

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 999

(Ano XIII)

(30/01/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

Conselho Editorial

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

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

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

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

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social 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

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Supremo Trans Fluideral
Eduardo Luiz Santos Cabette, 05.

ARTIGOS

Termo de ajustamento de conduta e os impactos da Lei 13.429/17.

Laís Cenci Chiaperini, 14.

As Vantagens e os trâmites das isenções de impostos para PCD.

Alexandro Marcos de Abreu, 25.

Atividade laboral desregulada: relações trabalhistas e liberdade de sindicalização na empresa Uber

Gustavo Henrique Soares Rodrigues, 36.

Controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União sobre os acordos substitutivos celebrados por agências reguladoras federais: relevância de critérios objetivos na definição do papel do controlador

Gabriela Duque Poggi de Carvalho, 46.

Análise das aceções da culpabilidade no direito penal brasileiro

Jéssica Cavalcanti Barros Ribeiro e Guilherme Sabino Nascimento Sidrônio De Santana, 70.

Das ilegalidades da Portaria Normativa nº 4/2018 – da inobservância dos preceitos da Lei 12.990/2014 e da ADC nº 41/DF

Rafael Bemfeito Moreira, 86.

Comentários sobre a nova Súmula n. 642 do STJ e a mercantilização do instituto dos danos morais.

Heitor José Fidelis Almeida de Souza, 99.

Reconhecimento de paternidade post mortem

Nubia Oliveira, 105.

Prisão civil do devedor de alimentos durante a pandemia da Covid-19

Larissa de Paula Xavier de Figueiredo, 127.

O prazo em dobro como instrumento de acesso à Justiça e a necessidade de seu reconhecimento aos entes privados dispostos no art. 186, §3º, do CPC
Caio Debizzi, 135.

O microssistema brasileiro de insolvência sob a perspectiva crítico-estruturalista

Marco Aurélio Ferreira Coelho, 146.

Direito fundamental à saúde: da proteção normativa à efetiva concretização
Mateus Oliveira Teixeira, 162.

A constitucionalização do direito privado

Camilla de Sousa Brandão Fleury Curado, 171.

Quinze anos de vigência da Lei Maria da Penha

Renato Rafael de Brito Fell, 211.

O crime de homofobia em tempos de pandemia do novo coronavírus

Waldimir de Ribamar Fernandes Nunes, 229.

A Intervenção do Estado na Economia do Brasil 2019-2020

Geciane Aparecida Alves Costa, 250.

Poder de polícia em tempos de COVID-19

Patricia Prieto Moreira, 264.

Tributação de empresas rurais

Luiz Carlos Corrêa Pereira Júnior, 286.

As vacinas são tributadas?

Mirela Reis Caldas, 351.

Tortura racial é crime imprescritível

Eduardo Luiz Santos Cabette e Francisco Sannini, 357.

Direitos Fundamentais e Processo penal constitucional: Efetividade da submissão do devido processo legal aos direitos fundamentais.

Robson Filipe Novais Paiva, 363.

Patrimônio e estrutura ferroviária no tempo e no espaço: análise, perspectivas e projeções do trecho metropolitano São Gabriel/Jardim Colonial, Grande Belo Horizonte - MG

Vagner Luciano de Andrade, 378.

A confidencialidade nas mediações por videoconferência

Annanda Regina Carvalho Brito e Jordana Luisa do Nascimento Lemos, 401.

MONOGRAFIA

Contrato de metas: instrumento de melhoria do desempenho e da motivação dos empregados do Unibanco?

Daniela Peixoto Nogueira, 427.

SUPREMO TRANS FLUIDERAL

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia aposentado, Mestre em Direito Social, Pós – graduado em Direito Penal e Criminologia, Parecerista e Consultor Jurídico, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia, Medicina Legal e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós – graduação do Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.

Em uma fase histórica em que ideologias impõem o subjetivismo em detrimento da realidade objetiva e a vontade como caminho para “as verdades” ou “pós – verdades” (sic), não é de espantar que se encontre o clima necessário e adequado para as mais variadas e incríveis distorções também na área jurídica.

Como bem descreve Costa:

O mundo enlouqueceu no século XX, especialmente em seus últimos 40 ou 50 anos. As ideologias e teorias científicas que passaram a dominar o discurso público nesse período têm como principal característica o afastamento da realidade. Seja pela discordância diante do que demonstram nossos sentidos, seja pela ausência total ou parcial dos valores que sempre definiram a nossa civilização. De qualquer forma, é quase impossível encontrar sanidade em um mundo governado por ideologias, pelo pragmatismo raso e pela religião do cientificismo. 1

Nesse quadro, nosso Supremo Tribunal Federal, que deveria ser o órgão cimeiro do *Poder Judiciário*, responsável em última instância pela defesa da Constituição e da legalidade, acaba se desviando quase diuturnamente desse caminho simples e claro que lhe é legitimamente traçado para se “transformar”, “desconstruir” e “reconstruir” a si mesmo e à realidade circundante ao seu bel prazer, sem qualquer freio.

Nas ciências sociais e humanas surgem as chamadas “Teorias Queer”. A palavra “queer” em inglês tem o significado de “estranho”, “esquisito” ou

1 COSTA, Alexandre. *Bem – Vindo ao Hospício*. Campinas: Vide Editorial, 2016, p. 17.

“inadequado”, de modo que seu uso inicial era pejorativo. Contudo, o movimento LGBTI+ se apropriou do termo redesignando seu significado para tudo aquilo que questiona ou desafia os padrões heteronormativos, conforme apontaria Michel Foucault para um chamado “discurso de reação” de grupos identitários com relação à opressão sofrida pela sociedade. 2

Observando o comportamento do nosso Supremo Tribunal Federal em várias situações, pode-se notar uma sutil aproximação com a ressignificação daquilo que seria “estranho”, “esquisito”, “inadequado”, transformando tudo isso em condutas legítimas.

