federales, como Bahía o el Distrito Federal, quienes publicaron, respectivamente, los decretos 12.530/10 y 32.933/11, ambos tendentes a exigir en el comercio electrónico el ICMS en beneficio propio.

Sin embargo, la solución encontrada por el CONFAZ es fruto de reuniones en las que solo participaron los estados perjudicados, aquellos que se sentían marginados, y únicamente ellos firmaron los acuerdos.

La lista de estados que se consideran marginados es la que sigue: Acre, Alagoas, Amapá, Bahía, Ceará, Espiritu Santo, Goiás, Maraion, Mato Grosso, Pará, Paraiba, Pernambuco, Piauí, Río Grande del Norte, Roraima, Rondonia, Sergipe y distrito Federal. Se adhiere posteriormente el Estado de Mato Grosso del Sur, por medio del Protocolo 30/2011. Al final, el Protocolo 21/2011 solo es válido en los estados signatarios.

Los principales estados de las Regiones Sur y Sudeste no suscribieron el Protocolo, hecho debido a que la mayoría de los locales de expedición de mercaderías se

encuentran bajo su jurisdicción y, por lo tanto, son los grandes beneficiarios de la recaudación tributaria.

Sin efecto para los principales estados expedidores de bienes vendidos a través de internet, el Protocolo 21/2011 se revela ineficaz en su objetivo principal y en nada contribuye al reparto de recaudación y el enfriamiento de la guerra fiscal.

De la misma forma, no es posible exigir que los demás estados suscriban el mencionado protocolo, pues la autonomía de los estados es inherente al Pacto Federativo, luego el reparto de los ingresos tributarios queda a merced de las negociaciones políticas.

El texto constitucional es tajante al determinar que en la situación analizada no debe haber reparto del ICMS y que debe corresponder en su integridad al estado de origen del bien. La LC 87/96 no hizo sino reforzar lo dictado por la Constitución, al ordenar que sea la expedición de la mercadería lo que determine el pago del ICMS y que, en consecuencia, ese impuesto solo pueda ser cobrado por el estado de origen.

La ley complementar 87/96 funciona solo como un brazo de la Constitución Federal, ciñéndose a los límites de sus definiciones, razón por la cual sus disposiciones relativas al momento y lugar del pago del ICMS están de acuerdo con el texto constitucional, no pudiendo de esa manera ser infringidas por un mero protocolo.

No se menosprecia la importancia de un protocolo del CONFAZ, pero tenemos que advertir su competencia normativa y, sobre todo, su posición jerárquica dentro del ordenamiento jurídico.

Ninguna norma puede colisionar con el texto constitucional, sea ley complementar, ordinaria, etc. La Constitución Federal está en lo más alto de la pirámide normativa, debiendo someterse a su jerarquía todas las normas promulgadas en otros ámbitos normativos, algo que, lógicamente, acota el campo de actuación de dichas normas, que no podrán sobrepasar los límites constitucionalmente fijados.

La competencia del Protocolo 21/2011 acabó quedando en entredicho, pues choca frontalmente con la disposición constitucional que no prevé, expresamente, la incidencia del ICMS en el comercio electrónico cuando el destinatario no es contribuyente del impuesto.

Lo que pretende el Protocolo 21/2011 no puede ser alcanzado por ningún tipo de normativa, pues implicaría una alteración del texto constitucional, algo que solo es

posible mediante enmienda constitucional, como forma de ejercicio de poder constituyente derivado.

La validez del Protocolo CONFAZ 21/2011 ya fue juzgada por el Poder Judicial, a propósito de un recurso de amparo presentado por Ricardo Eletro Divinópolis Ltda. contra el Secretario de Estado de Hacienda de Marañón, jefe de la Célula de Gestión de la Administración Tributaria del Estado de Marañón, después de que este, actuando en nombre del Estado de Marañón, signatario del Protocolo, exigiera el cumplimiento de dicho protocolo con ocasión de la entrada de bienes enviados por el requirente.

La juez de apelación Raimunda Santos Bezerra, del Tribunal de Justicia del Estado de Marañón, adoptó una medida cautelar en los siguientes términos:

La apariencia de buen derecho es consustancial al hecho de que las alícuotas de ICMS para operaciones interestatales deben obedecer lo dispuesto en el Artículo 155, párrafo 2, inciso VII, apartado b) de la Constitución Federal. Luego, el Protocolo ICMS 21/2011 contraría la referida disposición constitucional, por cuanto determina el cobro del impuesto en la entrada de la mercadería en el estado, aunque el destinatario sea el consumidor final.

El periculum in mora se basa en la inminencia de que el requirente sea obligado a pagar un impuesto que, en teoría, es indebido.

Además, no procede hablar de irreversibilidad de la medida, mayormente porque, en caso de ser denegado el amparo, el Fisco podrá exigir el pago del tributo.

Ante lo expuesto, apruebo la medida cautelar solicitada, que obliga a suspender los efectos del Protocolo ICMS 21/2011, determinando que la autoridad pública demandada se abstenga de exigir el pago del ICMS relativo a la entrada de productos vendidos por la parte actora a los consumidores finales de este estado.

En desacuerdo con la decisión, la autoridad pública demandada recurrió la sentencia ante el Tribunal Superior de Justicia, el cual mantuvo la decisión tomada por el Tribunal de Justicia del Estado de Marañón, señalando para concluir que el Poder Judicial se pronunciaría sobre el asunto.

Para que la pretensión del Protocolo CONFAZ 21/2011 sea una realidad es necesario alterar el texto constitucional. Ni siquiera una ley complementaria podría ordenar algo contrario a lo definido por la Constitución.

La seguridad de la estructura del ordenamiento jurídico está fundada en la certeza de que el texto constitucional no será violado por ninguna norma de rango inferior, como se evidencia en el caso del Protocolo 21/2011.

Ni el Protocolo 21/2011 ni cualquier intento aislado de los estados vigentes encuentra amparo en el texto constitucional vigente. En consecuencia, es esencial para conseguir un reparto del ICMS en el comercio electrónico, cuando el destinatario no es sujeto pasivo del impuesto, la alteración del texto constitucional, por medio de un proceso legislativo propio.

3 INTRODUCCIÓN DE LA GESTIÓN E INSPECCIÓN INFORMATIZADA EN EL ICMS

3.1 De la inspección electrónica: gestión de las obligaciones tributarias formales

Los estados aprueban convenios con el objeto de implantar un sistema nacional de contabilidad fiscal digital para sustituir al modelo actual, con validez jurídica garantizada por medio de la firma digital del remitente, simplificando el cumplimiento de esta obligación accesoria y permitiendo, de paso, un seguimiento más eficaz de estas informaciones.

La forma actual de los libros de contabilidad fiscal será, por tanto, sustituida por un archivo digital que contendrá la contabilidad fiscal digitalizada (EFD), donde estarán englobadas todas las informaciones que hoy son presentadas en los estados contables.

Es extensa la lista de obligaciones tributarias normales que los contribuyentes están obligados a entregar al fisco, que próximamente podrán ser enviadas por medio del EFD.

Siguiendo el dictamen del Convenio 143/2006, la EFD solo tendrá validez a efectos fiscales después de la confirmación de recibimiento del archivo que la contenga. En consecuencia, no basta el documento, es necesario enviarlo y recibirla confirmación para que la EFD sea válida. Esto es lo que dispone la cláusula primera del Convenio 143/2006 (2016, en línea):

1. Cláusula primera. Queda instituida la Contabilidad Fiscal Digital — EFD—, en archivo digital, compuesto por una serie de documentos contables de índole fiscal y otras informaciones del interés de los fiscos

de las unidades federadas y de la Secretaria Federal de Hacienda, como también de la liquidación de los impuestos referidos a las operaciones y prestaciones practicadas por el contribuyente.

1. Se considera que la EFD es válida a efectos fiscales después de la confirmación del recibimiento del archivo que la contiene. (Antiguo párrafo único reenumerado por el convenio ICMS n.º 123, de 23 de octubre de 2007, DOU del 24 de octubre de 2007)

2. La recepción y validación de los datos relativos a la EFD serán realizados en el ambiente nacional Sistema Público de Contabilidad Digital —SPED—, instituido por el Decreto n.º 6022, del 22 de enero de 2007, y administrado por la Secretaria Federal de Hacienda, con inmediato reenvío a la respectiva unidad federada. (Párrafo añadido por el Convenio ICMS n.º 123, del 23 de octubre de 2007, DOU del 24 de octubre de 2007)

3. Observada la normalización fijada para el ambiente nacional SPED, en especial en lo referido a la validación, disponibilidad permanente, seguridad y redundancia, se faculta a las Secretarías Estatales de Hacienda, Finanzas, Ingresos o Tributación de los Estados y el Distrito Federal para recibir los datos relativos a la EFD en sus bases de datos, con inmediato reenvío al ambiente nacional SPED. (Párrafo añadido por el Convenio ICMS n.º 123, del 23 de octubre de 2007, DOU del 24 de octubre de 2007)

Para tal propósito, estará disponible en las entes tributarios de las entidades federadas y la Unión un programa gratuito, PVA-FDA, que genera, valida, firma y transmite archivos EFD. Además, posee otras funcionalidades.

Cabe resaltar que el archivo EFD también podrá ser generado por el propio sistema del contribuyente, aunque luego habrá de importarlo con el programa PVA- EFD, encargado de hacer la transmisión.

El contribuyente podrá remitir un archivo, para sustituir otro anteriormente enviado, observando los permisos, las reglas y los plazos establecidos por la legislación de cada entidad federada y de el Ministerio de Hacienda de la Unión, en sus respectivas áreas de competencia.

La sustitución de los archivos enviados deberá ser en su integridad, por lo que no se aceptarán archivos complementarios referidos al periodo del archivo sustituido.

Hay que señalar que la recepción y validación de los datos en EFD serán realizadas a través del SPED con inmediato reenvío a la respectiva entidad federada.

Observada la normalización fijada por el ambiente nacional SPED, en especial en lo referido a la validación, disponibilidad permanente, seguridad y redundancia; se faculta a la Secretarías Estatales del Fisco para recibir los datos relativos a la EFD directamente en sus bases de datos, con reenvío inmediato al ambiente nacional SPED.

3.2 Reflejos del control fiscal: en el ámbito del ICMS

Las entidades de la Federación introdujeron Sistemas Integrados de Simplificación de las Informaciones Fiscales. Estos fueron un marco dentro de la administración tributaria de los estados para implantar un modelo uniforme, que debería seguirse por todos los usuarios del SPED con el fin de permitir la formación de un gran banco de datos administrado por las Secretarías de Hacienda de los Estados de la Federación (SEFAZ), el cual almacenaría los documentos fiscales enviados por los citados contribuyentes, donde estarían registrados los datos relativos a las entradas y salidas de bienes y mercaderías y la prestación de servicios.

De este modo, la SEFAZ comenzó a disponer de un inmenso banco de datos con las informaciones detalladas de los estados contables y las entradas y salidas de mercaderías, además de los pagos del ICMS y el inventario.

En contrapartida, el contribuyente estaría dispensado, de forma paulatina, de la entrega de todas las informaciones requeridas —«obligaciones tributarias formales»—, ya que el fisco podría ocuparse de ello al disponer de todos los datos necesarios para su elaboración.

Desde entonces, la SEFAZ empezó a utilizar ese manantial de informaciones para cruzar los datos y hacer su cotejo con el fin de ejercer su labor recaudatoria.

Por otro lado, actualmente, la competencia normativa del ICMS es de los estados y el Distrito Federal y la competencia recaudatoria es un principio mixto. Una parte pertenece al estado de origen y la otra, al de destino. Hay previstas modificaciones legislativas que pretenden reducir la competencia de los estados a través de una ley complementaria nacional que unificaría todas las legislaciones estatales, transfiriendo la competencia recaudatoria al estado de destino.

En este sentido, es oportuno decir que será el Senado Federal quien cuantifique la alícuota establecida para cada producto, que tendrá validez en todo el territorio

nacional. En la actualidad son los estados miembros quienes fijan la alícuota mediante ley ordinaria, aunque con algunas peculiaridades.

Obsérvese que la competencia para fijar alícuotas, a pesar de ser exclusividad del Senado, necesita una ley ordinaria de los estados para que sean alteradas. Sin esta ley, solo podrá ser aplicada la alícuota mínima establecida por el parlamento.

Otra asunto importante es el de las operaciones interestatales, que sufrirán una limitación en los términos fijados por el Artículo 155, párrafo 2, incisos VI, VII y VIII de la Constitución Federal, ya que, a menos que los estados o el Distrito Federal propongan lo contrario, la resolución del Senado no podrá establecer, para las alícuotas internas, porcentuales inferiores a los previstos para las operaciones interestatales. Luego, puede decirse que los estados son los reguladores de la alícuota interna, pues como esta no puede ser inferior a las alícuotas de las operaciones interestatales, y estas son marcadas por los estados, se infiere que el mínimo deberá ser el que los estados fijaron, evidenciándose la burocracia y la complejidad del sistema que, a pesar de la interferencia del Senado, revela la supremacía normativa de los estados.

Con las recientes alteraciones legislativas habrá, específicamente, una uniformización de alícuotas que hará efectivo el principio de la selectividad; es decir, determinados tipos de productos tendrán una tributación diferente de la de otros. Eso no ocurre en la actualidad debido al maremágnum de legislaciones relativas a la alícuota del ICMS. Sin embargo, la reforma provocará un inconveniente mayor, pues toca el principio de Federalismo, que quitaría la competencia legislativa a las entidades federadas y el DF, derivando la situación en una concentración mayor de poder en la Unión.

Así por ejemplo, con la PEC 233/08, las entidades federadas y el DF en cierto modo perderán potestad tributaria, pero podrán recurrir al nuevo CONFAZ para conceder beneficios fiscales y no perderán su capacidad tributaria activa. En cualquier caso, la propuesta altera significativamente el sistema actual de capacidad tributaria.

El actual ICMS, para las operaciones interestatales, se caracteriza por ser cobrado en el estado de origen de la operación y aplicar un mecanismo llamado diferencial de alícuotas que intenta corregir el desequilibrio recaudatorio. Con la PEC eso cambia, pues los estados destinatarios serán los recaudadores exclusivos.

Se discute todavía un sistema parecido al «diferencial de alícuotas» para contentar a los estados productores, que perderán mucho con la reforma. Lo importante es que el dinero del impuesto irá para las arcas de los estados consumidores, favoreciendo su desarrollo y una mejor distribución de la riqueza del país.

El sistema empleado para el cobro del ICMS, en virtud de la sustitución tributaria, continuará igual. El estado de origen, el productor, recibirá el importe del tributo y posteriormente lo transferirá al estado de destino, el consumidor.

Además, la PEC abre la posibilidad de la intervención federal en caso de que esos tributos no sean transferidos a la entidad competente. Puede también señalarse que el Gobierno Federal creó un sistema para compensar a los estados productores en caso de que se queden sin ninguna parte del ICMS y pierdan, efectivamente, todos los ingresos procedentes de este tributo.

La inserción en la CF del Artículo 155-A, en su párrafo 3, de conformidad con lo dispuesto por la PEC 233/08, regulará este asunto. Asimismo, en lo tocante a la potestad tributaria, es decir, a la competencia legislativa, que será conjunta conforme al título de la nueva sección IV-A, son propuestas, en el párrafo 3 del Artículo 61 de la Constitución, reglas especiales para la iniciativa de esa norma, que quedará a cargo de la Presidencia de la República o de un tercio de los senadores, de los gobernadores o de las asambleas legislativas; en cualesquiera de estas hipótesis deberán estar representadas todas las regiones del país.

De esta forma, como el hecho imponible es una subsunción del hecho a la norma, los presupuestos jurídicos o económicos que configuran el tributo fueron alterados. El ICMS tiene ahora dichos presupuestos fijados por el Artículo 2 de la Ley Complementar 85/96, ya vista.

Sin embargo, con el PEC, estos presupuestos serán ampliados por disposiciones constitucionales que prevén presupuestos ajenos a la obligación tributaria. En este sentido, el inciso III del párrafo 1 del Artículo 155-A, regulado por la PEC, establece para el nuevo ICMS la incidencia sobre las importaciones.

También está prevista la incidencia del nuevo ICMS sobre los servicios no sujetos al Impuesto sobre Servicios —ISS— prestados conjuntamente con operaciones y prestaciones sujetas al ICMS. El párrafo 2, inciso II del citado Artículo contempla evitar futuros problemas en relación con la existencia o no de crédito tributario vinculado a las operaciones en las que no incida el ICMS para compensar en las operaciones posteriores, hecho sobre el que no habrá duda.

Podrá haber un tipo de beneficio fiscal concedido por ley complementaria, pudiendo dificultar el trámite en el Congreso. Pero, ¿y si este crea la ley y establece de nuevo la concesión por convenio? Luego podrá entenderse que habrá una brecha para el surgimiento, por medio de esa ley complementaria, la cual tratará también de otros asuntos, pudiendo haber nuevos tipos de beneficios fiscales que resucitarían la guerra fiscal, que

es justo lo que pretende evitarse con la PEC. Cabe a los parlamentarios la correcta elaboración de esta ley para evitar lagunas que puedan desvirtuarla. El inciso III del referido artículo 155-A, introducirá dos nuevas modalidades de incidencias: sobre la importación, por un lado, y las no incidencias del ISS por el otro.

Para la importación, el estado de destino —de la mercadería o el servicio— actuará como recaudador y el contribuyente será persona física o jurídica, sin importar que se cumpla o no el principio de la habitualidad. Este aspecto es importante, pues, como se afirmó anteriormente, es necesario que el contribuyente cumpla el principio de la habitualidad para que sea efectivamente sujeto pasivo de esta obligación.

Así, la nueva disposición conferirá mayor poder recaudatorio al tributo y introducirá un nuevo concepto para el contribuyente en los casos específicos anteriormente citados. En lo tocante a la incidencia sobre las operaciones no sujetas al ISS, la disposición beneficiará a los municipios, puesto que tendrán una mayor participación en los ingresos transferidos por los estados. El inciso IV también trata las no incidencias del ICMS, que son tres: sobre la exportación, el oro y la radiodifusión. En lo que concierne a la exportación, el tributo incidirá sobre las operaciones anteriores, pero el objetivo es desgravarlas para facilitar la exportación, hecho que demuestra que el gobierno tiene la intención de mejorar la competitividad de la producción nacional frente a los productos extranjeros.

En cuanto al oro, hay que señalar que la ley se refiere a él como activo financiero o instrumento de cambio, como prevé el artículo 153, párrafo 5 de la Constitución Federal. Sobre las transmisiones de radiodifusión sonora, estas deben ser libres y gratuitas para el público, y habrá de especificarse el carácter del beneficio de estas empresas.

Obsérvese pues que habrá muchos cambios con relación al hecho imponible y, ante eso, el Gobierno tiene la intención de otorgar compensaciones a quien vea reducida su recaudación, pues la perspectiva de que el principio de destino sea efectivo dibuja un escenario marcado por un cambio drástico en la balanza económica del país, situación extraordinaria para los estados consumidores, pero nefasta para los productores.

En consonancia con las características políticas y estructurales presentadas por el Estado brasileño en el siglo XX, las políticas tributarias adoptadas para cubrir las necesidades públicas —específicamente a partir de la década de los 60— representan para la Unión no solo una mera redistribución de competencias tributarias, sino además la reconstrucción del federalismo fiscal brasileño y el inicio de la trayectoria de la carga tributaria en el país.

4 LEGITIMACIÓN DEL USO DE LA FACTURA FISCAL: TANTO EN ELICMS COMO EN LOS TRIBUTOS INTERNACIONALES

4.1 validez jurídica de la factura electrónica

A partir de 2008, las administraciones tributarias se enfrentarán al desafío de adecuar los procedimientos de control e inspección de los tributos, con vistas al uso masivo en el ámbito empresarial de la factura electrónica, entendido como un proceso más de la adaptación de las transacciones comerciales al medio electrónico.

La factura electrónica es un modelo nacional, cuya validez jurídica está garantizada por la firma digital del remitente, que reduce de ese modo gastos en recepción, dactilografía y almacenaje, y, al mismo tiempo, permite a los entes tributarios el control en tiempo real de las operaciones comerciales.

Sobre todo ello, este es el comentario de Augusto Tavares Rosa Marcacini (2016, en línea):

[...] no afronta las tradiciones jurídicas, ni mancha la lengua portuguesa, atribuir a la firma digital significado más amplio que el del acto de escribir de propio puño y letra. Puede ser considerada como firma, tanto en la acepción vulgar como en la jurídica, cualquier medio que posea las mismas características de la firma manuscrita, esto es, que sea una rasgo identificable, único y exclusivo de una persona dada.

La presente investigación se propone abordar este tema y tiene como objetivo general analizar cómo la utilización de la factura electrónica repercute en las actividades de control e inspección del ICMS, en un contexto de informatización y modernización de la gestión tributaria.

Los resultados apuntan a que la factura electrónica tuvo repercusión en el control y la inspección del ICMS en los siguientes aspectos: la inspección de las operaciones comerciales tendrá como objetivo los hechos ocurridos en el presente; la inspección presencial fue sustituida por la inspección a distancia; la técnica de inspección total fue sustituida por la técnica de muestreo; los procedimientos de verificación manual dejaron paso al medio electrónico; mayor rapidez en la identificación de notas fiscales emitidas por contribuyentes de baja o inactivos o destinadas a contribuyentes de baja o inactivos.

Con las novedades tecnológicas implementadas por el fisco para controlar el ICMS, electrónicamente gestionadas por los contribuyentes, van surgiendo, cada vez más, nuevos instrumentos tributarios.

Los jueces, los contribuyentes y los demás profesionales del Derecho desconocen las posibilidades del documento electrónico como prueba en un procedimiento administrativo tributario.

El documento electrónico tiene validez para servir de prueba en un procedimiento administrativo tributario, la cuestión de la carga probatoria, los requisitos necesarios de validez jurídica para emplear documentos electrónicos como medio de prueba, los documentos como medio de prueba empleados por la SEFAZ y su adecuación como medio probatorio.

En ese sentido, veamos la explicación de César Viterbo Matos Santolim (2005, p. 33):

Para que la manifestación de voluntad sea efectiva por un medio electrónico (esto es, no dotado de soporte de papel, medio tradicional en que se elaboran los documentos), es fundamental que se cumplan dos requisitos de validez, sen los cuales tal procedimiento sería inadmisibile:

- a) el medio utilizado no debe ser adulterable sin dejar vestigios, y;
- b) debe ser posible la identificación de los(as) emisores de la(s) voluntad(es) registrada(s).

La factura electrónica es un documento, en los términos de la medida cautelar 2.200-2/2001, en forma casi exclusivamente digital, que tiene como objetivo el registro de las operaciones de circulación de mercaderías o de prestación de servicios y que afecta, por lo tanto, al IPI y el ICMS y, en el futuro, al ISS.

Su finalidad es la sustitución paulatina del papel como forma de documentación predominante mediante la implantación de un modelo nacional electrónico, fortaleciendo de esta manera la inspección y el control de las informaciones fiscales en tiempo real.

La factura electrónica sustituye a la factura Fiscal modelo 1 y 1a, para el sujeto pasivo del IPI o Impuesto sobre Operaciones relativas al ICMS.

El documento, emitido y almacenado electrónicamente, tendrá su validez condicionada a la firma digital del emisor, previamente autorizada por la administración tributaria de la unidad federal del contribuyente. O sea, antes de que la mercadería circule, al salir del establecimiento del contribuyente emisor de la factura electrónica, esta ya habrá sido firmada, autorizada y emitida.

El Ajuste Sistema Nacional de Informaciones Económicas Fiscales (SINIEF) 7/05 autorizó a los estados y el Distrito Federal a establecer la obligatoriedad de la factura electrónica, fijada por medio del Protocolo ICMS, dispensando, por evidente, en la hipótesis del contribuyente inscrito en una única unidad federada.

En cuanto a la definición del cronograma de obligatoriedad de implantación de la factura electrónica, el SINIEF sugirió que los estados y el DF que se guiasen por criterios relacionados (i) a los ingresos debidos a ventas y servicios, (ii) a la actividad económica, o (iii) a la naturaleza de la operación que ejercen.

La factura electrónica, por tanto, tendrá un modelo propio y fijo (no uno elegido por el contribuyente) establecido por el Acto COTEPE (Comisión Técnica Permanente), con campos propios para que el administrador los rellene.

El lenguaje usado por el archivo enviado por el contribuyente será el XML (extensible markup language), compatible con diversas aplicaciones y plataformas, ideal para manejar grandes bloques estructurados de información.

El fisco puede modificar este modelo, alterándose, por ejemplo, la distribución de las columnas y las líneas, o el lugar donde debe colocarse determinado dato. En estos casos, habrá un plazo para que el contribuyente pueda actualizarse. Los administradores deberán poner mucho celo en su trabajo para no cometer errores que acarreen perjuicios.

Es muy recomendable que los profesionales del área se pongan al día, estudien y hagan cursos siempre que sea posible, sin olvidarse de leer periódicos y publicaciones especializadas.

En este sentido, la factura electrónica tendrá un manual, con versiones diferentes. Con cada nueva versión, actualización determinada por un acto COTEPE de el ICMS, podrá haber un plazo de adaptación decidido por la administración, que no es ajena a la complejidad del cambio.

4.2 nuevos mecanismos de control fiscal en la tributación del ICMS

En el escenario de la tributación se puede decir que ha habido una verdadera revolución, sobre todo si nos referimos a la reciente implantación de mecanismos de control fiscal, introduciendo cambios en la recaudación del ICMS que han acabado repercutiendo en toda la administración tributaria.

Estableceremos un paralelismo entre las operaciones interestatales del ICMS en el Brasil y las intercomunitarias del IVA en la Unión Europea (UE), además de comparar las

operaciones realizadas en el ámbito del Mercosur (Mercado Común del Sur), fijándonos en los mecanismos de control fiscal e intercambio de soluciones exitosas.

Se parte del hecho de que el Brasil admite el principio de destino, movido por el deseo de lograr un sistema tributario más neutro, armonizado y competitivo, con el propósito de mejorar las relaciones federativas para acabar con la guerra fiscal y facilitar el desarrollo de la Reforma Tributaria.

En la hipótesis de la adopción del principio de destino, se puede afirmar que con la implantación de los nuevos mecanismos de control fiscal se abre la posibilidad de revertir la tendencia alcista del fraude fiscal y evitar la pérdida de recaudación de los estados productores.

En lo que se refiere a la Administración Tributaria, dichos mecanismos permiten volverla más tecnológica, transparente, eficaz e integrada. Por tanto, puede deducirse que la introducción integral de todos estos instrumentos, en especial la factura Electrónica, junto con la reducción de la carga tributaria, permiten disminuir el impacto previsto durante la transición al nuevo modelo de tributación.

La norma jurídica referente al IVA, que es el impuesto sobre transacciones, operaciones, circulación o negocios, es, en virtud del principio de la no acumulación, el permiso relativo al importe debido (débitos menos crédito), en el cual la alícuota incide directamente sobre el valor agregado. En consecuencia, no violaría el principio de la no acumulación y sale bien parado del test de la neutralidad económica, sin originar, al menos en teoría, distorsiones en la organización o entre los eslabones de la cadena de producción.

A diferencia del tributo polifásico acumulativo, el IVA es neutral en relación con la estructura organizativa de las empresas porque, entre otros factores, no induce a la integración vertical.

En contrapartida, comparado con el tributo monofásico no acumulativo, este ofrece la ventaja de no pasar el valor agregado a etapas de la circulación no sujetas a tributación.

El factor primordial e inseparable de la técnica polifásica tiene su motivación en el hecho de que la mayor parte de la recaudación se produce en etapas anteriores al comercio minorista, aunque en este se dé la economía sumergida. La inspección es más complicada por ser más dispersa, pero incluso así el fisco conseguirá recaudar una buena parte en las etapas anteriores, en donde la actividad económica está más concentrada.

A diferencia del ICMS —impuesto mixto que tributa tanto en origen como en destino—, el IVA tributa solo en destino, lo que facilita el control fiscal por medio del cruce de las datos almacenados de los contribuyentes. En cada operación, el comprador paga un importe en concepto de IVA al vendedor. A la hora de hacer la liquidación, en relación con dicha operación, el comprador convertirá el IVA pagado en crédito tributario y el vendedor deberá abonar al fisco lo que el comprador le entregó por el impuesto, es decir, el valor del crédito es igual al del débito. Si nos fijamos en la cadena de producción y distribución de una mercadería, podemos seguir la secuencia de créditos y débitos generados por las operaciones ligadas a ella.

Ives Gandra Martins (2012, p. 48) analiza la situación:

Después de haber participado en audiencias públicas desde las primeras convocatorias, todavía en periodo del Constituyente, me di cuenta de que todos los proyectos se atascaban en un problema capital, el de encontrar un punto de equilibrio para el ICMS, tributo de vocación nacional por el constituyente regionalizado. En los países desarrollados, el IVA, tributo semejante, incluso en las federaciones, es un tributo nacionalizado competencia del gobierno nacional, ya que adoptando la técnica del “valor agregado” o la nuestra “no acumulativa”, si se otorgasen tratamientos jurídicos diferenciados a la competencia de otras entidades, podrían generar desigualdades entre regiones. [...] Ocurre, sin embargo, por la violación sistemática de la Constitución por parte de los Estados, produciendo leyes contrarias al consenso [en la CONFAZ] regional necesario para que los estímulos puedan ser concedidos en el ámbito de ese tributo, la “Guerra Fiscal” —entiéndase guerra de desobediencia coordinada por los Estados— terminó generando unapérdida de competitividad y un desorden en el sector productivo nacional». [...] Ni siquiera las sucesivas decisiones de la Corte Suprema, declarando inconstitucionales tales leyes de estímulo, han servido para obligar a los Estados a cumplir la Carta Magna, puesto que después de cada decisión estos editan nuevas leyes que promueven los mismos incentivos

El primer país que adoptó el impuesto no acumulativo sobre transacciones relativas a bienes y servicios fue Francia, pero el Brasil fue el primero en instituirlo en todas las etapas de circulación de la mercadería, incluido el sector minorista, y también el primero en atribuir su competencia a un ámbito regional de gobierno. Sin embargo, los

estados, pese a su buen hacer, recomiendan que sea la Unión quien asuma la tributación de los impuestos al valor agregado.

En la construcción de la organización político-administrativa de la República Federativa del Brasil, los estados han asumido tradicionalmente competencias en la tributación de la significativa base contributiva que el consumo de bienes y servicios representan.

El IVA se hizo hegemónico en la tributación del consumo, con una expansión impresionante en los últimos 50 años. Son 132 países los que lo han adoptado (Guimarães, 2004), 9 de las 10 principales economías del mundo, con la única excepción de EEUU.

Sobre el tema, expone lo siguiente Hugo González Cano (2004, p. 227):

En términos generales, los IVA de la Argentina, el Paraguay y el Uruguay son parecidos, tienen una base amplia (inciden tanto sobre bienes como sobre servicios) y pocas exenciones. Están dotados de un sistema que permite la deducción amplia de los créditos sobre las compras de bienes y servicios tributados y que, por vía de ley, producen pocos efectos de acumulación. Además, en estos países prácticamente no se conceden incentivos a la producción local que discriminen las importaciones, tanto de países miembros [del Mercosur], como de terceros países. Además, el IVA de esos tres países son de tipo consumo, puesto que también permiten la deducción en el ejercicio corriente de los créditos sobre la compra o construcción de bienes de capital (maquinarias, equipamientos, etc.) y por ellos tributados.

Se ha criticado mucho al ICMS, objeto frecuente de propuestas de reforma, aunque estas no se restrinjan a las alteraciones de este impuesto y que factores económicos y políticos dificulten y hasta impidan su aprobación.

Las críticas son de diversa índole. Pueden referirse a los factores que modificaron el ambiente económico en el cual las empresas empezaron a actuar a partir de la década de los 90, que las expuso a un «choque de competitividad»; a la intensificación en el proceso de «globalización», que aumentó las relaciones comerciales internacionales; o a la estabilidad económica y monetaria del Brasil después del Plan Real, el cual aplacó el proceso inflacionario e hizo posible que las empresas volviesen a fijar los precios tomando como referencia los costos de producción.

Como consecuencia de todo esto, los problemas, las inadecuaciones y las ineficiencias del Sistema Tributario Nacional, aunque antiguos, se volvieron más visibles y perjudiciales, de modo que la reforma tributaria se convirtió en un tema presente en el debate sobre las políticas macroeconómicas del Brasil, después de publicada la CF/88.

El ambiente político-institucional en el que la Constitución fue discutida tuvo en cuenta suficientemente factores que ya empezaban a ser visibles, relacionados con el nuevo orden económico mundial, preocupándose más por dotar de un mayor grado de autonomía financiera y política a los órganos de gobierno regionales.

Luego de ser editada, la CF/88 se reveló inadecuada a la nueva realidad con la que tenían que enfrentarse las empresas, opinión mayoritaria que generó un clima de consenso. La tarea de acometer la reforma tributaria para cambiar el sistema se revela persistente, sobrecargada de desafíos, obstáculos y resistencias, en muchos aspectos considerados insalvables.

Sobre el asunto, estas son las consideraciones de Raul Machado Horta (1999, p. 526):

El compromiso federativo experimentó una apreciable renovación en el texto de la Constitución federal de 1988, como demuestra la inclusión de los municipios en la composición de la República Federativa, en caso aislado en el conjunto de los Estados Federales; la dilatación formal y material de la repartición de competencias; el ingreso del Tribunal Superior de Justicia en el proceso de la intervención federal; la ampliación de la competencia del Supremo Tribunal como salvaguarda de la Constitución, para el enjuiciamiento estatal y del recurso de inconstitucionalidad de una ley o un acto normativo federal o estatal y de la acción declaratoria de constitucionalidad de ley o acto normativo federal; o ampliación de competencia del Senado Federal en el control de los actos financieros del interés de la Unión, de los Estados, el Distrito Federal y los municipios; y el reparto de los ingresos fiscales. El reparto de los ingresos tributarios desencadenó la crítica de los que critican el desequilibrio que se estableció entre los gastos federales/nacionales de la Unión, sus fuentes de ingresos y los gastos e ingresos estatales y municipales, que quedaron favorecidos con el reparto tributario. Están en curso en el Congreso Nacional propuestas de Enmiendas a la Constitución, que alteran el sistema tributario, con la introducción de nuevos impuestos, como el de valor agregado (IVA)

y el de ventas minoristas (IVV), con la extinción del ICMS. La competencia tributaria de las personas jurídicas de Derecho Público Interno y el reparto de los ingresos tributarios son fundamentos vitales de la Federación. La reformulación del sistema tributario actual, si consiguiesen avanzar las propuestas de modificación, será obra de arte política, requiriendo profundo conocimiento del funcionamiento financiero de la Federación, de modo que se mantenga el indispensable equilibrio federativo y se superen las divergencias funestas, generalmente producto de la rivalidad entre Estados y municipios prósperos, de un lado, y Estados y municipios pobres, del otro.

Si en el plano del discurso el consenso sobre la necesidad de la reforma tributaria es prácticamente absoluto, en la práctica y en lo específico la disensión es generalizada. Solo ha sido posible aprobar aspectos puntuales o introducir alteraciones bajo la amenaza de crisis económicas o dificultades financieras. El sistema tributario, que echó sus raíces en la década de los 60, época de la única reforma profunda y consistente que ha tenido el Brasil, está cada vez más obsoleto y agrietado.

4.3 Panorama internacional: el uso de la factura electrónica.

Podemos mostrar este análisis a través de enfoques, denominando comparación vertical a aquella que estudia la sucesión de normas o sistemas jurídicos; es decir, tratada como mera yuxtaposición de derechos nacionales y, en consecuencia, por medio de la comparación horizontal, observando la realidad de diversos sistemas políticos, analizando una cuestión dada desde diferentes perspectivas.

Se resalta que el método mixto emplea las comparaciones horizontal y vertical, haciendo posible un análisis histórico de las normas sin perder de vista el análisis de lo que se pretende comparar dentro del sistema jurídico, verificando que los variados componentes afecten al objeto de estudio comparado. Dejando a un lado esos métodos elegidos, el análisis aborda la existencia de la macrocomparación y la microcomparación.

Con base en la macrocomparación, se hace un análisis de los sistemas jurídicos en su totalidad. No se intenta comparar todos los sistemas jurídicos y mucho menos todos sus elementos constantes. De modo general, se pretende elaborar la clasificación de los sistemas jurídicos (comparación entre sistemas jurídicos, agrupamiento de los sistemas jurídicos; y, por último, la comparación entre las familias jurídicas). De diferente forma, la microcomparación se especializa en estudiar las normas específicas de los sistemas jurídicos.

Otra argumentación sostenida por CAPPELLETTI se encuentra en la obra de DANTAS:

El derecho comparado es, en realidad, un método (Rechtsvergleichung [comparación jurídica] y no vergleichendes recht [derecho que compara], según la terminología alemana, más apropiada); es, en suma, una manera de analizar el derecho de dos o más sistemas jurídicos diversos: así, existe aquella que podemos llamar «microcomparación», cuando la comparación se efectúa en el ámbito de ordenamientos que pertenecen a la misma «familia jurídica» (por ejemplo, entre Francia e Italia), o bien,

«macrocomparación», si el análisis comparativo se conduce a caballo entre dos o más familias jurídicas, por ejemplo, entre un ordenamiento del Civil Law, como el de Italia, y uno del Common Law, como el de Inglaterra.

Con todo, la elección de uno u otro proceso no será suficientemente resolutive, pues se requiere la aplicación de varios métodos para lograr un resultado satisfactorio, con independencia de cuál sea el tipo de análisis comparativo.

En el Brasil, una alteración en la disposición del Protocolo ICMS 10/07 hizo obligatoria, desde el 1 de abril de 2008, la Factura Electrónica para determinados segmentos de la economía brasileña; y de forma gradual van aumentando las empresas que necesitan usar este documento, obligadas por los protocolos ICMS 68/2007 y 87/2008.

Las empresas no tienen la obligación de usar la factura electrónica, pero si lo desean pueden incorporarla a sus operaciones.

Considerada como la pionera en el uso de la factura electrónica en el mundo, España implantó este sistema ya en la década de 1990 con el objetivo principal de reducir gastos en papel.

Según la Agencia Tributaria Española, la reducción estimada de gastos giró en torno a 15.700 millones de euros. Inicialmente, esta medida estaba más orientada a recortar gastos e impulsar la sostenibilidad que a evitar el fraude.

Siguiendo un modelo similar al de España, el objetivo de Chile al aplicar su factura electrónica, desde 2003, fue la reducción de gastos.

El ahorro en papel que se consiguió con este proyecto fue de 800 millones de dólares, según el Ministerio de Economía de Chile.

El Brasil, para crear su sistema electrónico, utilizó como base el modelo chileno, y también sabemos que hubo interés en el ahorro de los gastos debidos a la emisión en papel, pero mejorar la eficacia de la recaudación parece que fue el objetivo central. Las empresas obligadas a emitir la factura electrónica hicieron subir la recaudación un 36.76% en el primer semestre de 2009 en comparación con el mismo periodo de 2007.

El SPED, más específicamente la factura electrónica, como ya se ha dicho anteriormente, no es exclusivo del Brasil. Otros países ya han utilizado estos mismos recursos para corregir algún punto frágil de la administración.

Lo importante es considerar que las empresas, antes o después, comprenderán que esto no es un modo que tiene el gobierno de aumentar la burocracia, sino una fase del proceso llevado a cabo para volver más eficiente al Estado.

En verdad, todos van a beneficiarse del sistema. Se trata de una transformación importante, una más que se añade a las ya emprendidas en las áreas financiera y fiscal en los últimos años, que tiene como propósito una mayor transparencia que ayude a evitar el fraude, tanto en las empresas como en el gobierno.

Estas iniciativas tienen una gran importancia para hacer que el Brasil tenga una presencia cada día más destacada en el escenario mundial, aprovechando que el país goza de credibilidad internacional.

Así, el SPED, cuyo formato no es una creación pionera del gobierno brasileño — España y Chile aplicaron estos procedimientos antes que el Brasil—, incluye la adopción de la factura electrónica y es utilizado por las empresas para enviar informaciones a Hacienda, lo que permite disminuir interferencias entre ellas, colocando al país en igualdad de condiciones.