Não obstante, ao reverso de grupos identitários que efetivamente podem alegar algum grau de preconceito ou opressão, precisa nosso Tribunal criar coisas como “atos antidemocráticos” (sic) para novamente ressignificar o mero exercício dos direitos de pensamento, manifestação pública e crítica aos órgãos compostos por agentes públicos, funcionários da população em geral, que mais não são os Ministros do STF. Não se trata de um “discurso de reação” nos moldes foucaultianos, mas de uma *ação* desproporcional de exercício de poder opressor que não admite ser contrastado e contra o qual inexistente reação legal possível.

Em uma indevida similaridade com as “Queer Theories” e suas transitoriedades e maleabilidades 3 o STF vem ocupando espaços de poder que não lhe são dados, bem como exercendo funções incompatíveis. Não se trata de mero “transformismo” ou “travestismo” jurídico, com simples roupagens e trejeitos, manifestações estranhas às suas funções e à sua natureza. Não. O fenômeno se aproxima, “mutatis mutandis”, de uma verdadeira “transição” que, para além do formal, das aparências, se instala no âmbito constitutivo.

Parece que o STF não se considera ou se impõe um limite de ser aquilo que a Constituição Federal projetou e impôs heteronomamente, mas se atribui a capacidade de guiar-se autonomamente, em uma espécie de construção sem fim. Agora é possível parafrasear Simone de Beauvoir e afirmar que o STF não nasce STF por força da Constituição Federal, mas se torna STF por si mesmo a cada momento.

2 Cf. LOURO, Guacira Lopes. *Um corpo estranho: Ensaios sobre sexualidade e teoria queer*. Belo Horizonte: Autêntica, 2007, “passim”.

3 HALL, Donald E. *Queer Theories*. New York: Palgrave Macmillan, 2003, “passim”.

4 Enfim, o STF não é bem um Tribunal, não é precisamente o cume do Poder Judiciário brasileiro. O STF é mais propriamente um “devir” prometeico.

Não há um limite normativo e nem mesmo realístico para aquilo que o STF é ou pode. Não mais se trata de um órgão do Poder Judiciário, ainda que máximo. O STF se convola em um “Transpoder” dotado de “Transfunções”, “Transatribuições” e “Transcompetências”. Certamente se pode afirmar que o STF, mais do que se aproxima, com os devidos ajustes, da condição “Transgênero”, vem se adequando a uma das mais novas terminologias “queer”, qual seja, a de “gênero fluido” (“gender fluid”) ou “abrossexualidade”, em que a orientação sexual flui de um gênero a outro continuamente, sem uma determinação. 5 Em suma:

Gender-fluid people are people whose gender changes over time. A gender-fluid person might identify as a woman one day and a man the next. They might also identify as agender, bigender, or another nonbinary identity. 6

Importante destacar que a menção de termos como “trans” ou “fluid” nada tem a ver com a moderna teoria do “Transconstitucionalismo”, enquanto descritiva do fenômeno da “globalização do direito constitucional doméstico” 7, consistente em “uma relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns”. 8 O que ocorre com o STF é algo diverso, ligado a uma espécie de patologia que se pode descrever como uma *disforia identitária de*

4 A referência é feita à famosa frase de Simone de Beauvoir ao afirmar que “ninguém nasce mulher, torna-se mulher”. Cf. BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo. A experiência Vivida*. Volume 2. Trad. Sérgio Milliet. 2ª. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967, p. 9.

5 O emprego pioneiro do termo “fluidez sexual” é atribuído a Lisa M. Diamond, quando aborda o tema mais especificamente a respeito da maior “plasticidade erótica” das mulheres. No entanto, tem sido utilizado tanto para homens como para mulheres no bojo dos “Queer Studies”. Cf. DIAMOND, Lisa M. *Sexual Fluidity: Understanding Women’s Love and Desire*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, “passim”. Vide Também: CROOKS, Robert L. , BAUR, Karla. *Our Sexuality*. 14a. ed. Connecticut: Cengage Learning. 2019, “passim”.

6 FERGUSON, Sian. What does it mean to be gender – fluid? Disponível em <https://www.healthline.com/health/gender-fluid#definition>, acesso em 28.12.2020. Tradução livre: “Pessoas com fluidez de gênero são aquelas cujo gênero muda com o tempo. Uma pessoa com fluidez de gênero pode se identificar como mulher em um dia e como homem no dia seguinte. Eles também podem ser identificados como agêneros, bigêneros ou outra identidade não binária”.

7 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 19.

8 Op. Cit., p. 21.

poder. A única ressalva é que no caso específico a *disforia* não está ligada a um incômodo, sentimentos de tristeza, depressão, melancolia ou pessimismo, como é comum ocorrer com esse tipo de disfunção. A *disforia identitária de poder* de que sofre o STF, tem como consequências secundárias um profundo narcisismo e uma incontida megalomania.