5 FUNCIONALIDAD DE LOS PRINCIPIOS DE ORIGEN Y DESTINO EN LA ERA DIGITAL

5.1 Principio de origen y destino

En el intervalo entre las dos primeras fases de diálogo para adaptar el IVA europeo se realizó la coordinación de los tributos indirectos, con base en el principio de destino.

Sin embargo, hay que resaltar la falta de concordancia en la unión fiscal de los estados, que se manifiesta en las alícuotas diferenciadas y la subsistencia de fronteras fiscales.

Siguiendo la nueva tendencia mundial de adoptar un impuesto al valor agregado, es propuesta una alteración del resto de los impuestos sobre el consumo existentes en el Brasil en las décadas de los 50 y los 60. Según Carvalho (2005), a finales de la década de los 80 se adoptó el ICMS, después de que su base imponible fuese ampliada para fusionar los productos y servicios oriundos de los extintos impuestos únicos, sobre los cuales la Unión tenía la competencia.

En referencia al ICMS, entendemos que se trata de un impuesto que incide sobre la operación jurídica realizada por el comerciante, industrial o productor, o sea, que simboliza la circulación de mercaderías en sus diferentes fases, desde la transferencia de titularidad, cuya competencia es estatal y municipal, y también se ajusta al principio de la no acumulación.

La adopción de un impuesto tipo IVA agradó de verdad al Gobierno, que lo implementó en el ámbito estatal (ICMS) sobre la circulación de productos, como también en el ámbito federal, a través del IVI, que incide sobre productos industrializados

La implementación del IVA fue efectuada de conformidad a las opciones y formas adoptadas por los países o bloques económicos, en consonancia con su sistema político, estructuración de los gobiernos y la distribución interna de los recursos.

Se puede estructurar la división de adopción del IVA de acuerdo con el gobierno, Federal (Nacional) o Estatal (regiones). En el ejemplo de Abreu (2004) se da en función del principio de origen (tributación en el país o estado de origen) y destino (tributación de mercaderías en el país o estado de destino).

El sistema vigente en la UE se adecua al principio de destino con el pago postergado. Los países miembros adoptaron el IVA nacional, poniendo de relieve que, para los países federales como Alemania y Austria, existe el IVA federal, en el que los recursos son redistribuidos entre los estados federados. Por tanto, cabe decir que Alemania y Portugal, países miembros de la UE, tienen un IVA federal (nacional) basado en el principio de destino.

En el Brasil, el impuesto tipo IVA (ICMS) incide aplicando el principio de origen en las operaciones realizadas entre las entidades federadas. En lo tocante a las exportaciones, estas son tributadas por el principio de destino, por lo que se puede concluir que en el Brasil existe un sistema híbrido, pues utiliza los dos principios. Actualmente, es posible destacar que en el Brasil hay otros impuestos que pueden ser sumados a un impuesto al valor agregado, se trata del IPI (impuesto polifásico, de competencia federal, que grava los productos industrializados), el PIS (Programa de Integración Social) y el COFINS (Contribución para el Financiamiento de la Seguridad Social) Federal (contribuciones

polifásicas, de competencia federal, que inciden sobre la facturación); y el ISS (impuesto acumulativo, de competencia local, que incide sobre servicios). (ídem). No obstante, hay quien sostiene que el Brasil tiene un IVA combinado en el ámbito federal y regional, aunque clasificado como regional.

En Canadá hay un IVA combinado, el impuesto Federal está armonizado con el de algunas provincias. Sin embargo, en otras existe una tributación autónoma, aunque en todas rige el principio de destino. En consecuencia, muchos dicen que es un país con uno de los modelos más interesantes para los estudiosos de los impuestos al consumo.

La tesis de tributar en origen —basada en la idea de que en mercados integrados no debe hablarse de fronteras—, aunque no ha sido oficialmente derogada en la UE, sí en la práctica. Tal tesis se apoyaría en dos premisas que se incumplen en la práctica: igualdad entre los estados dentro de un mercado único (siempre habrá estados consumidores y productores)) y la tributación ajustada al principio de origen impide gravar el consumo en el lugar donde se consume.

La principal dificultad en la construcción de ese espacio fiscal integrado es la diferencia de alícuotas persistentes entre los diversos Estados miembros (EM) y la pérdida de ingresos sufrida por los estados importadores.

Esto significa que la verdadera integración fiscal acarrearía pérdidas para los estados más pobres de la UE y ganancias para los más ricos. Estas dificultades han impedido la integración completa de los espacios fiscales.

En relación con el régimen del IVA en las operaciones intracomunitarias («régimen transitorio»), dejó de existir cualquier control aduanero de entrada de bienes entre los Estados miembros de la UE después de la abolición de las fronteras. Los términos importación y exportación pasaron a emplearse solo para las operaciones entre la UE y terceros países y se creó el concepto de adquisición intracomunitaria (se refiere al estado de destino) que presuponía una transmisión de bienes (referida al estado de destino) y el traslado físico del bien de un lugar a otro.

La tasa de la operación intracomunitaria es cero, esto es, los bienes son expedidos en un Estado miembro a sujetos pasivos de otro Estado miembro con exención del impuesto. La liquidación es efectuada por el propio sujeto pasivo que adquiere los bienes, incluso aunque ejerza una actividad exenta en su territorio, trámite que sustituye al extinto control de aduanas.

Este mecanismo propicia la tributación en el país de destino, aplicándose la legislación y las tasas vigentes no Estado de destino dos bienes.

Este régimen significó un ahorro para los sujetos pasivos por la eliminación de los costos aduaneros y por el aplazamiento del pago del impuesto, que anteriormente se realizaba en el momento de la importación.

Para estar sujeto a este régimen es necesario un número de identificación fiscal —NIF-IVA— El vendedor emitirá la factura sin IVA si el comprador tiene NIF- IVA y este se repercutirá el IVA en su país, que posteriormente será deducido si fuese el caso.

Todas las empresas y profesionales que realizan operaciones intracomunitarias deben poseer el número identificativo del NIF-IVA y deberán facilitarlo en el momento de la emisión de la factura acompañado del prefijo del Estado miembro que le asignó dicho número, ya que un mismo sujeto pasivo puede estar registrado en varios países.

Entonces, con el fin de controlar correctamente esas operaciones y hacer posible el intercambio de informaciones entre administraciones fiscales, es necesario indicar el Estado miembro al cual está asignado el número con el cual se realizó la operación.

El principio de origen mixto significa que parte de los ingresos provenientes de las ventas interestatales se comparten entre los estados de origen y destino, a través del mecanismo de alícuotas diferenciadas.

Cuando el destinatario sea contribuyente del impuesto, se aplican las siguiente alícuotas: 12 % si los destinatarios estuviesen localizados en los estados de Minas Gerais, Río de Janeiro, San Pablo, Paraná, Santa Catarina y Río Grande del Sur, y 7% cuando estuviesen en las regiones, Norte, Nordeste, Centro-Oeste y el estado de Espírito Santo.

Si la operación interestatal se realizase entre las regiones mencionadas por último, la alícuota aplicada será del 12%.

El principio de origen mixto es un peculiaridad del sistema tributario brasileño que tiene como objeto evitar que, por la adopción del principio de origen, los estados eminentemente exportadores acaparen los ingresos tributarios ligados al comercio en detrimento de los estados importadores. Tal principio de origen posibilita que estos recauden la diferencia entre la alícuota interestatal y la interna.

En relación con las operaciones interestatales, si hay distorsión es en el sentido de no haber considerado la «repercusión económica» como variable relevante para la determinación de los sujetos activo y pasivo del impuesto. Dicha distorsión es de naturaleza económica y política.

Es pertinente reconocer «irritación en el sistema», se intenta introducir elementos económicos y políticos extraños en el hecho imponible para justificar la tributación en el estado consumidor.

Los asuntos económicos fundamentales son inspiradores de normas jurídicas, y estas transforman aquellos en hechos jurídicos propios. Por tanto, estamos ante un dilema jurídico-político-económico.

El principio de origen mixto significa que parte de los ingresos provenientes de las ventas interestatales se comparten entre los estados de origen y destino, a través del mecanismo de alícuotas diferenciadas.

Como referencia de Derecho Comparado, el sistema adoptado será semejante al Impuesto al Valor Agregado (IVA) establecido por la UE, de forma específica en lo tocante a las operaciones entre Estados miembros del espacio común europeo (operaciones intracomunitarias). Nos gustaría poner de manifiesto que aunque el IVA tiene reglas generales, su aplicación específica puede variar entre países.

El actual principio de origen mixto para las operaciones interestatales es señalado como el responsable de la guerra fiscal entre los estados de la Federación. En las propuestas de reforma tributaria es recurrente la recomendación de adoptar el principio de destino en las operaciones interestatales del ICMS.

Como ya hemos mencionado, ese debate en torno al IVA, sea en el Brasil o en conformidad con el modelo europeo, genera diversas discusiones, alimentadas por el hecho de que cada país tiene libertad de elección para adoptar un principio. Sin embargo, entendemos que para el Brasil el mejor sería el de destino.

Los aspectos económicos de las operaciones interestatales del ICMS generan una serie de problemas, entre los cuales destacan la evasión, la guerra fiscal y la redistribución, sin mucho criterio, de ingresos entre las entidades federadas en pro de los estados productores, causando distorsiones económicas.

Esa distorsión de la riqueza nacional justifica la necesidad de revisar el principio de origen mixto en las operaciones interestatales.

La solución avalada por gran parte de la ortodoxia económica es la adopción del principio de destino, siguiendo el modelo de IVA de algunos países europeos.

El principio de origen favorece a los estados productores. Habida cuenta de que el Brasil es un mercado integrado, donde hay estados productores y consumidores, la tributación interestatal es motivo de conflicto.

Las alícuotas interestatales diferenciadas tienen como objetivo desviar parte del flujo recaudatorio hacia los estados con déficit comercial, que por lo general son los menos desarrollados.

Sin embargo, la decisión sobre qué criterio adoptar (principio de origen o de destino) es eminentemente política.

Como el IVA de algunos países de la UE es uno de los modelos tributarios internacionales que pueden guiar la reforma tributaria en el Brasil, la importancia de cotejar los modelos es evidente.

No se trata de copiar un modelo tributario ajeno, pues se trata de realidades diferentes y lo que es adecuado para una región o país, puede no serlo para otro.

Lo que se busca es lo mejor de cada realidad, intentando adaptar los modelos al contexto brasileño, reforzando la propuesta de cambio de paradigma.

Persiste la incógnita sobre la duración del régimen transitorio del IVA aplicable al comercio intracomunitario y la consolidación del mismo se basa en la cooperación administrativa y el equilibrio de la tasas.

El quid de la cuestión está en encontrar mecanismos adecuados que sustituyan a los controles fronterizos para combatir el fraude y la evasión fiscal. En el nuevo escenario —marcado por un enorme flujo de operaciones intercomunitarias— se vuelve imprescindible la vigilancia, que ahora se centra en las declaraciones de los sujetos pasivos y se apoya en el intercambio de informaciones entre las diversas administraciones fiscales.

Se pretende reforzar la cooperación a escala comunitaria.

La primera gran modificación en términos de paradigma se refiere a la postura del Estado de San Pablo, representada por su secretario de Hacienda, quien aceptó el principio de destino en un escenario de reforma tributaria.

Tal postura se propone seguir la ortodoxia fiscal internacional a través de un modelo que sea neutro, armonizado y competitivo (inspirado en la UE), ampliándose una discusión que quedaba limitada hasta el momento a los efectos cuantitativos de la reforma.

El secretario de Hacienda dice que San Pablo defiende una reforma amplia de la tributación al consumo en el Brasil y que tiene como meta inicial el fin de la guerra fiscal, proponiendo para ello un IVA armonizado que adopte el principio de destino, aunque con el indispensable mantenimiento de la autonomía financiera de los estados. Con todo,

advierte que el principio de destino implicará pérdidas para los estados exportadores en el comercio interestatal (como San Pablo) y que, por esa razón, debería haber un régimen de transición.

Pondera también que la creación de un sistema tributario armónico y económicamente eficiente no disminuirá, por sí solo, las desigualdades sociales y regionales, las cuales habrán de ser resueltas mediante mecanismos de nivelación y solidaridad.

Para corroborar la postura de San Pablo, muchos especialistas defendieron la adopción del principio de destino por el ICMS, por ser esta la solución técnicamente más apropiada para minimizar las distorsiones de este impuesto.

Se citaron instrumentos de creación colectiva, que son iniciativas pioneras, conjugando esfuerzos de los tres ámbitos de gobierno con el fin de modernizar las relaciones entre el fisco y el contribuyente, colaborando con el modelado de un sistema tributario eficaz y moderno con la implantación de la factura electrónica.

5.2 Reforma tributaria: una posibilidad en la era digital

En el Brasil, aunque en sentido estricto no tengamos un IVA, tanto nuestro ICMS (que, en verdad, son 27, uno para cada estado más el del Distrito Federal), como nuestro IPI se asemejan a aquel, como impuestos no acumulativos que son, si bien el europeo se diferencia de aquellos en que su radio de acción es mayor, pues incide no solo en la entrega de los bienes, sino también en la prestación de servicios.

A pesar de los avances en el área tributaria, el Brasil todavía falta concienciación de la imperiosa necesidad de adoptar un verdadero IVA nacional.

Diríase que ya hubo tentativas en este sentido, incluso materializadas en propuestas de enmienda a la Constitución —PEC—, dado que toca materia constitucional. Es verdad. Y no es menos verdad que desgraciadamente faltó la defensa ardorosa que tales propuestas merecían y, sobre todo, que se pusiese de manifiesto la absoluta necesidad de implantar el IVA —como proyecto exitoso— que el Brasil tenía, tanto para sí —como una propuesta para ser llevada al MERCOSUR— como para los futuros acuerdos entre la UE y el MERCOSUR.

Pero, desgraciadamente, lo que se ha visto y se continua viendo en el Brasil son imposturas en el debate sobre la reforma tributaria, dentro del cual se privilegian cuestiones políticas menores en detrimento del IVA, que tiene una importancia capital para el futuro del país.

Esta discusión se inició, y así permanece, hace unos años con la retomada de los estudios sobre la llamada «reforma tributaria», que pretende implantar, entre otros cambios relativos al ICMS, la tributación en destino. Hoy, la tributación en las operaciones interestatales relativas al ICMS obedece a un sistema híbrido, en el que se reparte el impuesto entre origen y destino, aunque con privilegio de aquel.

La última gran tentativa de reforma fue la PEC 233/08, con la que se buscaba la reducción de tributos federales sustituidos por el IVA-F. En el plano estatal, el ICMS sería sustituido por el IVA-E unificando la legislación de los 27 estados con la definición de alícuotas por el Senado mediante la aceptación o el rechazo de las propuestas de encuadramiento presentadas por el legislador del CONFAZ. Eran 127 modificaciones propuestas de forma vaga que atentaban contra el principio de seguridad jurídica, incluyendo el régimen de transición del ICMS al IVA en un periodo inferior a una década.

El ponente de la Reforma Tributaria, cediendo a presiones políticas provenientes de todos los lados, presentó un proyecto alternativo que incorporaba 485 enmiendas que agravaban las vaguedades existentes, impidiendo de ese modo la discusión y aprobación por el Pleno de la Cámara de los Diputados.

Desde entonces, la reforma tributaria se convirtió en sinónimo de combate a la Guerra Fiscal entablada entre los estados a causa del ICMS, un impuesto de vocación nacional, pero que, en nombre del principio federativo de la autonomía e independencia de los entes políticos regionales y locales, fue asignado a los estados, aunque cediendo una parte de la recaudación a los municipios.

De esta situación surgieron los incentivos fiscales unilateralmente concedidos por los gobernantes de cada estado en la elaboración de su política económica, sirviéndose de una herramienta tributaria que, en principio, es legítima, aunque en la práctica cree problemas de desequilibrio económico entre los estados de la Unión.

Y los incentivos fiscales existen exactamente para promover el equilibrio en el desarrollo socioeconómico entre las diferentes regiones del país (Artículo 151 de la CF), lo que solo puede hacer el Gobierno Federal.

La ley complementaria 24/75 solo fue parcialmente admitida por la Constitución de 1988 (Artículo 155, inciso XII, letra g)). Inconstitucional en su Artículo 8, podía imponer la nulidad del acto y la invalidez del crédito tributario atribuido a las hipótesis enumeradas en el párrafo único de su Artículo 1, entre las cuales están la reducción de la base de cálculo, la concesión de créditos presumidos —compensación del crédito tributario por un porcentaje del impuesto debido por las ventas o prestaciones de servicio (N. del T.)— y

cualquier incentivo que implique directa o indirectamente una reducción en la carga tributaria.

La Carta Marga prescribe taxativamente que solo la «exención» y la «no incidencia» tendrán vedado el derecho a crédito tributario que compense el impuesto debido en las operaciones anteriores e impone su anulación (Artículo 155, párrafo 2, inciso II, letras a) y b) de la CF).

Como prohibición que es, de naturaleza excepcional, esta disposición constitucional no podrá sufrir interpretación amplia y analógica para equiparar otros incentivos fiscales, basados exclusivamente en la equivalencia con el beneficio de la exención o la no incidencia.

Sin embargo, la Secretaria de Hacienda de San Pablo publicó los comunicados CAT 36/04 y CAT 14/09, en los que comunicaba que no reconocía los créditos tributarios vinculados a incentivos que no obedeciesen a lo dispuesto en la Ley Complementaria 24/75, en un acto que puede entenderse como una regulación de las disposiciones inconstitucionales de la ley nacional, en sentido opuesto al de las decisiones de la Corte Suprema, que siempre preservó el principio de la no acumulación del ICMS dentro de los límites generales ((RE 161.031, RE 240.395, RE 367.504, RE 355.422 e RE 298.941). En el RE 628.075, ministro relator Joaquim Barbosa, se reconoció la existencia de repercusión general, DJE de 14-10-2011.

Después, empezó la guerra fiscal con las operaciones triangulares en la importación de mercaderías. La jurisprudencia relativizó la opinión de que el impuesto pertenece al estado donde está ubicado el establecimiento destinatario de las mercaderías.

Para intentar resolver el nuevo problema creado, surgió la resolución 13/12 del Senado Federal, la cual fijó en un 4% la alícuota del impuesto a las operaciones interestatales con mercaderías importadas, en las condiciones especificadas en la propia resolución. El dispositivo en cuestión, además de invadir materia bajo reserva de ley, incurrió en otra inconstitucionalidad al no respetar el principio de la uniformidad geográfica (Artículo 152 de la Constitución Federal) fuera de los límites impuestos por las excepciones constitucionalmente establecidas.

Ahora, el Gobierno Central se propone acabar con la Guerra Fiscal unificando la alícuota interestatal, 4% en cualquier hipótesis, abriendo un plazo de 8 años para su aplicación. Se trata de un copia de la frustrada PEC anterior, la cual cambiaba la tributación en origen por la tributación en destino, pero con una reducción gradual del impuesto en

el estado de origen hasta llegar al 2% en un plazo establecido. En verdad, no era ni una cosa ni la otra.

Ninguna reforma tributaria justa para todos, gobierno y sociedad, podrá renunciar a un nuevo pacto federativo y ella debe venir acoplada a la Reforma de Estado para disminuir su tamaño, aprobada simultáneamente por la Asamblea Nacional Constituyente.

6 DISCUSIONES TRIBUTARIAS

6.1 Debates sobre ICMS, gobierno electrónico y reforma tributaria

Es necesario discutir sobre las nuevas perspectivas introducidas por la reciente implantación de mecanismos de control fiscal, tanto en relación a la posible adopción del principio de destino en las actividades recaudatorias del ICMS, como a la pertinencia de allanar el camino de la reforma tributaria.

Las administraciones públicas contemporáneas vienen sufriendo diversas formas de presión por parte de la propia sociedad, principalmente para pedir la modernización de sus estructuras y servicios, como una respuesta a las crisis fiscales que asolaron diversos países en las últimas décadas.

Una de las opciones de los gobiernos, a fin de atender esa demanda, está en el uso del potencial de las tecnologías de la información y la comunicación, con el propósito de promover una mejora de los servicios al ciudadano y una mayor eficiencia del aparato estatal.

Esos cambios, propios de la era de la información, que se asocian principalmente al surgimiento de la computación personal e internet, son el germen de Gobierno Electrónico (e-Gov).

Una de sus manifestaciones es la implantación de servicios electrónicos, cuya misión es la de integrar los diversos entes gubernamentales con un afán colaborativo.

Mientras, los proyectos del e-gobierno, que demandan un alto grado de integración, resultan mucho más complejos de implantar que los proyectos tradicionales debido a sus requerimientos en tecnología de la información y mano de obra especializada, hecho que se refleja en los bajos índices de éxito a escala mundial. La informatización de algunas obligaciones formales integra y da coherencia al sistema tributario, además de permitir un control rápido y eficaz.

Así, a través de un planeamiento sistemático y automático de la información, las administraciones tributarias realizan un uso cada vez más intenso del control electrónico de las actividades de los contribuyentes.

El ICMS es, sin duda, el impuesto con mayor recaudación en el Brasil y la principal fuente de ingresos de los estados, motivo por el cual la Carta Magna/1988 legisló prolijamente sobre este tributo.

La atribución constitucional concedida a los Estados para gravar operaciones de circulación de mercaderías, los dotó de un mayor grado de autonomía financiera y legislativa; si bien dicha atribución está provocando distorsiones económicas e institucionales, atribuibles a la vocación nacional de un impuesto de competencia estatal.

Antes de nada, es importante advertir que la formación de modelo tributario del ICMS, construido a través de un proceso histórico institucional, presenta numerosas distorsiones que se han acumulado a lo largo del proceso.

En este sentido, se tienen dos escenarios diferentes de reparto de ingresos en relación con el estado de destino: el destinatario es o no contribuyente del impuesto. Además, son mostradas descriptivamente las perturbaciones derivadas de la debilitación y las tensiones en las relaciones políticas y económicas entre los entes tributarios instigadores de la guerra fiscal, que llegan incluso a la violación de reglas constitucionales.

Al mismo tiempo, persiste el grave problema de las desigualdades regionales. Consecuentemente, el objetivo central de esta investigación ha sido examinar las medidas que los estados están perfilando para intentar enmendar los posibles fallos institucionales del modelo, además de presentar propuestas sobre posibles alternativas de tributación y reparto de la recaudación debida a las operaciones interestatales de circulación de mercaderías.

Ante los problemas encontrados en el federalismo fiscal brasileño y la necesidad de una armonización tributaria, el ICMS, como ya dijimos antes, se creó con la voluntad de solucionar problemas. Se ha avanzado bastante, pero todavía aparecen obstáculos.

En 2008, se entregó la propuesta de Reforma Tributaria hecha por el Gobierno a través del ministro de Hacienda, Guido Mantega, al Congreso Nacional representado por los presidentes de la Cámara de los Diputados y el Senado, Arlindo Chinaglia y Garibaldi Alves respectivamente.

Desde entonces, se han promovido diversas manifestaciones por parte de la base aliada del Gobierno, la cual ha defendido la propuesta con el propósito de contribuir a

deshacer la madeja de la guerra fiscal en que se han sumido los estados. La propuesta incorpora, en lo tocante al Impuesto sobre Circulación de mercadería y Servicios (ICMS), las siguientes reglas: unificación de la legislación de los 27 estados; fijación de 5 alícuotas diferenciadas para un número limitado de bienes y servicios: división del nuevo ICMS entre productores e compradores; fijando un 2% para el estado productor: y sanciones consistentes en suspender las transferencia de fondos constitucionales —como el Fondo de Reserva de los Estados (FPE)— a los estados que promuevan la guerra fiscal concediendo beneficios fiscales.

Desde su aparición, la estructura jurídica del ICMS, tal como se desarrolló hasta 1988 y después de esta fecha, demostró su incapacidad para solucionar el problema crucial del federalismo brasileño: que un grado relativo de descentralización política y financiera sea compatible con la armonía del pacto federativo.

Por medio de ese hilo conductor de ideas, es posible afirmar que el problema persiste si vemos el modo en que la descentralización político-tributaria ha sido promovida; sobre todo teniendo en cuenta que tal vez no sea el más adecuado para consolidar un nuevo modelo de federalismo fiscal, capaz de asegurar la necesaria armonía entre la disponibilidad de recursos y la naturaleza de las demandas que hay que atender.

Es sabido que el éxito de la administración pública está vinculado a los ingresos tributarios. Por esa razón urge crear un sistema tributario que permita al Gobierno fomentar la industrialización del Brasil para alinearse a las naciones más desarrolladas.

En la práctica, ese sistema tributario debería minimizar las diferencias económicas entre los estados y promover el equilibrio financiero de las regiones. Con ese propósito, se deberían impulsar políticas de compensaciones a través de los fondos de participaciones, en las que se distribuyesen los ingresos provenientes de los impuestos federales de peso, como el IRPF y el IPI.

El quid de la cuestión está en la dificultad de conciliar la descentralización fiscal con las desigualdades regionales. En un contexto como el brasileño, de acentuadas desigualdades en el reparto territorial de la renta y la riqueza, el equilibrio entre competencias impositivas y transferencias compensatorias es muy difícil de ser alcanzado.

Una mayor descentralización de competencias favorece a los estados y municipios con una base económica fuerte, al mismo tiempo que se reduce el espacio para las ampliación de transferencias de la Unión a los estados más débiles de la Federación.

La situación es más grave cuando las desigualdades interregionales son también fuertes. Si pobreza y riqueza conviven lado a lado, incluso en los lugares económicamente más desarrollados del país, el papel compensatorio del Gobierno Federal es más difícil de ser ejercido.

Tradicionalmente, el enfoque dado al dilema del desequilibrio fiscal se concentra en defender la idea de que las transferencias compensatorias deben ser ajustadas en función del tamaño de las diferencias interregionales, las desigualdades regionales y la distribución territorial de la renta y la producción.

Son notorias las dificultades para proceder a un armonización tributaria del ICMS, sobre todo de orden político y económico, pues, históricamente, este impuesto es el de mayor volumen recaudatorio del país. Por eso, los estados siempre son reacios a aceptar cualquier propuesta de modificación del sistema de recaudación, debido a que desde siempre acarrearán una pérdida de poder tributario.

Así las cosas, el proceso de armonización del ICMS indudablemente necesita una amplia y profunda reforma constitucional tributaria, que conduzca a una reducción de las discrepancias entre los estados. Esto comportará un mejor reparto de los ingresos, que contribuirá a minimizar las desigualdades y favorecer la equidad entre las entidades federativas. De ese modo, se pondrá fin a las interminables guerras fiscales entre estos y se solucionará la escasez debida a las distorsiones presupuestarias.

En el momento actual, para resolver esta problemática es necesario implementar un sistema tributario que elimine las distorsiones del sistema vigente. Las posibles soluciones serían el fraccionamiento de la potestad tributaria del ICMS, la tributación de las operaciones interestatales y el fin de la guerra fiscal.

En el ámbito de esta problemática, vislumbramos un panorama en el que se hará imprescindible sintetizar la legislación tributaria, como forma de preservar el principio federativo mediante la transferencia a la Federación de la potestad tributaria del ICMS, dejándola en manos de la Unión y reservando a los estados la competencia en materia de inspección y administración del tributo.

Aquí no se hace campaña contra la descentralización de ingresos ni contra la potestad tributaria de los estados, sino solo en pro de flexibilizar esta última, única y exclusivamente en lo que atañe a la potestad tributaria principal, como forma de garantizar la consecución del equilibrio del mercado nacional.

Es sabido que uno de los presupuestos federativos es el equilibrio entre las entidades federadas; para eso, debe haber un esfuerzo incesante encaminado a reducir

las desigualdades económicas entre todos los integrantes de la Federación. Sin embargo, al observar la trayectoria federativa brasileña, se constata una transferencia de renta de los estados menos desarrollados a los más desarrollados, en una completa inversión de los valores federativos. Este hecho puede comprobarse haciendo una averiguación de las operaciones interestatales de circulación de mercaderías y servicios.

Antes de la Constitución Federal de 1988, el Brasil adoptaba el llamado «principio de origen puro», en el que la renta del ICM proveniente del consumo de la transacción interestatal de mercaderías se quedaba en el lugar de producción de esta, situación que generaba una transferencia de ingresos directa de los estados consumidores a los estados productores, o sea, aquellos más desarrollados.

Con la promulgación de la Constitución Federal de 1988 —después de ardorosos debates sobre el tema en el Constituyente, provocados por la reivindicación de los estados consumidores de que fuese adoptado el «principio de destino puro», o sea, que los ingresos procedentes del consumo interestatal de mercaderías, y ahora también de algunos servicios, se quedasen en el estado consumidor, en sentido opuesto al deseo de los estados desarrollados (productores), que defendían la permanencia del «principio de origen puro» —, la solución establecida por el legislador constituyente, esgrimiendo el pretexto de que no hay un consenso entre los estados acerca de la adopción de un principio puro, fue la de crear un principio «mixto» que repartiese los ingresos de las operaciones interestatales reduciendo las alícuotas interestatales.

En efecto, el sistema del «principio mixto» también generó diversos problemas de orden recaudatorio a medida que aumentó considerablemente el fraude fiscal, sobre todo el consistente en simular operaciones interestatales, generando de ese modo perjuicio para los contribuyentes y desvirtuando el mercado.

La solución a esta cuestión es difícil de hallar, pero el «principio de destino» se muestra, en un primer análisis, como el más adecuado para equilibrar los ingresos procedentes del ICMS interestatal. En primer análisis, porque es difícil constatar cómo se refleja la aplicación del principio de destino. Es ese aspecto, tal vez fuese interesante constitucionalizar solo el principio de destino como mecanismo de determinación de lo que se ha de tributar en las operaciones interestatales, dejando a la legislación infraconstitucional la puesta en marcha del principio, evitando así que su instrumentalización gane peso, lo que podría causar trastornos en caso de que no se eligiese el mecanismo correcto.

Falta añadir que la problemática histórica de la recaudación de impuestos sobre el consumo ICV/ICM/ICMS agravó y agrava significativamente el desequilibrio federativo

cuando se constata que este constituye una de las principales causas de la tristemente famosa guerra fiscal.

A pesar de que la Ley Complementar 24/75 ha sido admitida por la Constitución Federal de 1988 y está en pleno vigor, los estados la desobedecen y continúan ofreciendo incentivos y privilegios, rebelándose contra el CONFAZ, emprendiendo así verdaderas «guerras fiscales» para atraer a nuevas empresas.

Normalmente, los modos de atraer empresas son las exoneraciones y los incentivos fiscales. Por lo general, son concedidos por un determinado tiempo, y en un primer momento tienen como objetivo el desarrollo local, enmarcados en los objetivos estatales y atendiendo al interés público, atrayendo a nuevas empresas o incentivando su ampliación. En un segundo momento, el objetivo es aumentar la recaudación.

Sucede que, a pesar del alto significado social, económico y financiero para el ente público que desgrava, la concesión de beneficios tributarios exige cuidados especiales, en la medida en que las consecuencias de estas decisiones pueden perjudicar a las demás entidades federadas.

6.2 Debates acerca del desequilibrio fiscal, concentración de renta y guerrafiscal

Como se ve, la guerra fiscal se revela como una de las cuestiones candentes en el actual escenario político brasileño. Se trata de un tira y afloja entre los gobiernos estatales (y adicionalmente entre gobiernos municipales) con el objetivo de atraer inversiones privadas o retener a los inversores ya instalados en sus territorios.

Este tipo de competición fue particularmente intensa a lo largo de la década de los 90, pero no debe ser visto como algo nuevo o sorprendente. Al contrario, el uso de instrumentos fiscales en el repertorio de políticas de desarrollo regional es bastante antiguo en el Brasil, como también en otras naciones igualmente marcadas por un gran heterogeneidad económica interna. Lo que es nuevo y polémico, en el caso brasileño, es el escenario donde los estados pasaron a competir, definido por la falta de medios de regulación capaces de atenuar su impacto negativo sobre las relaciones federativas.

La expresión guerra fiscal ya se volvió de uso corriente, pues el fenómeno que designa ha adquirido carácter habitual. Pero la idea de «guerra», empleada para describir relaciones entre unidades de una federación es todo menos simple. Se trata de una metáfora muy significativa, que expresa un problema de cuño eminentemente constitucional, en el sentido pleno del término, o sea, en cuanto al grado de consenso sobre los fundamentos de orden política, que revela así los problemas ya anteriormente tratados de fraccionamiento de la potestad tributaria del ICMS y de la tributación de las

operaciones interestatales, una de las cuestiones fundamentales del problema federativo al que se enfrenta el Brasil.

El otro aspecto vino de la apertura de la economía brasileña, con la profundización en su inserción global. La apertura creó un escenario económico que provocó la escalada de la guerra económica, en la medida en que atrajo un flujo creciente de capitales internacionales en busca de oportunidades de negocio en el país.

La gradual consolidación del Mercosur, junto al cuadro de relativa estabilidad proporcionado por el Plano Real, ofreció buenas perspectivas para que las corporaciones multinacionales incluyesen al Brasil en sus planes de expansión. En general, se considera que la subasta de incentivos fiscales promovidos por los gobiernos estatales no ha pesado mucho en la decisión de las grandes empresas extranjeras de emprender nuevos proyectos en el Brasil. Por razones de mercado, se instalarían en el país igualmente, preferentemente en el área económica central. Ahora, lo que pretende esa subasta de incentivos es alterar esa situación. Se trata de que los incentivos financieros desvíen a las empresas de la lógica del mercado a la hora de escoger un lugar para establecerse. En consecuencia, la internacionalización también fomenta la «guerra fiscal» en la medida en que la disputa por atraer la inversión extranjera obliga a crecientes concesiones por parte de los estados.

En el origen del problema están las desigualdades regionales del país y la limitación de recursos internos para inversiones capaces de atenuar tales desigualdades. Teniendo en cuenta esto, puede ser oportuno para cada estado, considerado separadamente, entrar en ese juego, sobre todo si sus posibilidades de atraer inversiones sin otorgar incentivos es mínima. Se crean nuevos empleos, se diversifica la producción local, las industrias incentivadas atraen a sus proveedores, lo que a su vez expande el nivel de empleo y la renta de la región. Mientras, para el país como un todo, las consecuencias son negativas. Al lado de las tensiones políticas de los estados, cabe ponderar los impactos sociales de las concesiones fiscales, promovidas por gobiernos estatales que no siempre están en condiciones de hacerlo y acaban sacrificando todavía más a sus ciudadanos.

A decir verdad, quien pierde es el ordenamiento jurídico, pues la concesión de beneficios fiscales la hacen rebelándose al CONFAZ, órgano creado por Ley Complementar que vincula la legalidad de los incentivos a su aceptación.

Los gobernadores desobedecen la ley, partiendo del presupuesto de que los estados son autónomos para legislar sobre el ICMS y pueden conceder incentivos a través de leyes estatales.

Los efectos sobre el escenario empresarial también son considerables. Las principales vencedoras de la guerra fiscal son las empresas multinacionales, a las cuales se destinan los mayores incentivos. Las grandes empresas nacionales logran salir adelante con las ventas internas, pero de forma relativa pierden si no reciben incentivos. En el caso de los pequeños empresarios, estos pierden competitividad frente a sus competidores de otros estados donde conceden incentivos.

En resumidas cuentas, se establece una situación de franca desigualdad: mientras se favorece a algunas empresas poderosas, las demás soportan la carga normal de impuestos, que tiende a ser considerada muy alta (a causa de su mala distribución), y todavía hay quejas por el trato de los gobiernos, que identifican morosidad con evasión fiscal.

En este sentido, no sorprende el avance de la economía sumergida, a la que corresponde un porcentual importante de la actividad económica brasileña. Llamam mucho la atención las contiendas judiciales provocadas por dichas prácticas, que tienen como protagonistas a los estados que recurren al Supremo Tribunal Federal. Estas prácticas muestran que mientras un estado se beneficia, se genera un daño económico a otros. En definitiva, queda patente que la guerra económica es extremadamente nociva.

Para conseguir que sea efectiva la ilegalidad o la nulidad de la concesión, el estado directa o indirectamente perjudicado tiene legitimidad activa para entrar con una acción directa de inconstitucionalidad contra la concesión de los beneficios en el Supremo Tribunal Federal. Tal incumplimiento hace del estado infractor pasible de intervención federal, lo que en la práctica viene a ser prácticamente imposible, pues, los perjuicios derivados de la inestabilidad institucional son mayores que los causados por la concesión ilegítima de los incentivos.

Una vez tratada la cuestión socio-jurídica, hay que abordar la cuestión económica de los tributos. Preliminarmente, se debe rechazar la idea de que los tributos son malos. El producto de su recaudación no es más que una transferencia monetaria del sector privado al sector público con la finalidad de satisfacer las necesidades públicas que generan bienestar social. Como tal, no se trata de un costo para la sociedad. El costo social de un impuesto proviene de las distorsiones que causa en la asignación de los recursos de la economía, y, en una escala normalmente mucho menor, de la necesidad de asignarse recursos para, por un lado, administrar los ingresos, y por otro, mantener la infraestructura que permita a los contribuyentes cumplir con su obligación.

En verdad, solo se justifica la concesión de incentivos fiscales si, socialmente, generan mejoras sociales en la entidad federada, en la medida en que los estímulos concedidos produzcan un beneficio que no sería posible sin ellos.

Ciertamente, es aceptable que, en un escenario de desarrollo, se incluyan entre los objetivos de la política industrial la descentralización de la producción y el desarrollo regional, y que se empleen recursos públicos para estas finalidades. Sin embargo, dichos objetivos son necesariamente nacionales y, por eso, deben ser perseguidos bajo la coordinación del Gobierno Central.

Así, cuando los estados intentan trazar esas políticas de forma unilateral — recurriendo a la guerra fiscal—, el resultado tiende a ser desastroso. Primero, porque los «vencedores» de la guerra fiscal son, en general, estados de mayor capacidad financiera, que, por añadidura, suelen ser los más desarrollados, presentan una mejor infraestructura y tienen los mayores mercados. Segundo, porque al renunciar a una parte de la recaudación, el estado está detrayendo recursos que o bien serían destinados a los servicios (educación, sanidad, infraestructuras, etc.) —que son insumo del proceso productivo—, o bien son necesarios para el equilibrio fiscal, sin el cual sobreviene la inestabilidad macroeconómica.

Como se ve, la guerra fiscal es una disputa de tipo horizontal (entre estados), o sea, las entidades federadas mantienen una competencia para ver quién ofrece más incentivos fiscales y así atraer industrias a sus parques locales, con el objetivo de dar un nuevo impulso a su economía.

El problema es que ese beneficio, cuando existe, se produce a corto plazo y luego solo los estados más desarrollados están en condiciones de renunciar a esos recursos. A propósito, veamos algunas áreas de discordia y los litigios, que demuestran la diversidad de sectores y protagonistas de la guerra fiscal en el Brasil.

Por todo lo expuesto, sucede que la guerra fiscal —del modo en que se desarrolla, desde un punto de vista federativo— es una competición predatoria que afecta a la Federación, pues no sigue los criterios establecidos por la Ley complementaria 24/1975 que prohíbe a los estados conceder incentivos sin la aprobación del CONFAZ, y conduce a los estados a aumentar todavía más las desigualdades socioeconómicas, de tal modo que las odiosas disparidades regionales continúan marcadas en la Federación Brasileña. Los estados más carentes continúan igual de pobres y endeudados y con una parte significativa del ICMS, que podría estar siendo utilizada para el desarrollo de las infraestructuras, comprometida por la ineficiente política de concesión de incentivos fiscales. Hay una nivelación de las políticas de incentivos, de forma que ya no se producen hechos diferenciales que atraigan inversores, pero si condiciones para invertir, por lo que los estados se vuelven rehenes de la iniciativa privada y acaban comprometiendo los recursos destinados a la consecución de objetivos comunes.

En fin, la guerra fiscal innegablemente ataca al pacto federativo en varios aspectos: pone en riesgo la solidaridad y el desarrollo nacional; aumenta las desigualdades entre las regiones, como también las disparidades sociales; y causa la marginación de estados, municipios y, en consecuencia, de sus ciudadanos.