Até mesmo a nomenclatura do Tribunal em análise é ressignificada por seus componentes. O "Supremo" Tribunal Federal, de acordo com a etimologia da palavra "Supremo", estaria a indicar, com origem no latim "Supremus", aquele que seria o "mais alto" *Tribunal*, na qualidade de superlativo de "Superus", "mais acima" e de "Super", "acima".⁹ Note-se, o mais alto "*Tribunal*", não o mais alto Poder. Há uma ingente confusão do STF entre ser ele o "*Supremo Tribunal*" e a pretensão ou colocação em prática de fato de uma "*Supremacia*" sobre os Poderes constituídos. A "*supremacia*" pretendida e exercida a fórceps se constitui em uma *superioridade incontestável e incontestável, completa e hegemônica*.¹⁰ E isso, obviamente, implica em usurpação de poderes e tendência altamente totalitária. Implica, em última análise, na corrupção ou na perversão de um Poder que, em sua estrutura é legítimo, mas foi direcionado de forma irregular, imoral, ilícita e ilegítima. Vale dizer que se acaba partindo de um possível exercício legal de direito e poder para um desvio ou abuso do mesmo poder. É como se fosse possível olhar para o órgão de acordo com suas funções legítimas e ali enxergar o bem e a virtude. Mas, tendo em vista o desvio, a perversão e o abuso, o que sobra é apenas o mal e o vício contidos numa caricatura do que seria a verdadeira face de um órgão tão relevante como o Supremo Tribunal Federal.¹¹

9 ORIGEM da palavra. Disponível em <https://origemdapalavra.com.br/palavras/supremo/#:~:text= Ela%20vem%20do%20Latim%20SUPREMUS,de%20SUPER%2C%20%E2%80%9Cacima%E2%80%9D>, acesso em 28.12.2020.

10 Cf. DICIONÁRIO on line de Português. Disponível em [https://www.dicio.com.br/supremacia/#:~:text=Significado%20de%20Supremacia&text=Etimologia%20\(origem%20da%20palavra%20supremacia.franc%C3%AAs%20supr%C3%A9matie%2F%20pelo%20ingl%C3%AAs%20supremacy](https://www.dicio.com.br/supremacia/#:~:text=Significado%20de%20Supremacia&text=Etimologia%20(origem%20da%20palavra%20supremacia.franc%C3%AAs%20supr%C3%A9matie%2F%20pelo%20ingl%C3%AAs%20supremacy), acesso em 28.12.2020. A etimologia de supremacia se acha no francês "suprématie" e no inglês "supremacy".

11 O raciocínio é retirado, com os devidos ajustes, da reflexão teológica levada a efeito por Wolters a respeito da criação e do pecado. "Podemos dizer que o pecado e o mal têm sempre o caráter de uma caricatura – ou seja, de uma imagem distorcida que contém certas características reconhecíveis". WOLTERS, A. *Criação Restaurada: base bíblica para uma cosmovisão reformada*. São Paulo: Cultura Cristã, 2006, p. 68. O STF criado pela Constituição é esse mesmo órgão inquinado por vícios que vemos atuar. Sua estrutura é benigna, sua direção tem sido maligna. No entanto, os traços de sua conformação legítima induzem à crença em uma possível "salvação".

A Constituição Federal de 1988 traça as linhas de um Estado Democrático de Direito, no bojo do qual a única *supremacia* é da lei e da própria Constituição. Porém, aderindo a um ativismo judicial exacerbado e ao abuso de decisões como legislador positivo e não meramente negativo, o STF se acomoda a um modelo totalitário adornado por erudições e declarações de boas intenções que se esvaziam num exercício de poder incontrolado, cujos belos discursos contrastam com a feiura da usurpação autoritária.

Zaffaroni, ao descrever o ativismo judicial nazista, mostra como regimes mais absurdos são capazes de produzir discursos sedutores, inclusive na área jurídica e sob o manto de uma busca por suposta justiça e sumo bem:

Como consequência deste conceito *intuitivo do jurídico*, reduz a função da lei: *A lei facilita ao juiz a tarefa de encontrar o direito. O juiz é servidor do direito, não da lei, deve dizer o direito, não interpretar a lei, e se o fio da lei der lugar a uma injustiça, deverá evita-la e decidir segundo o bem, baseando-se de forma independente.* 12 Como exemplo da independência de critério valorativo do juiz, menciona as cláusulas gerais do Código Civil, que demonstrariam que nem o próprio legislador pode prever todas as circunstâncias. O resultado disso não podia ser outro além de uma insegurança jurídica *programada*. 13

Fato é que essas perversões ideológicas e jurídicas têm feito do STF um “Transpoder” dotado de infinita *fluidez funcional*, sempre em franca violação à constitucionalidade e à legalidade.

Os exemplos são muitos, mas vejamos apenas alguns:

O STF tem se arvorado no exercício de cargos do executivo, com grande destaque para a Presidência da República. Interfere na nomeação de cargos de confiança, na criação e extinção de tributos, na escolha dos rumos de políticas públicas em geral e ultimamente chegou a pretender imiscuir-se também na concessão ou não de indulto, atribuição privativa do executivo. Temos então um “Supremo Trans Executivo”. Mas, também tem rompantes de legislador positivo,

12 A passagem é atribuída ao jurista nazista Helmut Nicolai. Para mais informações sobre o autor e sua atuação no Partido Nazista e na formulação das bases jurídicas desse regime medonho, vide: HOUSDEN, Martyn. *Helmut Nicolai and Nazi Ideology*. New York: St. Martin's Press, 1992, “*passim*”.

13 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Doutrina Penal Nazista*. Trad. Rodrigo Murad do Prado. Ffollrianópolis: Tirant lo Blanc, 2019, p. 42.