Señalar antídotos contra los problemas que desvirtúan la Federación se revela una tarea ardua. Mientras, es necesario incluir en la tan anunciada Reforma Constitucional Tributaria medidas que saltan a los ojos, tales como: la necesidad de vedar cualquier espacio al ejercicio de la competencia descentralizada relativa al ICMS, incluyendo también en este aspecto la prohibición de prerrogativas para conceder beneficios fiscales; solucionar el problema de la transferencia de la recaudación del ICMS de los estados consumidores a los productores, sin conculcar el «principio de destino»; y corregir las diferencias entre las alícuotas interestatales, que fomentan el desequilibrio entre las regiones.

Caso contrario, la conciliación de la autonomía federativa para legislar sobre el ICMS con la recaudación de este impuesto por el «principio mixto» ciertamente conducirá al Brasil a ser una federación solo de fachada, tendente a disputas catastróficas sobre la distribución de renta y la eficiencia económica.

Otra cuestión presente en los discurso de las autoridades federales, estatales y municipales —y que hace referencia a la propuesta de Reforma Tributaria, condición sine qua non para el desarrollo de la economía nacional— es la de que, en opinión de estos, dicha reforma alterará muy poco la realidad de los contribuyentes brasileños, ya que no afronta directamente algunos de los problemas cruciales del federalismo brasileño. El referido proyecto incluye algunas soluciones paliativas, cuando en realidad lo que el país necesita es una reforma amplia y sin condicionantes que solucione problemas como el fraccionamiento de la potestad tributaria del ICMS, la tributación de las operaciones interestatales y la guerra fiscal, transgresiones anteriormente comentadas.

A propósito de soluciones legislativas pensadas para acabar con el problema de la guerra fiscal (o al menos minimizarlo), en especial las surgidas para mitigar las consecuencias adversas de ofrecer beneficios fiscales ligados al ICMS, hace mucho que se han sugerido algunas.

En relación con este impuesto, en las operaciones interestatales —que tanto inciden en el aumento de las desigualdades sociales, en la medida en que se verifica una transferencia de los estados más pobres a los más ricos— la primera solución podría ser la eliminación del ICMS de las operaciones interestatales. Como regla general, se sabe que las industrias venden más fuera de sus estados que dentro. Partiendo de esa base, sin impuesto para las operaciones interestatales, el factor tributario tiene un peso menor

en la elección del lugar donde instalar una nueva industria. Así, las desgravaciones dejan de ser un atractivo, pues su cuantía será escasa o incluso inexistente (si el crédito tributario no compensa lo pagado), al igual que la compensación de los créditos presumidos, por cuanto la mayoría de las empresas beneficiadas por este incentivo realiza operaciones interestatales, que dejarían de ser gravadas. Hay que resaltar que la Reforma sería el momento adecuado para introducir esta solución, debido a que la eliminación del ICMS sobre las operaciones interestatales no puede ser efectuada por ley complementaria u ordinaria en razón del impedimento constitucional consagrado en el Artículo 151, inciso III, por el que se prohíbe a la Unión conceder exención de tributos estatales. Mientras tanto, el Senado Federal, en calidad de órgano competente en la fijación de alícuotas interestatales, conforme a lo establecido por el Artículo 155, párrafo 2, inciso IV de la Constitución Federal de 1988, podría reducirlas a cero, lo que causaría el mismo efecto.

La segunda solución consiste en una alternativa de desgravación de las operaciones interestatales, en la que el impuesto sería cobrado en origen (como sucede con la vigente norma), pero los ingresos de las operaciones interestatales serían transferidos al estado destinatario. Es cierto que la ejecución de este mecanismo es sencilla para el contribuyente, pero puede volverse difícil realización para la administración tributaria, por cuanto sería necesaria una especie de «cámara de compensación», un órgano destinado a calcular el saldo de la balanza comercial de cada estado, con el objetivo de identificar las unidades con superávit para transferir recursos a los estados deficitarios. La competencia para realizar esta tarea podría incluso ser atribuida al CONFAZ.

La tercera solución, la más complicada, consiste en transferir a la Unión la competencia para legislar sobre el ICMS, incluyéndose en esta responsabilidad también la prerrogativa para legislar sobre la concesión de incentivos fiscales. En el curso de los debates sobre la Reforma Tributaria, esta es la solución que presenta más divergencias teóricas. Una corriente entiende que no existe la posibilidad de retirar a los estados y el Distrito Federal la competencia sobre el ICMS debido a que el principio es cláusula pétrea. Por su lado, otra corriente entiende que existe la posibilidad de retirar a los estados y el Distrito Federal la competencia sobre el ICMS siempre que haya consentimiento de los estados.

De ese modo, para que se llegue a conclusión sobre la posibilidad o no de centralizar las competencias relativas al ICMS es necesario hacer un análisis que observe la relación que existe entre el federalismo (cláusula pétrea) y la supresión de las competencias de los estados y el Distrito Federal.

La corriente de opinión que entiende que no es posible quitar a los estados las competencias para legislar sobre el ICMS, fundamenta su parecer en el Artículo 60, párrafo 4, inciso I de la Constitución Federal, que dicta que no pueden ser objeto de deliberación las propuestas de enmienda que tiendan a abolir la forma federativa de estado, infiriéndose de ese modo que la forma federativa es cláusula pétrea. De acuerdo con esta línea de pensamiento, mientras la Constitución mantenga su vigencia, jamás un legislador constituyente podrá alterar la competencia tributaria compartida para legislar sobre el ICMS y transferirla a la Unión.

Para la corriente de opinión que cree que es posible la retirada de la competencia siempre que haya consentimiento de las unidades federales, la fundamentación se basa en la doctrina de Gustavo Zagrebelsky, que se transcriben continuación:

Las sociedades pluralistas actuales — esto es, las que están marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías o proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante y, por tanto, establecer la base material de la soberanía estatal en el sentido del pasado—, esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo asignan a la constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto de vida en común, sino la de crear las condiciones de posibilidad de la misma.

Continúa Gustavo Zagrebelsky:

En la actualidad, parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, aunque altamente deseable en la práctica: no la prevalencia de un único principio o valor, sino la convivencia de varios simultáneamente. El imperativo teórico de la no contradicción — válido para la «scientia juris»— no debería obstaculizar la actividad, propia de la jurisprudencia, de intentar realizar positivamente la «concordancia política» de las diversidades, e inclusive las contradicciones que, aunque así se presenten en teoría, ni por eso dejan de ser deseables en la práctica. «Positivamente»: no por tanto mediante la simple amputación de potencialidades constitucionales, sino principalmente mediante prudentes soluciones acumulativas, combinatorias y compensatorias que conduzcan los principios constitucionales a un desarrollo conjunto y no a un declino conjunto.

Por eso, concluye que el pensamiento que debe ser adoptado, predominantemente en sede constitucional, ha de ser el pensamiento «posibilista».

De la revisión del concepto clásico de soberanía (interna y externa), que es el precio a pagar por la integración del pluralismo de una práctica de una única unidad posible —una unidad dúctil, como se afirmó— deriva también la exigencia de abandonar la soberanía de un único principio político dominante del que pueden extraerse deductivamente todas las ejecuciones concretas sobre la base del principio de la exclusión del diferente, según la lógica del «aut-aut», del «o fuera o dentro». La coherencia «simple» que se obtendría de este modo no podría ser ley fundamental intrínseca del derecho actual, que es, principalmente, la lógica del «et-et». De esta manera, es pertinente hablar de «modo de pensar posibilista» (Möglichkeitsdenken), como algo particularmente adecuado al derecho de nuestro tiempo. Esta actitud mental «posibilista» representa para el pensamiento lo que la «concordancia práctica» representa para la acción.

Peter Häberle, el más significativo defensor de esa forma de pensar el derecho constitucional en los tiempos modernos, entiende que el «pensamiento jurídico posibilista» es expresión, consecuencia, presupuesto y límite para una interpretación constitucional abierta. Sin embargo, puede decirse que su orientación es «una teoría constitucional de la tolerancia».

A propósito, discurre Häberle:

El pensamiento posibilista es el pensamiento abierto a la alternativa. Debe estar receptivo a terceras o cuartas posibilidades, como también a compromisos. Pensamiento posibilista es pensamiento indagatorio (Fragendes Denken). En la república existe «ethos» jurídico específico del pensamiento abierto a la alternativa, que contempla la realidad y la necesidad, sin dejarse dominar por ellas. El pensamiento posibilista o pensamiento pluralista de alternativas abre sus perspectivas a nuevas realidades, al hecho de que la realidad de hoy puede corregir la del ayer, especialmente la adaptación de una visión normativa a las necesidades de la época, sin que se considere nuevo como lo mejor.

El pensamiento posibilista tiene una doble relación con la realidad. Una de carácter negativo —el pensamiento posibilista indaga sobre otras posibilidades— sobre alternativas con relación a la realidad, sobre aquello que todavía no es real. Igualmente, el pensamiento posibilista depende de la realidad en otro sentido donde posible es solo aquello que puede ser real en el futuro. Es la perspectiva de la realidad (futura) que permite separar lo posible de lo imposible.

Hecho este breve resumen sobre la «teoría del pensamiento posibilista», tan bien mostrada en las reflexiones doctrinarias de los párrafos anteriores, se hace obligado compararlas a los argumentos de la corriente doctrinaria que defiende la imposibilidad de centralizar la potestad tributaria en materia de ICMS, para que se pueda alcanzar una conclusión acerca de la posibilidad o no de la centralización de la potestad tributaria.

En un primer momento incluso podría pensarse que la propuesta de centralización de la potestad tributaria en materia de ICMS causaría un determinado grado de descentralización político-jurídica con relación a la creación de normas jurídicas tributarias por parte de las unidades federativas, lo que es correcto. Mientras, es oportuno resaltar que esta posible reducción jamás viola el principio del federalismo al punto de abolir el sistema federativo, como alega la corriente que estima imposible la mencionada centralización. Primero, porque hay una descentralización vigente en materia de competencias del ICMS. Segundo, porque tomando como parámetro la «teoría del pensamiento posibilista» y poniendo en un lado de la balanza la uniformización del ICMS con sus implicaciones: facilidad para poner en marcha el impuesto, distribución de la riqueza del país, inhibición de la guerra entre las unidades federales o la ausencia de perjuicios causados por la compensación financiera; y, en el otro lado de la balanza, la posible quiebra del principio del federalismo (como cláusula pétrea), definitivamente no se puede afirmar que el redefinir la relación entre la Unión y los demás ámbitos de gobierno —en el sentido de centralizar la potestad tributaria en materia de ICMS, como propugna la Reforma Tributaria Constitucional presente— haga peligrar la forma federativa del Estado.

La potestad tributaria que afecta al ICMS se manifiesta de varias formas, que son presentadas a través de diversos vehículos normativos, e incluso hay unadescentralización en la producción de estas normas. Es sabido por todos que la Constitución Federal de 1988, en su Artículo 155, inciso II, determina que cabe a las entidades federativas la competencia para instituir el ICMS, o sea, el legislador ordinario estatal o del Distrito tienen a su cargo la creación de normas que definan la incidencia, esto es, fijan el arquetipo lógico de la norma tributaria, compuesta por el presupuesto hipotético (hecho imponible) y su consecuencia jurídica, identificadas a través del aspecto material (operaciones gravadas), territorial (local de la operación), temporal (momento en que realiza la

operación), personal (contribuyentes y responsables) y cuantitativo (base imponible y alícuota).

En efecto, siendo el ICMS un impuesto de carácter típicamente nacional, como ha sido de sobra demostrado, y, sobre todo, sabiendo que su perfil jurídico se encuentra de cierta forma uniformizado por la Constitución Federal, por la Ley Complementar pertinente (Ley Complementar 87/96) y por las resoluciones del Senado Federal (en parte, en la fijación de alícuotas), se deduce fácilmente que la descentralización jurídica con relación a la competencia del legislador ordinario estatal y del Distrito para instituir normas relativas al ICMS es claramente reducida, lo que demuestra que la descentralización legislativa del ICMS no es tan amplia como podría imaginarse, lo que a su vez prueba que las hipotéticas alteraciones constitucionales encaminadas a centralizar las competencias tributarias en la Unión no producirían diferencias significativas en lo tocante al margen de maniobra que existe para el ejercicio de la potestad tributaria por parte de los estados y el Distrito Federal.

Sucede que a pesar del margen mínimo de maniobra en relación con la potestad tributaria sobre el ICMS, incluso así, los estados y el Distrito Federal al ejercerla comprometen, al ejercerla, el necesario proceso de armonización, por lo cual es necesaria una centralización de la potestad tributaria.

Como se ve, la centralización de la norma de incidencia tributaria del ICMS no compromete el grado de descentralización jurídica hasta el punto de abolir la Federación. Aunque se sabe también que la existencia de la Federación debe presuponer alternativas que garanticen la autonomía jurídico-financiera de las unidades federales y el ICMS, en ese aspecto, es de fundamental importancia en la medida en que es la principal fuente de ingresos para los estados y el Distrito Federal, por lo que la Reforma Tributaria debe garantizar a los estados y el Distrito Federal la obtención de recursos públicos provenientes del nuevo ICMS, manteniendo la capacidad tributaria activa para exigir el tributo de las entidades, es decir, para recaudar, inspeccionar y ejecutar la legislación tributaria propia del tributo, pero vedándoles el poder de legislar sobre el mismo.

En cuanto a la aplicación de la «teoría del pensamiento posibilista», queda clara su adecuación a los cambios pretendidos por la Propuesta de Reforma Tributaria, dado que, conforme a lo dicho en el párrafo anterior, la uniformidad del ICMS con su consecuente reorganización del pacto federativo nacional «pesa más en la balanza» que la posible quiebra del principio del federalismo.

En esta línea de pensamiento, el principio del federalismo no constituye un obstáculo para mejorar la gestión operativa del ICMS y la distribución de la renta del país,

siendo suficiente para ello que las unidades federales sean compensadas por la alteración de sus competencias, con el fin de que no sean mermados sus ingresos.

En virtud de lo expuesto anteriormente, entiendo superadas las ideas de la corriente de pensamiento que cree que no es posible retirar la competencia para legislar sobre el ICMS por ser «cláusula pétrea» el principio del Federalismo. Conviene repetir, sin embargo, que el Principio del Federalismo exige la anuencia de los estados y el Distrito Federal. De este modo, en caso de que algún estado o el Distrito Federal no esté de acuerdo con la modificación de la competencia para legislar sobre el ICMS, podrá interponer una acción directa de inconstitucionalidad (ADI) contra el cambio en la norma.

Finalmente, todavía hay un último aspecto relativo a la propuesta que merece atención. Se trata de la prohibición a los estados y el Distrito federal de conceder, de forma unilateral, beneficios fiscales vinculados al ICMS. La propuesta del gobierno establece que, en caso de incumplimiento, los estados sean sancionados con la suspensión de las transferencias de los fondos constitucionales, como el Fondo de Participación de los Estados (FPE).

Esperemos que la referida sanción no vuelva la prohibición inocua, ya que en el escenario actual, la Constitución prohíbe la concesión unilateral de beneficios fiscales ligados al ICMS y ni por esas los estados (e/o el Distrito Federal) dejan de concederlos. En verdad, el Poder Judicial, a pesar de ser una protección no muy eficiente, continuará siendo el refugio de los perjudicados por la institución de beneficios fiscales nefastos e inconstitucionales.

Así, siendo posible esta reforma, incluso sin que sirva para solucionar todos los problemas del federalismo referidos en este trabajo, se tiene que una Reforma Tributaria pensada de la forma en que ha sido descrita aquí, especialmente en lo que se refiere a la uniformidad de la legislación referente a la centralización de la potestad tributaria sobre el ICMS, no cuestiona la Federación Brasileña. Al contrario, hace posible la supervivencia del Estado Federal, en la medida en que garantiza de verdad la autonomía de las entidades federales y, sobre todo, hace posible la retomada del sentido de la armonía, el equilibrio y la cooperación en el pacto federativo nacional.

Y aún más, coloca al Brasil en el camino de un constitucionalismo moderno en el que la Carta Magna debe ser vista como un proyecto posibilista, cuyos principios forman la base para un desarrollo conjunto, atento a las nuevas perspectivas y no como un proyecto cerrado, donde las presiones y las necesidades de la masa tienen que quedar a la espera de un quiebra del orden jurídico para ser atendidas.

En este contexto, hay que tomar en consideración la autonomía legislativa estatal y la preservación de la neutralidad económica como forma de apaciguar el fenómeno de la guerra fiscal.

6.3 Debates acerca de la factura electrónica, SPED y contro fiscal

En 2008, los órganos que administran las recaudaciones tributarias se enfrentaron a varios desafíos, en lo tocante al supervisado de la inspección tributaria, debido a que los contribuyentes comenzaron a usar la factura electrónica y para ello fue necesario un proceso de adaptación a las transacciones comerciales por medio electrónico.

La factura electrónica es un modelo nacional, con validez jurídica garantizada por medio de la firma digital del remitente, lo cual reduce gastos de recibimiento, mecanografiado y almacenaje, permitiendo al mismo tiempo el seguimiento en tiempo real de las operaciones comerciales de las entidades recaudadoras.

El objetivo general de este estudio ha tenido como propósito investigar cómo el uso de la factura electrónica impactó en el trabajo de controlar e inspeccionar el ICMS.

Para alcanzar los objetivos del trabajo, se estudiaron primeramente las transformaciones relativas a la consulta e inspección del ICMS, principalmente en lo tocante al periodo inspeccionado accionado a partir de una inspección presencial, pasando por la demostración de la técnica del muestreo y también en lo referido a los procedimientos para cotejar los valores, montantes o saldos con base en la factura electrónica. Por último, se verificaron las alteraciones referidas a la consulta e inspección relacionadas con la verificación del ordenamiento de la situación del registro del contribuyente, finalizando con las etapas de recogida de información económica-fiscales generadas por la factura electrónica.

Después de analizar las informaciones obtenidas sobre las actividades de comprobación e inspección —en el contexto de la factura electrónica— se observó que el uso del medio electrónico vinculado a dichas actividades había producido diversos cambios en relación con el seguimiento y la inspección del ICMS. En lo que se refiere a la inspección de las operaciones comerciales que ocurren en la actualidad; la inspección presencial fue sustituida por la realizada a distancia; la utilización de la inspección al 100% fue sustituida por la técnica de muestreo; los procedimientos de comprobación manual pasaron a realizarse de forma electrónica; hay una mayor rapidez en la identificación anticipada de notas emitidas por contribuyentes de baja o inactivos; y se ha logrado más agilidad en los procedimientos de obtención de informaciones de índole fiscal.

La propuesta del presente trabajo fue presentar el sistema jurídico tributario en su nuevo contexto de informatización aplicada a las actividades de inspección tributaria, posible gracias a la implantación de la factura electrónica.

El documento electrónicamente generado y emitido establece una nueva relación entre los agentes del fisco y el contribuyente, integrando todas las actividades de la administración tributaria brasileña.

Es una herramienta que nace con el objetivo de facilitar y mejorar el combate al fraude fiscal puede revelarse como un canal para la transformación del panorama tributario brasileño y la gestión del IVA nacional. Así, se hace uso de las innovaciones tecnológicas adecuándose a su estructura legal y sus necesidades para controlar el desarrollo anhelado.

Se trata de una investigación teórica sobre la influencia del proyecto de la factura electrónica en la transformación del escenario de la inspección y la recaudación que se vincula al ICMS, específicamente en el Brasil. La investigación se completa con una comparación del ICMS con el IVA europeo.

La responsabilidad de la contabilidad fiscal digital y la factura electrónica, certificación y validación digital, es de la Secretaria de Hacienda del Brasil.

Con la finalidad de potenciar los procedimientos que modifican la relación con el contribuyente del ICMS, fue inaugurado el Sistema Nacional Integrado de Informaciones Económicas y Fiscales (SINIEF) y se determinó que las entidades federadas incorporasen a sus correspondientes legislaciones tributarias las normas relativas a la documentación y los estados contables.

La Constitución Federal de 1988, en virtud del principio federativo, establece que cada entidad federada tiene la potestad para instituir y administrar los respectivos tributos.

Por tanto, cada una de las unidades federadas, con el objeto de comprobar e inspeccionar las actividades de los contribuyente, puede establecer la obligación tributaria formal que entienda más interesante, lo que genera inúmeras rutinas de trabajo y mucha burocracia, disparando el gasto necesario para el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

La Administración Tributaria exige una elevada inversión en herramientas para almacenar y facilitar las informaciones relativas a las operaciones efectuadas porsus

contribuyentes, creando inúmeras obligaciones tributarias formales que no impiden la evasión fiscal.

Sucede que el hecho de compartir informaciones o la integración tiene el objetivo de potenciar la Administración Tributaria Brasileña, recortando gastos y reduciendo trabas burocráticas. Al mismo tiempo se facilita el cumplimiento de las obligaciones tributarias y el pago de impuestos y contribuciones, además de fortalecer el control y la inspección mediante el intercambio de informaciones entre las diversas administraciones tributarias.

Por tanto, con la Enmienda Constitucional 42/2003 se añadió el inciso XXII del Artículo 37 de la CF/88, que determina la actuación integrada de las administraciones tributarias de la Unión, el Distrito Federal y los municipios, incluyendo el uso compartido de censos, registros y otras informaciones fiscales.

El Gobierno está acometiendo diversos estudios y proyectos con el propósito de promover una modernización. Estos son los objetivos: promover una mayor integración administrativa; la normalización y el almacenamiento eficiente de datos; y reducción del costo en infraestructura.

Estos cambios permitirían: la realización de una inspección efectiva; más posibilidades de realizar acciones fiscales coordinadas e integradas; mayores posibilidades de intercambio de informaciones fiscales entre los diferentes ámbitos de gobierno; hacer cruces en grandes bases de datos, con estos normalizados; y la uniformidad de los procedimientos.

El SPED representa la inspección en tiempo real y continuo del cumplimiento de las obligaciones tributarias formales por parte de los sujetos pasivos. Su fundamentación jurídica está en la Enmienda Constitucional 42/2003, que introdujo el inciso XII al Artículo 37 de la Constitución Federal (CF/88).

Con base en este Artículo, el SPED fue instituido por el Decreto 6.022/2007. Consiste en la modernización de los sistemas empleados para el cumplimiento de las obligaciones tributarias formales, esto es, la transmisión telemática de las informaciones fiscales de los contribuyentes a las administraciones tributarias.

Entre sus objetivos, destacan la integración de los fiscos, mediante la compartición de informaciones contables y fiscales; la uniformización y racionalización de las obligaciones tributarias formales; y, por último, acelerar la detección de los fraudes, con la optimización del control de los procesos, la rapidez en el acceso a las informaciones y la inspección más efectiva de las operaciones por medio del cruce de datos y la auditoría electrónica.

Las modificaciones introducidas por la factura electrónica y la digitalización de la contabilidad fiscal de las empresas están en armonía con los proyectos de la Reforma Tributaria, emprendidos tanto en el ámbito del Congreso Nacional como en el del Poder Ejecutivo Federal.

Administradores públicos y privados, contadores, consultores y abogados necesitan conocer los nuevos mecanismos y adaptarlos, en especial en los tres primeros casos, a su rutina profesional.

La Administración Pública trabaja con eficacia y rapidez en la implantación del sistema digital, amoldándose a la mentalidad del mundo del comercio brasileño, sobre todo el de las micro y pequeñas empresas. En este ambiente es frecuente la informalidad e incluso la evasión fiscal. Sus profesionales, por lo general, están poco informados sobre este asunto. Por todo ello, es necesario que la obligación de registrarse sea paulatina, se imponga por sectores económicos, se apoye en mecanismos pedagógicos y esté apegada a la realidad socioeconómica brasileña.

Al final, en realidad lo que ocurre es que hay informalidad, e incluso omisión de ingresos; principalmente en virtud de la desinformación de los profesionales sobre el asunto, forzando a los profesionales de los sectores de la administración pública y privada, contables, consultores y abogados a adaptar sus rutinas profesionales a los nuevos mecanismos con los que la administración pública trabaja en la implantación de ese nuevo sistema digital.

Todo esto debe ser así porque la intención del Estado, con vistas a un efectivo cumplimiento de las disposiciones constitucionales, conforme se ha visto, debe ser

—simultáneamente— la de estimular la libre iniciativa, regulada por criterios y límites constitucionales, y distribuir la riqueza, con paso firme hacia la igualdad económica y la justicia social.

Así, no es posible implantar un sistema de forma draconiana, pues eso exige la participación continua de pequeños empresarios, sobre todo los de la periferia de las metrópolis o del interior del país, y para ellos representa un cambio brusco de mentalidad.

El resultado sería la acumulación de riqueza para las empresas mayores, provistas de orientación técnica, y el cierre de las menores. La acción pública debe ser, por lo tanto, pedagógica, que implique un cambio cultural y no sea entendida como una imposición enérgica.

Las empresas mayores necesitarán un asesoramiento técnico para incorporar las innovaciones, pues a ellas se les exigirá una adaptación más rápida y profunda. El aumento de los gastos en consultoría se verá más adelante como una estrategia eficiente de gestión, pues evitará eventuales multas de significativa cuantía.

Este es, por tanto, el momento para que los empresarios regularicen sus actividades por medio de la elaboración de planeamientos fiscales y, teniendo en cuenta las complejidades del nuevo sistema, el recurrir a profesionales y técnicos especializados se revelará mucho más necesario de lo que es hoy.

Cabrá a los estudios jurídicos, contables o de consultoría el advertir de ese panorama a sus clientes, momento de crisis y oportunidades.

Con la implantación del SPED, el fisco busca ampliar sus informaciones y, en consecuencia, tener un control mayor de la recaudación.

Mientras, para muchos empresarios el SPED traerá menos flexibilidad para los negocios, sobre todo para aquellos que recurren a la evasión fiscal, un método ilícito de maximizar resultados. El mayor control por parte del fisco —incluso antes de que ocurra el presupuesto del hecho imponible— dificulta mucho esta actitud.

También es evidente que en la implantación del nuevo sistema, la empresa tendrá unos gastos iniciales en el periodo de adaptación a la factura electrónica y los demás procesos relativos a la tributación.

Esos gastos se asocian a la contratación de profesionales de la tecnología de la información para adaptar sus sistemas al SPED, a la capacitación de sus empleados y, en algunos casos, a compras en el área informática.

Otro obstáculo es la resistencia a los cambios que está enraizada en muchos profesionales, quienes solo ven en estos un plus de trabajo, por no hablar de miedo a que esos eventuales cambios pongan en peligro sus puesto de trabajo.

La factura electrónica, en conjunto con la contabilidad fiscal electrónica, puede convertirse en una excelente herramienta si se integra en el sistema de informaciones de la empresa, pues proporciona datos que al ser relacionados con las demás informaciones sirven para la toma de decisiones en la gestión del negocio.

Asimismo, las empresas adheridas anticipadamente al sistema se benefician de algunas ventajas frente a sus competidores, ya que mostrarán mayor transparencia y confiabilidad ante sus socios, clientes, proveedores, instituciones financieras y el Gobierno.

La integración y cooperación entre las administraciones tributarias han sido temas muy discutidos en los países federativos, especialmente en aquellos que, como el Brasil, poseen un alto grado de descentralización fiscal.

En esos países, la autonomía tributaria ha generado un sinfín de rutinas de trabajo, burocracia, bajo grado de intercambio de informaciones e incompatibilidad con los datos económicos y fiscales de los contribuyentes.

Para los ciudadanos, el Estado se muestra ineficiente y lento. Para el Gobierno, el control resulta difícil porque no tiene una visión integrada de las acciones del contribuyente. Además los costos, públicos y privados, relativos a la infraestructura necesaria para el cumplimiento de las obligaciones tributarias son altos, creando un obstáculo para las inversiones y la creación de empleo.

En lo que se refiere a las administraciones tributarias, se genera la necesidad de acometer gastos cuantiosos para informatizar las operaciones, motivada por el alto volumen de obligaciones tributarias formales que surgen como respuesta a nuevas hipótesis de evasión fiscal.

En lo tocante a los contribuyentes, hay una necesidad de destinar recursos humanos y materiales para el registro y almacenamiento de datos, la contabilidad, auditorías internas y el envío de informaciones a los distintos ámbitos de gobierno que, en el cumplimiento de sus atribuciones legales, las demandan, usualmente a través de declaraciones y otras obligaciones formales.

Por consiguiente, el costo inherente al gran volumen de documentos en papel que circulan y son almacenados, tanto por la administración como por los contribuyentes, es sustancialmente elevado.

De modo general, ese proyecto se justifica por la necesidad de inversión pública encaminada a reducir la burocracia en el comercio y las limitaciones administrativas a las que se tienen que enfrentar los empresarios del país, hecho que exige la modernización de las administraciones tributarias de los tres ámbitos de gobierno. El proyecto prevé todavía la inversión en tecnología, con el objeto de modernizar los sistemas de información y de ese modo ampliar la capacidad de atendimento de las entidades administrativas.

Por lo tanto, la integración y la compartición de informaciones tienen el objetivo de racionalizar y modernizar la administración tributaria brasileña, reduciendo costos y trabas burocráticas y facilitando de ese modo el cumplimiento de las obligaciones tributarias y el pago de impuestos y contribuciones, además de fortalecer el control y la

inspección por medio del intercambio de informaciones entre las administraciones tributarias.

En cuanto a los beneficios de la factura electrónica, uno de ellos es la economía en el uso de papel, pues en ese caso el procedimiento es exclusivamente virtual y con firma digital, garantizando la confiabilidad del proceso y también su validez jurídica.

Su impresión es facultativa, tanto para el emisor como para el receptor. Para el transporte de mercaderías, en el que la factura electrónica debería ser presentada en los puestos de fiscalización, se ha agilizado el proceso, pues no se necesita que la factura acompañe a la mercadería, ya que es suficiente con el DANFE. Observamos que la factura tradicional (en papel) es un proceso más demorado, caro y sujeto a una mayor incidencia de errores.

Con la factura electrónica las empresas ganan en eficiencia y economía en las operaciones relativas a las obligaciones tributarias formales, ya que propicia la integración de los sistemas de control e inspección de la Unión, las unidades federales y los municipios por medio de la normalización y la compartición de las informaciones de índole fiscal.

En consecuencia, con la implantación de la factura electrónica será posible reducir significativamente el fraude fiscal y se logrará, de paso, crear un escenario donde la competencia será más justa para las empresas que estén al día en sus obligaciones fiscales.

La transición de la nota de papel a la nota electrónica exigió cambios en diversos procesos relativos a la generación del documento.

La diferencia principal está en el inicio del proceso, ya que la factura tradicional obliga a resolver el trámite burocrático de la autorización para imprimir el Documento fiscal, situación que se repite cada vez que se piden nuevos talones a las gráficas.

Con la factura electrónica, es suficiente con que la empresa se registre en el censo de la SEFAZ de origen y solicitar a la autoridad certificadora su certificado digital. Otro punto que merece ser destacado es que la emisión de la factura tradicional requiere más tiempo para ser impresa y además necesita espacio físico para archivarla.

En el caso de la versión electrónica, el documento tiene una existencia virtual y solo se imprime el DANFE si fuese necesario, o sea, se cambia el espacio físico por el virtual.

Otro hecho relevante en pro de la obligatoriedad progresiva de la factura electrónica es que dificulta el fraude fiscal, una situación que favorece el aumento de la recaudación y facilita el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

Esta parte del trabajo se ha centrado en los mecanismos de control fiscal que tienen como objeto garantizar la recaudación del ICMS, incluso para compensar — en el caso de los estados productores— la posibilidad de pérdida de ingresos provenientes del ICMS, en la hipótesis de cambio del sistema de recaudación basado en el principio de destino para las operaciones interestatales.

De la misma forma, se espera que el cambio de este sistema de tributación en conjunción con los mecanismos electrónicos de control fiscal, utilizados de forma extensiva, reduzcan la evasión fiscal y aumente la recaudación, incluso con la reducción progresiva de la carga tributaria, hecho este que originaría una transferencia de renta del sector público al privado.

Es necesario que esa cultura cambie, haciendo que todos cumplan sus obligaciones con el fisco, pero para eso es necesario extender el control y la inspección, empleando los métodos más avanzados, y al mismo tiempo reducir la carga tributaria con el propósito de aumentar la recaudación.

Esa altísima evasión fiscal ciertamente resulta de la confluencia de dos factores perversos; el primero, la falta de vigilancia adecuada de las respectivas administraciones tributarias que conforman el sistema existente; y el segundo, el elevado peso de la carga tributaria, que no dejó de aumentar en los últimos años. De esta forma, para muchos contribuyentes el riesgo de incumplimiento de las obligaciones tributarias, especialmente las referidas a las operaciones interestatales (con diferentes alícuotas), se ve perfectamente compensado por el ICMS defraudado.

Después de la implantación de mecanismos más eficaces de vigilancia fiscal, existe la percepción de que hay un riesgo mayor para el contribuyente que no cumple con sus obligaciones. La combinación de este hecho con una reducción paulatina de la carga tributaria, podría acabar reduciendo el elevado fraude fiscal, pues el valor potencial de lo defraudado no compensaría el riesgo de sanción.

Se identificaron distorsiones en el campo económico y político de la tributación de las operaciones interestatales del ICMS, de acuerdo con el actual principio de origen mixto que justificarían el cambio por el principio del destino.

La condición fundamental y necesaria, sin la cual no es recomendable la adopción del principio de destino según el modelo del IVA europeo, es la completa implementación

de los mecanismos electrónicos de control fiscal de forma automática y extensiva —como la factura electrónica, la sincronización de censos y la contabilidad fiscal digital—, de modo que se pueda efectuar el control de las operaciones con cruce de datos en todos los niveles, de forma integral y en tiempo real, a fin de identificar enseguida fraudes fiscales.

Por otro lado, caso sea adoptado el IVA armonizado —con aplicación del principio de destino— debe ponerse cuidado en no atender contra el federalismo fiscal brasileño, de forma que la autonomía de los estados se mantenga incólume.

Así, los antiguos prejuicios asociados a la adopción del principio de destino —pérdida de ingresos de los estados productores y aumento del fraude fiscal causado por el elevado número de establecimientos que deben ser controlados con la tributación al consumo— podrán ser superados con la adopción de mecanismos extensivos de control electrónico.

Ante la posibilidad de la pérdida de recaudación de los estados productores, consecuencia de la adopción del principio de destino, es importante tomar la precaución de fijar un periodo de transición para que, caso ocurra dicha pérdida, los estados perdedores no sufran un impacto brusco que ponga en peligro sus finanzas.

Todos los mecanismos de control fiscal en uso o en fase de implantación pueden ayudar en el combate al fraude fiscal, provocando un efecto disuasorio en los potenciales defraudadores. Además, pueden tener un efecto positivo en la recaudación tributaria, siempre y cuando haya una reducción de la carga tributaria, haciendo incluso que cambie el escenario actual.

De esta forma, el proyecto del SPED —que comprende los subproyectos de la factura electrónica, la sincronización del registro, la contabilidad fiscal electrónica y la contabilidad electrónica— está cambiando el paradigma de la cultura organizacional de las administraciones tributarias brasileñas, que se encuentran en la transición del papel al medio electrónico y trabajan en colaboración buscando soluciones integradas de combate al fraude fiscal, fortaleciendo de este modo los lazos federativos.

Cuando los proyectos de contabilidad fiscal digital estén en pleno funcionamiento se habrá producido una enorme simplificación de las obligaciones tributarias formales de los contribuyentes, con el consiguiente recorte de gastos y economía de tiempo. Para los fiscos, significará la normalización y mejora de la calidad de las informaciones (incluso en relación con el control de las operaciones interestatales), además de la reducción de gastos administrativos.

La gran revolución tecnológica de las administraciones tributarias brasileñas (Unión, estados, DF y municipios) sucede con la factura electrónica, que llega para transformar radicalmente antiguos esquemas, y el cambio en la acción fiscal, que ahora es preventiva, en tiempo real e informatizada.

La factura electrónica permite el control de las operaciones (internas e interestatales) antes incluso de que ocurran y transforma radicalmente las relaciones entre los fiscos, entre estos y los contribuyentes y de las empresas entre sí.

Con relación a las operaciones interestatales del ICMS, la factura electrónica facilitará bastante el control del flujo de mercaderías, reducirá el tiempo en la inspección del transporte y dificultará la simulación de operaciones interestatales, todo en tiempo real.

Para el perfecto control de ese flujo de operaciones es imprescindible que la mayoría de los contribuyentes emitan facturas electrónicas e instalen la aplicación que permite la confirmación del recibimiento por parte del destinatario y de la confirmación de la operación por el fisco de destino.

Los beneficios de la factura electrónica para los contribuyentes y los fiscos son los mismos citados anteriormente.

Con el uso mayoritario de la factura electrónica, en sintonía con otros mecanismos de control fiscal ya referidos, y el cruce de datos en tiempo real, se considera que el control de las operaciones internas e interestatales del ICMS (como también de las demás esferas del gobierno con sus respectivos impuestos) será mucho más eficaz, lo que se reflejará positivamente en la recaudación tributaria.

Se establecieron analogías entre los mecanismos de control de la UE (Unión Europea) y los del ICMS del Brasil y se encontró que las similitudes alcanzaban incluso a las formas de fraude. Como se ha visto, las analogías pueden convertirse en una fuente de experiencias, con vistas a perfeccionar los procesos análogos, sin comprometer las respectivas peculiaridades e identidades culturales.

Para concluir con el tema de la importancia de los estudios de esta naturaleza, se puede decir que se han desmontado antiguos esquemas y que los mecanismos de control fiscal abordados crean un realidad diferente y prometedora, sea en relación con los posibles efectos que pueda causar una hipotética adopción del principio de destino en las operaciones interestatales del ICMS, sea en su relación a la modernización de la administración tributaria como un todo.

Se quiere cuantificar los beneficios que esos mecanismos de control propiciarán, no solamente con relación a la esperada disminución del fraude fiscal y el consiguiente aumento de la recaudación fiscal, sino también en relación con los beneficios para el Sistema Tributario como un todo, incluyendo las ventajas para el sector privado.

En la actualidad, la exención del ICMS se concede por medio de un decreto legislativo que ratifica un convenio celebrado por los estados en el CONFAZ, lo que facilita la inmensa demanda de exenciones y configura la llamada guerra fiscal.

La PEC 233/08 tiene como objetivo principal el fin de la Guerra Fiscal entre los estados y, aliado a la reforma de la competencia normativa y recaudatoria, la alteración del proceso de concesión de exenciones se presenta como otra cuestión importante y muy discutida. Esto está propuesto en el Artículo 155-A, párrafos 4 y 7 de la nueva disposición.

Todavía hay que decir que los incentivos y beneficios concedidos hasta el 5 de julio de 2008, sin observancia de la LC 24/75, serán reconocidos desde la fecha de su concesión hasta el momento de la promulgación de la Reforma Tributaria, siendo vedada la concesión o prorrogación de la exención, reducción de la base imponible, crédito presumido o cualquier otro incentivo o beneficio fiscal o financiero relativo al impuesto, incluso a los nuevos contribuyentes, de los incentivos y beneficios mantenidos.

Asimismo, se dispensará de la exigencia de los débitos relativos a los incentivos y beneficios fiscales o financieros que hayan sido revocados judicialmente por ser considerados inconstitucionales. Además, se mantiene la posibilidad de mantener los incentivos y beneficios que hayan sido concedidos entre el 5 de julio de 2008 y la fecha de la promulgación de la Reforma Tributaria, que estén directamente vinculados a actividades industriales, agropecuarias, culturales, sociales y deportivas, y al programa de vivienda protegida, mediante el sometimiento de la entidad federada a la deliberación del Consejo Nacional de Política Tributaria.

Un cambio significativo se da en la forma de conceder la exención, que se aplicará al producto y no, como ahora, al contribuyente, con lo cual se beneficiará al consumidor final, es decir, a la sociedad.

Las alteraciones propuestas para la plena implantación del Impuesto al Valor Agregado —IVA-f— generarían una situación que obligaría a modificar diversos aspectos del ICMS.