criando leis, fazendo interpretações “contra legem”, fazendo analogias prejudiciais no Direito Penal, pretendendo abolir crimes, até mesmo contra a vida, pretendendo reescrever normas constitucionais semanticamente indúvidas. Nesses momentos, temos um “Supremo Trans Legislativo” e por que não dizer, um “Supremo Trans Constituinte”. Também não é de se olvidar que o STF vem conduzindo investigações como uma espécie de “Delegado de Polícia”, “Xerife” ou “Membro do Ministério Público”. Nessas ocasiões a transição é tão rápida que o conceito de *fluides* se demonstra realmente muito claramente melhor para descrever a situação do que o conceito de “trans”. Quase sem distinção ou mesmo sem, ao mesmo tempo, Ministros são magistrados, Delegados de Polícia, Policiais, Peritos, vítimas e garantidores dos direitos fundamentais, autoridades coatoras e, ao mesmo tempo, juízes que devem recolocar o direito nos trilhos em face de abusos por eles mesmos cometidos. A transição é muito rápida, pode-se falar até mesmo em concomitância, talvez em uma espécie de *Transtorno de Múltiplas Personalidades ou Dissociativo de Identidade*. No mínimo temos um “Supremo Trans Polícia”, “Supremo Trans Promotor”, “Supremo Trans Inquisidor”, “Supremo Trans Opressor”, “Supremo Trans Vítima” etc. A chave de ouro vem quando o STF passa também a regular administrativa e tecnicamente a liberação de medicamentos e vacinas, inclusive marcando prazos para órgãos técnicos como a ANVISA. Aí temos um “Supremo Trans Cientista”, “Supremo Trans Imunologista”, “Supremo Trans Médico”; “Supremo Trans Farmacêutico” e sabe-se lá mais o quê!

Fato é que o Supremo Tribunal Federal foi engolido e moldado por um mecanismo de manutenção hegemônica de poder engendrado pelas tendências de esquerda que conformavam a Assembleia Constituinte de 1988. A adoção de uma constituição analítica a abarcar praticamente todos os aspectos da vida, criando um rol exaustivo de direitos, princípios e normas programáticas, que são submetidos a um controle e revisão judiciais, tende a hipertrofiar o Poder Judiciário e, conseqüentemente, seu órgão máximo, em detrimento dos demais poderes republicanos representativos. O STF simplesmente se adequa a essa disfuncionalidade, cedendo aos atrativos do poder ilimitado que, como já se disse, corresponde à corrupção sem limites. 14

Como bem descreve Hirschl a respeito da chamada “Juristocracia”:

A adoção de um rol amplo de direitos fundamentais e o fortalecimento da revisão judicial – se devem a uma estratégia de manutenção da hegemonia de elites políticas e econômicas.

14 Parafraçando o historiador britânico, Lord Acton. Cf. BARROS, Benedicto Ferri de. *Lord Acton: O poder tende a corromper. E o poder absoluto corrompe absolutamente*. São Paulo: GRD, 2003, “passim”.

O raciocínio é o seguinte: para essas elites, em momentos de incerteza quanto às tendências do eleitorado ou de perda efetiva de influência política, faz mais sentido transferir ao poder judiciário certas decisões políticas, como forma de retirá-las da disputa política majoritária. Ainda mais se houver a perspectiva de continuar influenciando o preenchimento de cargos naquele poder (por meio de promoções, nomeação de juízes de cortes supremas etc.). Aí é que surge a *juristocracia*, o regime em que boa parte das decisões políticas está a cargo de juízes, não – eleitos e não – destituíveis e responsabilizáveis como o são os agentes políticos. 15

É cristalino que “a juristocracia é, no fundo e essencialmente, uma estratégia antidemocrática”, 16 pois que, na prática, impede uma real alternância de poder, de orientação política, de ideologias ou de ideias. Trata-se de um mecanismo de perpetuação de um modelo que, no máximo, permite uma encenação de diálogo a acobertar um monólogo infinito.

Novamente é oportuna a lição de Hirschl:

O fortalecimento dos órgãos judicantes mediante a constitucionalização pode fornecer uma solução institucional eficiente para grupos influentes que buscam preservar sua hegemonia e que, dada a erosão em seu apoio popular, podem encontrar desvantagens estratégicas ao aderir a processos majoritários de formulação política. 17

Nada mais sintomático e comprobatório desse mecanismo de hegemonia e perpetuação de poder do que o fato de que a atuação radicalmente extrapolante do Supremo Tribunal Federal, chegando a uma visível *disforia identitária ou mesmo a um transtorno de múltipla personalidade ou dissociativo de identidade* tenha se manifestado com toda a sua exuberância exatamente num momento de suposta alternância ideológica de poder. Alternância esta que, na prática, nunca se efetivou, exatamente tendo como um dos impedimentos mais notáveis a *Judicialização radical*

15 HIRSCHL, Ran. *Rumo à Juristocracia*. Trad. Amauri Feres Saad. Londrina: EDA, 2020, p. 23 – 24.

16 Op. Cit., p. 25.

17 Op. Cit., p. 46.

de tudo quanto existe, 18 especialmente no nível da Suprema Corte Brasileira. Em nenhum outro momento histórico, em especial nos longos anos de aparente alternância entre segmentos mais ou menos intensos da esquerda, se viu tamanha *fluidez identitária* e sede de concentração de poder no STF, sobrepondo o Judiciário ao Executivo e ao Legislativo sem o menor pudor.

Destaque-se, por fim, que o emprego figurativo de conceitos ligados à chamada “Ideologia ou Teoria de Gênero”, tais como “trans”, “fluid” e outros, durante o decorrer deste texto, se deu de maneira meramente analógica e, como já dito, figurativa, a título de ilustração da situação de transfiguração contínua de identidade que caracteriza a atuação do STF. Não há intento de qualquer menção pejorativa com relação a comportamentos ou personalidades de pessoas transgênero, abrossexuais ou de qualquer outra orientação. Mesmo porque essas pessoas, com suas condutas e estilos de vida, mal algum fazem a outrem e muito menos ao país ou à nossa frágil democracia, bem ao reverso do que ocorre com um órgão judiciário tão importante que se presta à criação de uma total insegurança jurídica e instabilidade institucional.

REFERÊNCIAS

BARROS, Benedicto Ferri de. *Lord Acton: O poder tende a corromper. E o poder absoluto corrompe absolutamente*. São Paulo: GRD, 2003.

BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo. A experiência Vivida*. Volume 2. Trad. Sérgio Milliet. 2ª. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

COSTA, Alexandre. *Bem – Vindo ao Hospício*. Campinas: Vide Editorial, 2016.

CROOKS, Robert L. , BAUR, Karla. *Our Sexuality*. 14a. ed. Connecticut: Cengage Learning. 2019.

DIAMOND, Lisa M. *Sexual Fluidity: Understanding Women’s Love and Desire*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

DICIONÁRIO on line de Português. Disponível em [https://www.dicio.com.br/supremacia/#:~:text=Significado%20de%20Supremacia&text=Etimologia%20\(origem%20da%20palavra%20supremacia,franc%C3%AAs%20su](https://www.dicio.com.br/supremacia/#:~:text=Significado%20de%20Supremacia&text=Etimologia%20(origem%20da%20palavra%20supremacia,franc%C3%AAs%20su)

18 Parafrazeando Karl Marx que apregoa a “crítica desapiedada do existente” ou “a crítica radical de tudo que existe”. Cf. MARX, Karl. Carta a Arnold Ruge (1843). Disponível em <https://criticadesapiedada.com.br/carta-de-marx-a-arnold-ruge-1843/>, acesso em 29.12.2020.

[pr%C3%A9matie%2F%20pelo%20ingl%C3%AAs%20supremacy.](#) , acesso em 28.12.2020.

FERGUSON, Sian. What does it mean to be gender – fluid? Disponível em <https://www.healthline.com/health/gender-fluid#definition>, acesso em 28.12.2020.

HALL, Donald E. *Queer Theories*. New York: Palgrave Macmillan, 2003.

HIRSCHL, Ran. *Rumo à Juristocracia*. Trad. Amauri Feres Saad. Londrina: EDA, 2020.

HOUSDEN, Martyn. *Helmut Nicolai and Nazi Ideology*. New York: St. Martin's Press, 1992.

LOURO, Guacira Lopes. *Um corpo estranho: Ensaios sobre sexualidade e teoria queer*. Belo Horizonte: Autêntica, 2007.

MARX, Karl. Carta a Arnold Ruge (1843). Disponível em <https://criticadesapiedada.com.br/carta-de-marx-a-arnold-ruge-1843/> , acesso em 29.12.2020.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ORIGEM da palavra. Disponível em <https://origemdapalavra.com.br/palavras/supremo/#:~:text=Ela%20vem%20do%20Latim%20SUPREMUS,de%20SUPER%2C%20%E2%80%9Cacima%E2%80%9D> , acesso em 28.12.2020.

WOLTERS, A. *Criação Restaurada: base bíblica para uma cosmovisão reformada*. São Paulo: Cultura Cristã, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Doutrina Penal Nazista*. Trad. Rodrigo Murad do Prado. Flórida: Tirant lo Blanc, 2019.

TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E OS IMPACTOS DA LEI 13.429/17.

LAÍS CENCI CHIAPERINI: Advogada, bacharel em direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI), Pós-graduanda de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na FADI.

Resumo: O presente artigo é um breve estudo sobre o termo de ajustamento de conduta, instrumento de resolução pacífica de ilícitos no campo do direito difuso, coletivo e individual homogêneo do trabalho, cujo tem validade de título executivo e as consequências da Lei 13.429/17 nos termos já vigentes.

Palavras-chave: Termo de Ajustamento de Conduta; TAC; MPT; Lei 13.429/17; Terceirização.

Abstract: This article is a brief study on the term of conduct adjustment, an instrument for the peaceful resolution of illicit acts in the field of diffuse, collective and homogeneous individual labor law, the validity of which is enforceable and the consequences of Law 13.429 / 17 under the terms already in force.

Keywords: Conduct Adjustment Term; TAC; MPT; Law 13,429 / 17; Outsourcing.

Introdução

O art. 876 da CLT elenca os títulos executivos aceitos pela Justiça do Trabalho, como sendo as decisões transitadas em julgado, acordos, os termos de ajustamento de conduta e os termos de conciliação firmados perante as Comissões de Conciliação Prévia.

Não há consenso sobre a possibilidade de aplicação do CPC para ampliar os títulos executivos, porém, este artigo não visa estudar este aspecto, mas sim, fazer uma análise mais profunda sobre o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), um título executivo extrajudicial, que na seara trabalhista é uma negociação entre empregador infrator e o Ministério Público do Trabalho (MPT) e os impactos na validade dos termos já assinados, após a vigência da Lei 13.429/17.

1.BREVE ESTUDO SOBRE O TAC

Primeiramente, vamos à definição do referido título, como sendo um compromisso firmado perante o MPT, autorizado pela Lei 7.347/85, art. 5º, parágrafo 6º, no qual o empregador se compromete a fazer algo que já deveria estar sendo feito ou deixar de fazer alguma coisa ilícita ou considerada prejudicial à coletividade dos trabalhadores, com base na lei e no conteúdo da denúncia

encaminhada ao MPT, que pode ser inclusive os Autos de Infração lavrados pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE).

Trata-se de uma forma de resolução extrajudicial negociada e formal (necessariamente escrita e pública conforme art. 37 da Constituição Federal) de conflitos que envolvam interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos dos trabalhadores, possuindo como ponto positivo a solução de conflito sem a necessidade de provocar a máquina jurisdicional. As condições nele previstas são apresentadas pelo Procurador do Trabalho de acordo com a lei e as infrações cometidas. A parte infratora aceitando o compromisso, sofrerá os efeitos das obrigações e penalidades estabelecidas no termo. Assim, todo o teor do TAC assinado, inclusive as multas previstas para o caso de descumprimento das obrigações assumidas, podem ser executados diretamente na Justiça do Trabalho.