En cierto modo, resuelve problemas tan graves como el de la guerra fiscal y mejora la recaudación de los estados consumidores, pero, por otro lado, crea dificultades

para los estados, ya que los presupuestos fácticos fijados para el ICMS disminuirán como consecuencia del IVA-F, que los verá aumentados.

Mientras, a punto de tener que salvar la economía a causa de la incipiente crisis financiera que amenaza con poner cerco a las economías mundiales, el Brasil como país emergente y en pleno desarrollo tiene que reformular la intermitente reforma tributaria y sacarla adelante para muscular la economía, ganar la confianza de los inversores y mejorar el reparto de la recaudación, favoreciendo el desarrollo continuo y ecuánime de los estados.

Se observa que el procedimiento para la recogida de informaciones económicas y fiscales interestatales resulta más rápido.

Desde la llegada de la factura electrónica es innecesario realizar la verificación fiscal de las operaciones comerciales interestatales o incluso que los auditores fiscales se desplacen para realizar comprobaciones o recabar datos fiscales.

Con la implantación de la factura digital la inspección se pueden hallar indicios de omisión de entradas y salidas antes incluso de iniciar la acción fiscal, pudiendo incluso cotejar estos datos con los declarados por el contribuyente.

Luego, la obtención de informaciones relativas a ventas, adquisiciones y existencias será instantánea.

La factura electrónica proporciona una mejora en la calidad de la información debido a la eliminación de errores mecanográficos, además de aumentar la rapidez en el manejo de datos durante la inspección.

Por tanto, una amplia reforma tributaria del ICMS brasileño, que tenga como meta inicial el fin de la guerra fiscal a través de un IVA armonizado que adopte el principio de destino, conforme a lo expuesto en el presente estudio, se ha vuelto indispensable para la autonomía financiera de los estados.

Y una de las propuestas para dirimir esa guerra fiscal está fundamentada en la factura electrónica, habida cuenta de que ya se puede definir y liquidar automáticamente los porcentajes del ICMS, establecidos de acuerdo al principio de origen y el de destino del producto.

CONCLUSIÓN

La presente tesis de doctorado se titula *Liquidación tributaria por medio de la Factura electrónica (NF-e) en el ámbito del ICMS: mejora en la sistematización de la*

estructura fiscal brasileira frente al modelo europeo centralizado de la tributación sobre el consumo.

La investigación comenzó con un análisis sobre los fundamentos de la tributación, con el objetivo de contextualizar el tema en cuestión. Dicha investigación se centró en la Administración Tributaria y sus principios en consonancia con el orden constitucional de 1988.

Este trabajo tuvo como objetivo estudiar el Sistema Fiscal Automatizado, específicamente en lo referido a la factura electrónica, que normaliza las informaciones comunicadas por los contribuyentes, ayuda a combatir el fraude fiscal en el contexto del ICMS y facilita la transición hacia un nuevo modelo de tributación. De forma secundaria, se intentó mostrar la relevancia de un documento digital en la operación normalizada de venta y transporte de mercaderías; describir el proceso de informatización del sistema tributario y la influencia de la adopción del principio de destino en las operaciones interestatales del ICMS.

Esta investigación nació de la necesidad de comprender cómo se dio el proceso de integración del sistema tributario nacional en el control fiscal a través del sistema de inspección electrónica que trajo la factura electrónica.

A lo largo del primer capítulo, se presentaron los Fundamentos de la Tributación en consonancia con la Administración Tributaria, Principios, Sistema Constitucional Tributario y Clasificación de Tributos. En un primer momento, se define etimológica y jurídicamente el concepto de tributo. Seguidamente, se aborda la idea del Proceso Administrativo fiscal y Ciudadano Contribuyente, de donde deriva la noción de inspección tributaria. Es entonces cuando se constata la importancia de pagar el tributo correctamente. A continuación se cuestiona la forma de recaudación de los tributos indirectos, criticando su regresividad, y observando las ventajas de un sistema progresivo que permita la redistribución de la renta y la riqueza. Finalmente, la discusión se desplaza al campo de los principios.

Todavía en el primer capítulo, se debatió la Constitución Federal de 1988 con el ordenamiento tributario, se constata que la Carta Magna es la piedra angular del sistema y funciona como orientadora del ordenamiento jurídico tributario. Se profundiza en la discusión sobre el Sistema Constitucional Tributario, advirtiéndose que la teoría general de los sistemas es que todos los sistemas se expanden y se contraen infinitamente. Luego, todos los sistemas están compuestos de subsistemas e, igualmente, generan sistemas mayores. Seguidamente, la controversia gira en torno a una serie de principios de orden constitucional. Y, finalmente, se presentó la clasificación de los tributos: vinculados y no vinculados. Los primeros son aquellos en que el propósito de su exigencia es la existencia

de alguna determinada actividad del Estado, mientras que los segundos son cobrados por el Estado sin que haya una contraprestación de servicios u obras en beneficio del contribuyente.

En el segundo capítulo, la discusión se centra en el ICMS, explicándose su construcción histórica, la cuestión de no ser acumulativo, del hecho jurídico tributario y de los documentos digitales. Se Constató que el referido impuesto surgió en la I Guerra Mundial, como una evolución del «Impuesto sobre Ventas y Consignaciones» de 1922. En 1936 se convirtió en el «Impuesto sobre Ventas y Consignaciones», conocido como IVC. En 1965, el tributo fue reformulado, haciéndose no acumulativo y pasando a llamarse «Impuesto sobre Circulación de Mercaderías», conocido por la sigla ICM, y supuso una transferencia de renta entre los Estados productores y los consumidores. Con el advenimiento de la Constitución Federal de 1988 se modificó profundamente el ICM, que se convirtió en el ICMS, cuya característica fundamental era la incorporación de los servicios de transporte y comunicación, como también la incidencia sobre la energía eléctrica, los combustibles, lubricantes y minerales, los cuales tributaban hasta ese momento en el ámbito de la Unión. El tributo objeto de la investigación encabeza de forma continuada en estos momentos la recaudación tributaria en el Brasil. Luego se estudió más pormenorizadamente el principio que impide que el IMCS se acumulativo. Dicho principio tiene como propósito ser un instrumento de reordenación política y económica. Todavía en referencia a este principio, quedó patente la posibilidad de interferencia de la Unión en la uniformización de las legislaciones tributarias estatales justificada por la creciente guerra fiscal, la cual perjudica a la política de desarrollo del país.

Todavía en el segundo capítulo, se concluye que la mayoría de las reformas, encaminadas a buscar una salida para los problemas más graves del sistema tributario nacional, siempre son rechazadas por las clases dominantes. Se constató la necesidad de fortalecer el pacto federativo y el desarrollo regional. Finalmente, se discutieron los aspectos jurídicos asociados a la implementación de la documentación fiscal digital, como la factura electrónica, la contabilidad digital y la contabilidad fiscal digital. Esos medios digitales tienen como principal finalidad disminuir el fraude fiscal; y, secundariamente, promover una mayor integración administrativa, normalización y mejoría de la calidad de las informaciones; racionalización de los costos de la carga de trabajo operacional en el atendimento; mayor eficacia en la inspección; aumento de la posibilidad de realización de acciones fiscales coordinadas e integradas; permisividad de intercambio de informaciones fiscales entre las diversas esferas de gobierno; y cruce de informaciones a grande escala con datos normalizados y uniformización de procedimientos. Finalmente, se retoma la discusión acerca de la guerra fiscal, concluyéndose que esta supone un conflicto en el Brasil, donde el Estado miembro que gana impone una pérdida a los demás,

de modo que fragiliza la relación de cooperación entre las unidades de gobierno, en las que quien más pierde es la nación.

El tercer capítulo, titulado Introducción a la inspección electrónica en la recaudación del ICMS, aborda la inspección electrónica y los reflejos del control fiscal en el ámbito del ICMS. Se verifica la importancia de la inspección electrónica en el ámbito nacional por medio del Sistema Público de Contabilidad Digital (SPED). Se constató que las recientes alteraciones legislativas con las que se intentaba uniformar las alícuotas conllevaron una fragmentación del federalismo y concentraron demasiado en el poder en la Unión. El actual sistema de alícuotas debilita las relaciones entre estados productores y consumidores, creando un desequilibrio recaudatorio. Tal desequilibrio puede ser corregido con el sistema «diferencial de alícuotas», el cual permitirá que los ingresos queden concentrados en los Estados consumidores, propiciando el desarrollo y una mejor distribución de la renta y la riqueza del país.

En el cuarto capítulo se analiza la legitimación del uso de la factura electrónica. Se comprobó que esa herramienta tiene un impacto en las actividades de vigilancia e inspección del ICMS. Se abordó la validez jurídica del documento electrónico como medio de prueba en el proceso administrativo fiscal. La finalidad de la sustitución de la factura de papel por la electrónica era permitir el control y la fiscalización de las informaciones en tiempo real. Posteriormente, fueron comparados el IVA de la UE y el ICMS brasileño. Se constató que el IVA solo tributa en destino, mientras que el ICMS lo hace en origen y destino. El hecho de que el IVA tribute solo en destino permite un mayor control fiscal por medio del cruce de los datos de los clientes. Por otro lado, el ICMS ha sido objeto de numerosas discusiones que tienen como fondo una reforma tributaria que reformule la naturaleza del impuesto y lo adecue al nuevo orden económico mundial. Finalmente, se observa el panorama internacional en relación con la factura electrónica, con énfasis en España y Chile. Se concluye que de verdad sí fue importante la implantación del sistema fiscal digital, una vez que este permitió una mayor transparencia y dificultó la práctica de actos ilícitos en las operaciones de las empresas y del propio gobierno.

En el quinto capítulo se analiza de la funcionalidad de los principios de origen y destino. Se averiguó que la tributación a través del principio de origen retira del local de consumo el monto que sería inherente al consumo. En ese momento se utilizó como ejemplo una vez más el IVA europeo. Se vio que el Brasil adopta el principio de origen mixto, que evita la «deslocalización» de ingresos fiscales. Este último principio implica que parte de la recaudación proveniente de las ventas interestatales se comparte entre los estados de origen y destino, por medio del mecanismo de reparto de alícuotas. Mencionado principio todavía se ve como un incentivo de la guerra fiscal entre los Estados-miembros. Hay que resaltar, además, que los países tienen total libertad para

escoger un principio, siempre y cuando estén en consonancia con su ordenamiento jurídico. De esa intensa discusión, puede destacarse que una de las contribuciones de esta investigación es que el principio más conveniente para el Brasil es el de destino. Se detectó que el actual modelo de ICMS está desfasado y ha creado grandes trastornos al Brasil, como la distorsiones económicas, las evasión fiscal, la guerra fiscal y la redistribución involuntaria de los ingresos fiscales entre los entes federados en beneficio de los Estados productores. En un segundo momento, se observó la inmediata necesidad de una reforma tributaria que haga posible el desarrollo equilibrado de todas las regiones del país.

Y en el sexto y último capítulo nos alejamos de la técnica y pasamos a estimular al discusión académica a través de debates que abarcaran toda la investigación. Los puntos discutidos fueron el ICMS, Gobierno Electrónico, Reforma Tributaria, Desequilibrio Fiscal, Concentración de la Renta, Guerra Fiscal, Control Fiscal, Factura electrónica. Esas discusiones, a pesar de que se distancian de la doctrina, influyen en la realidad social, permitiendo que se capte el cotidiano fiscal brasileño, con todos sus problemas y los desafíos a los que hay que enfrentarse, Fue el momento de aterrizar en el día a día, en la vida fiscal del país.

La presente investigación se apoyó en los textos de autores como Aliomar Baleeiro, Geraldo Ataliba, Hugo de Brito Machado, Ives Gandra Martins, José Afonso da Silva, José Cretella Júnior, Miguel Reale, Paulo Bonavides, Roque Antônio Carraza, entre otros.

Creemos que alcanzamos nuestro objetivo en esta pesquisa al responder si no a todas, sí al menos a las preguntas relativas al control fiscal que propicia el Sistema Automatizado Fiscal y por los debates que se centraron en el IVA y el ICMS.

Como ya se ha dicho, en esta investigación académica, se hicieron una serie de cuestionamientos novedosos sobre el tema, mostrando nuevas interpretaciones que contribuyen al desarrollo de la ciencia, la universidad y la sociedad.

La investigación está bien cimentada en los aspectos doctrinario y jurídico, por más respetable que sea la ciencia tenemos que dar prioridad a los problemas reales, y eso causa un conflicto en nuestra frágil realidad económica y social. La reestructuración del armazón tributario brasileño es inevitable a pesar de los obstáculos por las clases dominantes. La sufrida clase humilde brasileña es la que paga más a las arcas tributarias, por cuanto es víctima de la regresividad de nuestro sistema regresivo. Intentar crear la imagen de que todo está bien y dentro de la normalidad es subestimar al ciudadano brasileño. Es necesario un nuevo pacto social entre el ciudadano, la sociedad y las instituciones que equilibre los medios de producción, el capital y la riqueza. Es nuestro

legado, en tanto que pensadores, creer y contribuir no para acabar completamente con las disparidades sociales, pero sí al menos para disminuirlas.

REFERENCIAS

ABREU, Jorge Ritter de. *A Tributação do Valor Adicionado no Mercosul, em Países Federados e na União Européia: mecanismos e ajustes de fronteira*. Brasília: IX Prêmio Tesouro Nacional, 2004.

AFFONSO, Rui de Brito Alvares. *O Federalismo e as Teorias Hegemônicas da Economia do Setor Público na Segunda Metade do Século XX: um balanço crítico*. Tese de Doutorado. Campinas: UNICAMP/ Instituto de Economia, 2003.

AFONSO, José Roberto R; FERNANDES, Andréa G. *e-Governo no Brasil: experiências e perspectivas*.

_____; REZENDE, Fernando e VARSANO, Ricardo. *Reforma Tributária no Plano Constitucional: Uma Proposta Para o Debate*. Brasília: IPEA, Textos para Discussão, nº 606, novembro de 1998.

AGUIRRE, Basília M. Baptista; MORAES, Marcos Ribeiro. *Questão Federativa no Brasil: um "Estado das Artes" da teoria*. San Pablo: Revista de Economia Política, vol.17, nº 1, 1997.

ALEXANDRE, Mário Alberto. *A Harmonização Fiscal dos Impostos Indiretos*. Curso de Integração Econômica e Direito Internacional Fiscal. Brasília: ESAF, 1998 (mimeo).

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 3. ed. San Pablo: Método, 2009.

ALVES, Maria Abadia da Silva. *Guerra Fiscal e Finanças Federativas no Brasil: o caso do setor automotivo*. Dissertação de Mestrado. Campinas: Universidade Estadual de Campinas/ Instituto de Economia, 2001.

AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. *Visão global da fiscalidade no Mercosul: tributação do consumo e da renda*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). *O direito tributário no MERCOSUL*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Imposto Sobre o Valor Agregado – IVA: Brasil -Mercosul - União Européia*. San Pablo: Academia Brasileira de Direito Tributário/Rumo, 1995.

AMARO, Luciano da Silva. *X Congresso Brasileiro de Direito Tributário, Mesa de Debates E*. In *Revista de Direito Tributário*, nº 69, San Pablo: Malheiros, 1996.

ARAUJO, Erica A. *A Tributação do Consumo Pela Sistemática do Valor Adicionado em Contextos Federativos: problemas e possíveis alternativas para lidar com a questão*. Dissertação de Mestrado. Campinas: UNICAMP/ Instituto de Economia, 1999.

_____. *Tributação do Consumo em Federações: soluções alternativas – o IVA Dual*. Rio de Janeiro: BNDES, Secretaria Para Assuntos Fiscais, Boletim Informe-SFnº 9, março de 2000.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 10 ed. San Pablo: Saraiva, 2006.

ARZUA, Heron; BARATTO, Gedalva. *O ICMS na Reforma Tributária - as operações interestaduais*. Revista de Direito Tributário, nº 87. San Pablo: Malheiros, abril de 2003.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 5ª ed., San Pablo: Malheiros, 1993.

AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. Rio de Janeiro: Globo, 1984.

AZEVEDO e M. S. SAES (orgs.): Competitividade: mercado, estado e organizações. San Pablo: Singular, 1997.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. *A Nova Economia Institucional*. In: E. FARINA, P.F. BALASSA, Bela. Teoria da Integração Econômica. 3ª edição. Lisboa: LCE, 1961.

BALEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 2010. 11ª ed., p. 366-434; 478-489;

Baratto, G., Lobato, J. R. S., Silberschneider, E., Oliveira W. e Baptista, N. S.(2006). Harmonização Tributária. *Cadernos Fórum Fiscal* 3. Disponível em:

<http://www.esat.fazenda.pr.gov.br/arquivos/File/Forum_Fiscal_dos_Estados/FFEB_Caderno_n_3.pdf>. Acesso em: 13 Ago. 2010.

BARATTO, Gedalva. *'Guerra Fiscal' Entre os Estados para Atração de Investimentos Produtivos*. Trabalho do Curso Intensivo de Pós-Graduação em Administração Pública. Curitiba: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

_____; CORDOVA, Homero de Arruda. *Avaliação Preliminar dos Subsídios do Governo Federal Para a Reforma Tributária*. Curitiba: Secretaria de Estado da Fazenda do Paraná, CAEC, Nota Técnica nº 1/98, dezembro de 1998.

BARREIRINHAS, Robinson Sakiyama. Manual de direito tributário. San Pablo: Método, 2006.

BARRETO, Aires Fernandino. *ICMS – Transferência Entre Estabelecimentos do Mesmo Contribuinte*. San Pablo: Cadernos de Direito Tributário nº 68, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Volume 7. San Pablo: Saraiva, 1990.

BINS, Luiz Antônio. *A Tributação de Consumo no Brasil*. Monografia do Curso de Especialização em Integração Econômica e Direito Internacional Fiscal. Brasília: ESAF, 1999.

Bird, R. M. (1999). Rethinking subnational taxes: a new look at tax assignment, *International Monetary Fund Working Paper*.

Bird, R. M. e Gendron, P. P. (2001). VATS in federal states: International experience and emerging possibilities, *International Studies Program Working Paper Series*, Georgia State University.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7 ed. San Pablo: Malheiros, 1998

BORDIN, Luís Carlos Vitali & LAGEMANN, Eugênio. *Tributação no Mercosul*. Unafisco Sindical, Tributação em Revista. Brasília: ano 5, nº 20, 1997.

_____. *A Reforma Tributária, O ICMS e o Pacto Federativo*. Governo do Estado do Rio Grande do Sul, Secretaria da Fazenda, Caderno de Estudos Econômico- Fiscal. Porto Alegre, nº IV, sem data.

BORGES, José Souto Maior. Lançamento tributário. 2. ed. San Pablo: Malheiros, 1999.

BRASIL. *II Plano Nacional de Desenvolvimento – 1975-79*. Brasília: setembro de 1974.

_____. *Projeto de Emenda Constitucional*. Brasília: Ministério da Fazenda, novembro de 1999.

_____. *Reforma Tributária – Nova proposta do Ministério da Fazenda*. Brasília: Ministério da Fazenda, 01 de dezembro de 1998. Disponível em:

<<http://www.fazenda.gov.br/portugues/reforma/emenda.html>>. Acesso em 7 de abril de 2014.

_____. *Reforma Tributária ou Reforma Fiscal?*. Apresentação na Comissão Especial – Proposta de Emenda à Constituição nº 175-A, 1995. Brasília: Ministério da Fazenda.

_____. *Constituição Federal De 1988*. Senado Federal, Secretaria Geral da Mesa in Normas Jurídicas em Texto Integral. Brasília: 1988.

BROSSARD, Paulo. *ICM – Desigualdade Antinacional*. Brasília: Senado Federal, 1980.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Proposta de Emenda à Constituição nº 175 de 1995*. Substitutos do Relator, Deputado Mussa Demes. Brasília: abril de 1999, outubro de 1999 e março de 2000.

_____. *Proposta de Emenda à Constituição nº 175 de 1995*. Emenda Substitutiva Global do Deputado Antonio Kandir e outros. Brasília: abril de 1999.

CANO, Hugo González. *A Harmonização Tributária nos Processos de Integração Econômica*. Brasília: ESAF, Coleção Gerson Augusto da Silva, n.º 18, 1986.