O TAC é um instituto original, existente apenas nacionalmente, não sendo possível encontrar no direito comparado nenhum instituto idêntico. Porém, conforme ensina Geisa de Assis Rodrigues, existem institutos similares:

“Cabe-nos, ainda, indagar se essas previsões normativas teriam se inspirado mas diretamente em um instituto análogo do direito estrangeiro. Nas considerações dos autores que conceberam o instituto não há qualquer menção a uma influencia alienígena mas direta. Como já tivemos a oportunidade de demonstrar, a proteção dos direitos transindividuais no ordenamento jurídico brasileiro é extremamente original. A partir de nossa cultura, tanto social quanto jurídica, sem romper com a tradição de tutela de direitos em um sistema filiado à cultura romano-germânica, soubemos nos apropriar de algumas lições das “class actions” norte-americanas e criar um sistema ímpar de tutela desses direitos.

Como exemplo de criações nacionais neste campo temos a posição do Ministério Público na defesa dos direitos transindividuais, a existência do inquérito civil publico e também o termo de ajustamento de conduta. Embora existam institutos similares em outros ordenamentos, não vislumbramos em nossa pesquisa nenhum preceito normativo

que se identifique plenamente com o ajustamento de conduta brasileiro, especialmente quanto a sua extensão e eficácia.”¹⁹

Ainda:

“ É importante ressaltarmos, ab initio, que o termo de ajustamento de conduta não possui similaridade com qualquer outro instituto alienígena, ao contrario do que ocorre com outras formas de resolução de conflitos por nós adotadas, tal qual a transação penal, prevista na Lei nº 9099/95, e a formação das ações coletivas, nos moldes da Lei nº 7.347/85.

Como é cediço, o primeiro instituto encontra equivalente no direito americano e no direito inglês. No primeiro caso, a correspondência ocorre na figura do plea bargaining e no segundo caso o plea guilty, também denominado guilty plea.

No segundo caso a semelhança aparece quando da comparação de nossas ações coletivas com as chamadas class actions.

Assim, o direito norte-americano prevê instituto correspondente à transação penal, mas não possui nenhum instituto que seja equiparável ao termo de ajustamento de conduta, ou seja não prevê a existência de nenhum instituto que, ainda na fase investigatória permita a formação de um acordo que, uma vez cumprido, leve ao imediato arquivamento do feito e que, se descumprido, permita a imediata execução do mesmo.

Neste passo, a transação referendada pelo Ministério Público, nos termos do artigo 585, inciso II, do Código de Processo Civil e do artigo 57, parágrafo único da lei 9099/95 é regulada pelo art. 840 e seguintes do Código Civil e pressupõe a disposição sobre direitos patrimoniais de caráter privado (...)”

Durante a vigência do TAC, o MPT pode realizar diversas fiscalizações através dos fiscais do MTE, ou mesmo com diligencias *in loco*. Constatado

¹⁹ RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Pg. 108. Aput FERREIRA, Cristiane Aneolito.

descumprimento, mesmo que parcial do termo ou vindo novas denúncias sobre o objeto do TAC, o MPT não tem alternativa, se não, executar o referido título.

Sobre sua natureza jurídica, Edson Braz da Silva²⁰ ensina que:

“o termo de ajustamento de conduta tem natureza jurídica de ato jurídico bilateral em relação a vontade das partes e unilateral em relação a onerosidade das obrigações nele assumidas; é simples ou complexo, dependendo se a eficácia está condicionada ou não a homologação do Conselho Superior do Ministério Público, visando a resolução de violação de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos”.

Complementando a ideia de natureza jurídica do TAC, Hugo Nigro Mazzilli²¹ leciona:

“Embora tenha o caráter necessariamente consensual o compromisso de ajustamento não tem a mesma natureza contratual típica do Direito Privado, nem chega a ser propriamente uma transação de Direito Público. Trata-se, antes, de concessão unilateral do causador de dano, que acede em ajustar sua conduta as exigências legais, sem que o órgão público que toma seu compromisso esteja a transigir em qualquer questão ligada ao direito material, até porque não poderia fazer, já que, em matéria de interesses transindividuais, o órgão público legitimado e o Estado não são titulares do direito lesado”.

Assim, temos que a natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta é de negócio jurídico diverso, com as características:

- a) Ato jurídico unilateral quanto a manifestação volitiva espontânea do causador do dano em adequar sua conduta ao mínimo previsto pela legislação;

²⁰ SILVA, Edson Braz da. Inquérito civil trabalhista. Termo de ajustamento de conduta. Execução do termo de ajustamento de conduta na Justiça do Trabalho. Revista do Ministério Público do Trabalho, Brasília, ano 10 n. 20, p. 20, set. 2000. Aput FERREIRA, Cristiane Aneolito.

²¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.p. 362. Aput FERREIRA, Cristiane Aneolito.

- b) Bilateral somente quanto a formalização, eis que nele intervém o órgão público e o promitente;
- c) A que a lei atribui eficácia de título executivo extrajudicial.

Há uma polêmica com relação ao reconhecimento da culpabilidade trazida pelo compromisso. Existem duas vertentes antagônicas neste sentido. Uma indica culpa implícita e outra cujo acredita que o termo não gera confissão de ilicitude ou culpa tendo em vista ser sua adesão opcional. Cabe então a interpretação do Procurador ou do Juiz sobre o tema.

No entanto parece já estar pacífico o entendimento de que não se acumula TAC e autos de infração do mesmo período com os mesmos objetos, tendo o TST se manifestado neste sentido, reforçando que o TAC não confere “perdão ao inadimplemento legal”:

“A Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho manteve a invalidade do auto de infração de um auditor fiscal do trabalho que multou a Bimbo do Brasil Ltda. em R\$ 114 mil, por descumprimento da lei de contratação de pessoas com deficiência (Lei 8.213/91) no mesmo período em que estava vigente um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) firmado entre a empresa e o Ministério Público do Trabalho (MPT) para regularizar a situação.

A Bimbo ajuizou ação anulatória na 3ª Vara do Trabalho de São Paulo (SP) alegando que, na data da lavratura do auto, em junho de 2006, estava em vigor o TAC que concedia prazo de dois anos, até julho de 2007, para o cumprimento da legislação.

A União, em sua defesa, alegou que o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) tem competência para fiscalizar o cumprimento da norma trabalhista e aplicar as sanções administrativas no caso de ilegalidade.

O juízo de primeiro grau acolheu o pedido da Bimbo e cancelou o auto de infração. A União recorreu ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (SP), que manteve a sentença, por entender que a empresa “estava sob o olhar atento do Ministério Público do Trabalho”, e o acolhimento do auto da DRT “enfraqueceria” a intervenção do MPT.

TST

No agravo de instrumento pelo qual tentou reabrir a discussão no TST, a União sustentou que a decisão regional criou um obstáculo à atividade de inspeção do trabalho, mas o relator, ministro Cláudio Brandão, considerou o fato de a empresa ter se comprometido a contratar as pessoas com deficiência por meio do TAC. Segundo ele, a autuação do MTE só deve ser efetiva em caso de ilegalidade constatada após o fim do prazo estabelecido no termo. "Não se está promovendo a interdição da atribuição conferida aos auditores-fiscais de, diante da ocorrência de infrações, promover as respectivas autuações, mas, ao contrário, preservando o cumprimento da obrigação na forma pactuada no título executivo extrajudicial ainda em vigor, e em relação ao qual não se identificou a ocorrência de fatos novos que revelassem inadimplemento", afirmou.

A decisão foi unânime.

Processo: AIRR-93900-37.2009.5.02.0003"22(g.n)

Registra-se que a existência do TAC não impede que haja a fiscalização do MTE, mas sim que a sua existência impossibilita autuação dos fiscais sobre o mesmo objeto do termo de ajustamento desde que este ainda encontre-se ainda válido. E ainda, que no caso de ação da DRT e do MPT com multas de ambos, não há sobreposição de atuação, muito menos a dupla condenação.

MULTA APLICADA PELA DRT. TERMO DE AJUSTE CONDUTA. ALCANCE LIMITADO DO INSTRUMENTO UTILIZADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Frente ao quadro normativo, constitucional e legal, que confere ao auditor-fiscal do trabalho o poder-dever de aplicar multa administrativa às empresas não cumpridoras da legislação trabalhista, em observância, ainda, aos fundamentos previstos no artigo 1º da Carta Política, III e IV, não se vislumbra qualquer possibilidade da mera confissão patronal e do Termo de Ajuste de Conduta conferirem ao infrator um perdão pelas irregularidades antes praticadas. É que o denominado Termo de Ajuste de Conduta, em que pese a sua notável eficácia dentro do contexto da valorização das ações do

22 JACÓ, Alessandro. Vigência de TAC anula autuação do MTE por descumprimento de cota de vagas para deficientes < http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/16823318 > Ultimo acesso 04/2017

imprescindível Ministério Público do Trabalho e do desafogamento da máquina judiciária, cuja regulação é feita por normas legais distintas (Lei nº 7.347/85; Lei nº 8.078/90; Lei nº 75/93), jamais teve a pretensão de substituir ou de tornar sem efeito os atos de autoridade do Ministério do Trabalho e Emprego, a ponto não só de invalidar o regramento autorizador da fiscalização estatal e da respectiva punição administrativa, como também provocar o absoluto esvaziamento de uma legislação material trabalhista construída pela legítima pressão da sociedade brasileira. A fixação de multa pela DRT, longe de configurar interesse do órgão estatal em aumentar arrecadação, impõe-se como medida fundamental para coibir condutas empresariais agressivas ao conjunto de normas trabalhistas protetoras do empregado e de sua dignidade humana, tendo, ainda, um claro caráter pedagógico. O TAC não é instrumento adequado para esquecer e perdoar condutas as quais têm justa sanção pecuniária como resposta às irregularidades trabalhistas constatadas pela Delegacia Regional do Trabalho. Recursos conhecidos e providos."(TRT da 10ª Região, no julgamento do Recurso Ordinário n.º 569/2006-013-10-00.0, de relatoria de GRIJALBO FERNANDES COUTINHO - 3ª TURMA. DJ 17.08.2007).

Além disso, os objetos do TAC e do Auto de Infração são distintos, visto que as obrigações do TAC violadas pela empresa foram concernentes à prorrogação de jornada (seção II da CLT) e o Auto de Infração sobre o período de descanso interjornadas (seção III da CLT).

Por todo o exposto, não prospera o fundamento de que, na hipótese, haveria sobreposição na atuação de órgãos estatais. (TRT-21 - Pet: 00003281020165210017, Data de Julgamento: 25/10/2016, Data de Publicação: 25/10/2016)(g.n)

Já o período de validade do TAC, varia conforme o combinado com o Procurador do Trabalho, porém, no silêncio, seu prazo é indeterminado, com aplicação imediata. Para ser considerado o referido documento válido e exequível é necessário que os objetos por ele contidos sejam lícitos e correspondentes a obrigações de fazer ou não fazer que constem em lei vigente; seja uma declaração de vontade sem qualquer vício de consentimento; forma escrita; e agentes capazes. Acrescenta-se ainda, que os prazos conferidos pelo MPT no TAC, estão

resguardados pelo princípio da proporcionalidade, assim como as condições fixadas para a regulamentação da conduta do signatário.