_____. *A Situação Atual da Tributação nos Países Membros do Mercosul*. In: REZENDE, Fernando; OLIVEIRA, Fabrício Augusto (Org.). *Federalismo e Integração Econômica Regional – Desafios Para o Mercosul*. Rio de Janeiro: Konrad Adenaur Stiftung, 2004.

CANTO, Gilberto de Ulhôa; COUTINHO, Fábio de Sousa. Princípio da legalidade: Cadernos de Pesquisas Tributárias, San Pablo: CEU/Resenha Tributária, 1991, p. 289;

_____; COUTINHO, Fábio de Sousa. Princípio da legalidade: Cadernos de Pesquisas Tributárias, San Pablo: CEU/Resenha Tributária, 1991, p. 289;

CAPPELLETTI, Mauro Apud DANTAS, Ivo. Direito Comparado como Ciência. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a.34 n. 134,; abril/jun 2007, p. 234.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 6ª ed., San Pablo: Malheiros, 1993.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 22. ed. San Pablo: Malheiros, 2006.

CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 12ª ed. San Pablo: Malheiros, 2007. CARRAZZA, R. A. (2003). *ICMS*. 9ª ed., San Pablo: Editora Malheiros.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 19. ed. San Pablo: Saraiva, 2007.

_____. ICMS – INCENTIVOS – CONFLITOS ENTRE OS ESTADOS – INTERPRETAÇÃO. In Revista de Direito Tributário. Vol. 64, San Pablo: Malheiros, 1995. p. 47.

CARVALHO, R. E. de, (2005). *Tributação sobre o consumo de Bens e Serviços no Brasil: Evolução e Perspectivas*. Brasília: ESAF - Escola Superior de Administração Fazendária.

CASSONE, Vittório. Direito Tributário, San Pablo: Atlas, 2007, 18ª ed., p. 143-350; CASTELLS, Manuel. Sociedade em Rede. San Pablo: Editora Paz e Terra, 1999.

CAVALCANTI, Carlos Eduardo G. e PRADO, Sérgio. *A Guerra Fiscal no Brasil*. San Pablo: Fundap : Fadesp; Brasília: IPEA, 2000.

CHAHIN, Ali; CUNHA, Maria Alexandra, et al. E-gov.br: A próxima revolução brasileira. San Pablo: Prentice Hall, 2004.

COELHO, Carlos Nayro de Azevedo. *Uma Análise Econômica do Imposto Sobre o Valor Adicionado no Brasil*. Coleção Análise e Pesquisa. Brasília: Comissão de Financiamento da Produção, nº 22, 1980.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. Manual de Direito Administrativo. San Pablo: Saraiva, 2004.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário, Rio de Janeiro/RJ: Forense, 1999, 6ª ed.

COMISSÃO TÉCNICA PERMANENTE DO ICMS - COTEPE/ICMS. *Emenda Constitucional Kandir de Abril de 1999 - Comentários*. Brasília: GT-47 - Reforma Tributária, 12 a 14 de maio de 1999.

COMUNIDADES EUROPÉIAS. *Livro Branco da Comissão para o Conselho Europeu: a realização do mercado interno*. COM (85) 310 final. Bruxelas: setembro de 1996.

COPEEDGE, Michael. Instituciones y gobernabilidad democrática en América Latina. Madrid: Síntesis, 1995.

COSTA, Alcides Jorge. ICM na Constituição e na lei complementar, San Pablo: Resenha Tributária, 1978, p. 6-150;

COSTA, Gustavo Cavalcanti. *Os Principais Aspectos Federativos da Reforma Tributária*. Seminário Sobre a Reforma Tributária. Recife: Câmara Americana de Comércio - AMCHAMPE, março de 2003.

COSTA, Ramon Valdes. *Impuesto a la Circulacion de Bienes y Servicios*. Manuales Impositivos nº 02. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitária, 1972.

COSTA, Regina Helena. Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional, San Pablo: Saraiva, 2009, 1ª ed.

COURCHENE, Thomas J.. *Federalismo e a Nova Ordem Econômica: uma perspectiva dos cidadãos e dos processos*. In: REZENDE, Fernando; OLIVEIRA, Fabrício Augusto (orgs.). *Federalismo e Integração Econômica Regional – Desafios Para o Mercosul*. Rio de Janeiro: Konrad Adenaur Stiftung, 2004.

DELFIN NETTO, Antonio. Curso de direito tributário brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Fundamentos da Tributação Ampla das Importações pelo ICMS e pelo IPI*. In Revista de Direito Tributário, nº 69. San Pablo: Malheiros, 1996.

_____; COELHO, Sacha Calmon Navarro. A compensação de créditos no ICMS e o princípio da não-cumulatividade: o caso da energia elétrica. In: ROCHA, Valdir deOliveira (Coord.). *ICMS problemas jurídicos*, San Pablo: Dialética, 1996, p. 154;

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Manual de Direito Tributário. San Pablo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 10 ed. San Pablo: Atlas, 1998.

ENDE, Eneida Orenstein. *As Propostas de Alteração do Sistema Tributário Constitucional Defendidas Por Pernambuco*. In Reforma Tributária: estudos e propostas. Estudos e Pesquisas nº 13. Recife: Secretaria de Fazenda de Pernambuco, Instituto de Administração Fazendária, nov. de 1994.

FERNANDES, Andréa Campos Gomes. Algumas questões para o futuro. In: e-gov.bra próxima revolução brasileira. San Pablo: Prentice Hall, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988: ICMS – não-cumulatividade e suas exceções constitucionais*. San Pablo:Atlas, 1990.

FERREIRA, Sergio Guimarães. *Federalismo Fiscal - Resenha: Richard Bird, Repensando Tributação Subnacional*. Rio de Janeiro: BNDES, Secretaria Para Assuntos Fiscais – SF nº 12, março de 2000.

FERRER, Florência; SANTOS, Paula (organizadores). *E-government: O governo eletrônico no Brasil*. San Pablo: Saraiva, 2004.

FIANI, Ronaldo. *Teoria dos Custos de Transação*. In KUPFER, D. & HASENCLEVER, L. (orgs.), *Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

FIORI, José Luís. *Os moedeiros falsos*. 2ª ed.. Petrópolis: ed. Vozes, 1997.

FISCHER, Octávio Campos. *Aula do Curso de Especialização em Direito Tributário Contemporâneo*. Curitiba: Faculdades Curitiba, 2000.

FROSSARD, Denise. *Voto Divergente à Admissibilidade da Emenda Constitucional 41/2003*. Comissão de Constituição, Justiça e Redação. Brasília: Câmara dos Deputados, 28 de maio de 2003.

GASPARI, Elio. Diniz. *Quebrou a lei siciliana*. Jornal O Povo. Fortaleza (Brasil): Caderno Política, 2003.

GASSEN, Valcir. *A Tributação do Consumo: O Princípio de Origem e de Destino em Processos de Integração Econômica*. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

GIAMBIAGI, Fábio e ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças Públicas: teoria e prática no Brasil*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: ed. Campus, 2000.

GIL, Antônio C. *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. San Pablo: Atlas, 2007.

GRIECO, Francisco de Assis. *O Brasil e a Globalização Econômica*. San Pablo: Aduaneiras, 1997.

GRILLO, Fabio Artigas. *Avaliação e Perspectivas da Harmonização Tributária sobre o Consumo e a Renda no Âmbito do Mercosul*. Brasília: IX Prêmio Tesouro Nacional, 2004.

GUIMARÃES, Vasco Branco. *O Sistema Tributário Como Fator de Integração Econômica*. Palestra do Projeto ESAF/União Européia de Apoio à Modernização do Sistema Fiscal Brasileiro. Curitiba: agosto de 2004.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*, San Pablo: Atlas, 2006, 15ª ed. p. 426-440;

JAEGER, Eduardo. *A Tributação Sobre o Consumo no MERCOSUL: um obstáculo à integração?* Monografia do Curso de Especialização em Integração Econômica e Direito Internacional Fiscal. Brasília: ESAF, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Princípios Constitucionais Tributários*. Caderno de Pesquisas Tributárias. San Pablo: Ed. Resenha Tributária, Centro de Extensão Universitária, nº 18, 1993.

LACOMBE, Américo. *Obrigação Tributária*. Ed. Obra jurídica, 2ª ed., 1986.

LAVALLE, Carlos Roberto da Silva. *Harmonização Tributária no Mercosul*. in MERCOSUL - Perspectivas da Integração. San Pablo: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

LIMA, Marcell Feitosa Correia. O ICMS na proposta de reforma tributária frente os problemas do federalismo fiscal brasileiro - empecilhos de uma harmonização tributária. Disponível em: <<http://www.idtl.com.br/artigos/247.pdf>>.

LIMA, Edilberto Carlos Pontes. Transferências orçamentárias da União para estados e municípios: determinantes e beneficiários. In: RESENDE, Fernando; OLIVEIRA, Fabrício Augusto de (Org.). *Descentralização e federalismo fiscal no Brasil: Desafios da reforma tributária*. Rio de Janeiro: FGV e Konrad Adenauer, 2003. p.127-148.

LIMA, Emanuel Vidal. *Imposto sobre o Valor Agregado*. Porto: Ed. Porto Editora Ltda, 1988.

LONGO, Carlos A.. *Controvérsias Sobre o ICM no Comércio Interestadual: uma resenha*. Rio de Janeiro: Pesquisa e Planejamento Econômico, 11(1), abril de 1981.

MACEDO, Mariano de Matos. *Políticas Estaduais de Desenvolvimento Industrial no Brasil: uma análise comparativa*. Sistema FIEMG, Instituto Euvaldo Lodi. Curitiba: março de 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário* 20 ed. San Pablo: Malheiros, 2002.

MAGALHÃES, João Paulo de Almeida. *Integrações Econômicas e Desenvolvimento*. Boletim de Integração Latino Americana, n. 13, 1994.

MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, San Pablo: Saraiva, 1990, 6º vol., tomo I.

_____. *Temas Atuais de Direito Tributário*, San Pablo: Elevação Jurídica, 2001.,

MCLURE, Charles. *Revenue Sharing: alternative to rational fiscal federalism?* Public Policy. Vol. XIX, n. 3, 1971.

MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de Direito Tributário*. San Pablo: Dialética, 1997.

_____. *ICMS: Teoria e Prática*, San Pablo: Dialética, 1998., 2ª ed., p. 154;

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA. *Sociedade da Informação no Brasil - Livro Verde*, Brasília. 2000.

MORAES, Marcos Ribeiro de. *As Relações Intergovernamentais na República Federal da Alemanha – uma análise econômico-institucional*. San Pablo: Fundação Konrad Adenauer, Série Pesquisas nº 22, 2001.

NEGROPONTE, Nicholas. *A vida digital*. San Pablo: Companhia das Letras, 2006.

OLIVEIRA, Edson Luciani de. *O Imposto Sobre as Prestações de Serviço de Comunicação e a Internet*. 1ª ed.. Curitiba: Juruá, 2003.

OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. *Reinventando o Governo*. Goiânia: Editora MH Comunicação, 1995.

PALMA, Clotilde Celorico. *IVA – A Problemática da Localização das Prestações de Serviços e a Tributação das Telecomunicações e do Comércio Eletrônico*. Palestras do Projeto ESAF/União Européia de Apoio à Modernização do Sistema Fiscal Brasileiro. Curitiba: junho de 2005.

_____. *O IVA e o Mercado Interno – reflexões sobre o regime transitório*. Dissertação de Mestrado. Lisboa: Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal nº 178, 1998.

PANZARINI, Clóvis. *O Princípio de Destino Aplicado ao IVA*. San Pablo: Secretaria de Fazenda do Estado, 1993, (mimeo).

_____. *Programa televisivo 'Passando a Limpo'*, de Boris Casoi. San Pablo: TV Bandeirantes, 20 de setembro de 2003.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*, Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado/ESMAFE, 2011., 13ª ed., p. 330-371;

PEDROSA, Ivo V. *ICMS: Repercussões Econômicas da Tributação Interestadual e Alternativas de Mudança*. Revista Econômica do Nordeste. Fortaleza: BNB/ETENE, v. 29, nº 3., jul-set de 1998.

_____; CARVALHO, Maria R. de; OLIVEIRA, Maria de Fátima C. de. *Renúncia Fiscal do Estado de Pernambuco: estimativa referente ao ICMS de 1996*. Revista Brasileira de Administração Pública. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 34, nº 1, 2000.

PIANCASTELLI, Marcelo e PEROBELLI, Fernando. *ICMS: Evolução Recente e Guerra Fiscal*. Texto para Discussão. Brasília: IPEA, nº 402, 1996.

PISCITELLI, Roberto Bocaccio; ELLERY JR., Roberto; COSTA, Tânia. *Reformatributária: a costura de um grande acordo nacional*. San Pablo: Atlas, 2009.

PITA, Claudino. *Uma abordagem conceitual da harmonização tributária no Mercosul*. In BRANDÃO, Antônio Salazar P.; PEREIRA, Lia Valls [orgs.]. *MERCOSUL: perspectivas da integração*. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1996.

POMMORSKY, Eduardo Fuser. *A não-cumulatividade na nova reforma tributária*. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI56764,81042-A+naocumulatividade+na+nova+Reforma+Tributaria+PEC+n+233+](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI56764,81042-A+naocumulatividade+na+nova+Reforma+Tributaria+PEC+n+233+>)>. Acesso em: 11 nov. 2009.

PRADO, Sérgio. *Distribuição Intergovernamental de Recursos na Federação Brasileira*. In: REZENDE, Fernando; OLIVEIRA, Fabrício Augusto (orgs.). *Descentralização e Federalismo Fiscal no Brasil da Reforma Tributária*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenaur Stiftung, 2003.

PRINCHAK, Rogério de Faria. *Transferências Constitucionais de Efeito Redistributivo e Indicadores Sociais dos Municípios Baianos no Período 1998/2000: uma casualidade complexa*. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia, Núcleo de Pós-Graduação em Administração, 2004.

QUADROS, W. L. *O ICMS e a Tributação do Valor Adicionado: uma análise da sistemática de tributação do consumo no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Campinas: UNICAMP/ Instituto de Economia, maio de 1994.

QUEIROZ, Luís César Souza. *Curso de Especialização em Direito Tributário*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RANGEL, Paulo Euclides; NETTO, João da Silva Medeiros. *Reforma Tributária: breve notícia sobre oito anos de trabalhos no âmbito da câmara dos deputados*. Consultoria Legislativa. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003.

RATTO, Gedalva. *Reforma Tributária Sugerida Pelo GT/47 da COTEPE/ICMS: avaliação do Estado do Paraná*. Curitiba: Secretaria de Estado da Fazenda do Paraná, CAEC, julho de 1999.

RAUSER, Heinrich, *Steuerlehre*, Winklers Verlag. 1983, p. 32;

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 24. ed. San Pablo: Saraiva, 1998.

REZENDE, Fernando e AFONSO, José Roberto. *A Federação Brasileira: desafios e perspectivas*. In: REZENDE, Fernando; OLIVEIRA, Fabrício Augusto (orgs.). *Federalismo e Integração Econômica Regional – Desafios Para o Mercosul*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenaur Stiftung, 2004.

_____. e OLIVEIRA, Fabrício Augusto (org.). *Descentralização e Federalismo Fiscal no Brasil da Reforma Tributária*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenaur Stiftung, 2003.

_____. *A Moderna Tributação do Consumo*. Textos para Discussão. Brasília: IPEA, n.º 303, 1993.

_____. *Finanças Públicas*. San Pablo: Ed. Atlas, 1983.

ROCCA, Carlos Antonio. *Imposto de Circulação de Mercadorias e o Desenvolvimento Nacional*. *Revista de Finanças Públicas* n.º 308, mar/abr de 1972.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 172.

DA ROSA JR., Luiz Emygdio Franco. *Manual de direito financeiro & direito tributário* 15 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário: ideal para concursos públicos, San Pablo:Saraiva, 2009., 1ª ed., p. 613-614; 939-964;

SALGADO, Lucia Helena. *A Economia Política da Ação Antitruste*. San Pablo: Singular,1997.

SAMPAIO, Cid. Diário de Pernambuco. Recife: 13 de dezembro de 1973.

SANDE, Luiz. *O Nordeste e Alíquota Interestadual do ICM*. Revista de Finanças Públicas nº 308, mar/abr de 1972.

SANTOS, Antonio Carlos. *Integração Européia e Abolição das Fronteiras Fiscais: do princípio de destino ao princípio de origem?* Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal. Lisboa: Ministério das Finanças, Centro de Estudos Fiscais, Direção Geral dos Impostos, nº 372, 1999.

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL – SRF. Projeto Conceitual da Nota Fiscal Eletrônica. Encontro Nacional de Coordenadores e Administradores Tributários Estaduais – ENCAT. San Pablo. 2005.

SELLTIZ, WRIGHTSMAN e COOK. Métodos de Pesquisa nas Relações Sociais. San Pablo: Editora E.P.U, 2005.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como Liberdade. San Pablo: Companhia das Letras, 2000.

SERRAGLIO, Osmar. *Relatório de Apreciação Prévia de Admissibilidade da Proposta de Emenda Constitucional nº 41, de 2003*. Comissão de Constituição e Justiça e de Redação. Brasília: Câmara dos Deputados, maio de 2003.

SILVA, Gerson Augusto. *Estudos de Integração e de Harmonização Tributária*. In Coleção Gerson Augusto da Silva. Brasília: ESAF, 2004.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24 ed. San Pablo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Rubens Gomes de. *Um Caso de Ficção Legal no Direito Tributário: a pauta de valores como base de cálculo do ICM*. Revista de Direito Público 11:16, 1970.

SRIVASTAVA, D. K.. *Primeiro Seminário Internacional: repartição intergovernamental de receitas em países de sistema federativo*. Brasília: Fórum Fiscal dos Estados Brasileiros, 30 de março de 2005.

STEPAN, Alfred. *Para uma Nova Análise Comparativa do Federalismo e da Democracia*. federações que restringem ou ampliam o poder do demos. Dados, Rio de Janeiro, v.42, nº 2, 1999. Disponível na Internet. <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581999000200001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 19 mar. 2015.

TAIT, A.A.. *Value-Added Tax: Administrative and Policy Issues*. Occasional Paper, nº88, Washington: IMF, October, 1991.

THÉRET, Bruno. *O Federalismo Como Princípio de Regulação do Federalismo*. In Contexto Internacional. Rio de Janeiro: vol. 20, nº 1, janeiro/julho 1998.

TORRES, Heleno Taveira. *A Compensação Financeira Devida na Exploração de Petróleo e Recursos Minerais e na Geração de Energia Elétrica*. Revista de Direito Tributário nº 74. Malheiros Editores, sem data.

_____. *Direito Tributário no MERCOSUL*. Palestra do Curso de Especialização em Direito Tributário Contemporâneo. Curitiba: Faculdade de Direito Curitiba, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. *IVA, ICMS e IPI*. RABDT nº 1. Revista Dialética de Direito Tributário. San Pablo: Dialética, 1995.

VARSAÑO, Ricardo. *A Guerra Fiscal do ICMS: quem ganha e quem perde*. Textos para Discussão. Brasília: IPEA, nº 500, 1997.

_____. *A Tributação do Comércio Interestadual: ICMS atual versus ICMS partilhado*. Textos para Discussão. Brasília: IPEA, nº 382, setembro de 1995.

_____. *Os Ajustamentos da Fronteira do ICM, o Comércio Interestadual e Internacional e a Autonomia Fiscal dos Estados*. Pesquisa e Planejamento Econômico, vol. 9, nº 2, agosto de 1979.

VIERA, José Roberto. *Princípios Constitucionais e Estado de Direito*. San Pablo: RT, nº 54, 1990.

VIOL, Andréa Lemgruber. *A Competição Tributária em Economias Federativas: aspectos teóricos, constatações empíricas e uma análise do caso brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Brasília: Universidade de Brasília, Departamento de Economia, março de 1999.

WILBERG, Eunice. *Alíquota Interestadual do ICM*. Revista Paranaense de Desenvolvimento. Curitiba: BADEP, nº 33, nov/dez de 1972.

XAVIER DE BASTO, José Guilherme. *A Tributação do Consumo e a sua Coordenação Internacional*. Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, DGCI, nº 361 e 362, 1991.