Os efeitos principais do TAC são: a determinação da responsabilidade do obrigado pelo cumprimento do ajustado; formação de título executivo; suspensão de título executivo extrajudicial; suspensão do procedimento administrativo no qual foi tomado, ou para o qual tenha repercussão e o encerramento da investigação após seu cumprimento. Todavia, quando não assinado o TAC, este não produz efeitos, a investigação do *Parquet* continua e pode vir a se tornar uma ação civil pública para correção do dano causado a coletividade. Neste caso, além do pedido de tutela antecipada para a cessação imediata da lesão, há também a incidência do dano moral coletivo.

2.IMPACTOS DA LEI 13.429/17

Visa-se com este estudo a análise da validade jurídica dos Termos de Ajustamento de Conduta assinados junto ao Ministério Público do Trabalho após ser sancionada a Lei 13.429/2017. É possível a revisão das cláusulas do TAC para adequação a nova ordem vigente?

Antes da Lei 13.429/17, que trata sobre a terceirização, entrar em vigor, as questões sobre a terceirização eram sanadas a partir da Sumula 331 do TST, a qual proibia a terceirização de em atividades fim, mesmo esta não trazendo em seu bojo uma esclarecedora definição sobre atividade fim e atividade meio. Contudo, com a vigência da lei, a terceirização foi permitida a atividade fim, o que tornou os TACs antes firmados obsoletos e desatualizados.

Sobre o tema, o TST já se posicionou, julgando um recurso de revista em ação revisional de cláusula de termo de ajustamento de conduta, afirmando que é possível a revisão das cláusulas do TAC, com fundamento no art. 501 do CPC/2015 cumulado com o art. 769 da CLT:

RECURSO DE REVISTA. NÃO REGIDO PELA LEI 13.015/14. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULA DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. PRETENSÃO DE ADEQUAÇÃO À COMPREENSÃO JURISPRUDENCIAL PREVALECENTE. REVISTA DE BOLSAS E PERTENCES DE TRABALHADORES. CLÁUSULA QUE AMPLIA OS PARÂMETROS DEFINIDOS PELA JURISPRUDÊNCIA. PRETENSÃO EMPRESARIAL PROCEDENTE. OFENSA AO ART. 471, I, DO CPC/73 (ART. 505, I, DO CPC/2015). CONFIGURAÇÃO. 1. A Recorrente celebrou Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) perante o ministério público do trabalho, no ano de 2004, comprometendo-se a

não "(...) realizar revistas íntimas, assim entendidas aquelas que importem qualquer tipo de contato físico e/ou exposição de parte do corpo ou objetos pessoais". Com base na jurisprudência que se consolidou em momento posterior a respeito da proteção patrimonial das empresas, nas relações travadas com seus empregados, propôs a Recorrente a presente Ação Revisional de Cláusula de TAC, postulando a substituição da cláusula I do TAC acima transcrita. Decretada a improcedência da pretensão nas instâncias ordinárias, articula a empresa, em seu recurso de revista, a ofensa aos artigos 471, I, do CPC e 769 da CLT, e 5º, II, XXII, XXXV e LIV, da CF, além de dissenso jurisprudencial. 2. Nas relações jurídicas de trato sucessivo, entre as quais se inserem as constituídas por meio da celebração de um TAC em que previstas obrigações de fazer e não fazer com efeitos permanentes e prospectivos, a alteração do estado de fato ou de direito autoriza a retificação do quanto ajustado, com fundamento no art. 471 do CPC de 1973 (atual art. 501 do CPC de 2015) c/c o art. 769 da CLT. Nesse cenário, se a jurisprudência consolidada no âmbito deste TST, após intensos debates acerca da questão jurídica suscitada - ausência de dano moral em razão de revistas íntimas, realizadas de forma impessoal e discreta, sem contato físico ou exposição da intimidade do trabalhador -, consolidou-se em sentido diverso do que orientou a celebração do TAC, revela-se perfeitamente cabível a revisão do quanto convencionado, assegurando-se a isonomia e a segurança jurídica aos envolvidos e preservando-se a unidade de sentido da ordem jurídica, especialmente no caso concreto, em que postulam incidência, de forma aparentemente antagônica, os incisos X e XXII do artigo 5º da CF. Esta Corte Superior já fixou o entendimento de que o procedimento de revista aos pertences dos empregados, sem contato físico, de forma impessoal e genérica, sem caráter discriminatório e sem exposição da intimidade do trabalhador, não configura ato ilícito (CC, arts. 186 e 187). Se o teor da cláusula firmada com o Parquet dissente parcialmente dessa orientação, precisamente no capítulo em que veda a revista em bolsas, mochilas e sacolas dos empregados, não se pode preservar sua eficácia, sob pena de ofensa ao art. 471, I, do CPC (art.

505, I, do CPC/2015). Recurso de revista conhecido e parcialmente provido. 2. [...]

(RR - 1030-74.2010.5.08.0001 , Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 16/11/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2016) (g.n.)

Portanto, a possibilidade de revisão de cláusula do TAC é perfeitamente cabível para o caso da terceirização, já que a época da assinatura o termo se encontrava válido, e sequer havia uma norma de definia melhor a matéria. Assim, os TACs assinados antes da vigência da lei se encontram válidos, porém, passíveis de revisão, de acordo com a nova lei.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ciro. O impacto da lei 13.429/17 sobre os termos de ajustamento de conduta firmados com o Ministério Público do Trabalho. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257332,31047-O+impacto+da+lei+1342917+sobre+os+termos+de+ajustamento+de+conduta>> Acesso em 26/04/2017.

JUSBASIL. Termo de ajuste de conduta firmado perante MPT tem força executiva na JT. Publicado por Portal Nacional do Direito do Trabalho. Disponível <<https://pndt.jusbrasil.com.br/noticias/100560771/termo-de-ajuste-de-conduta-firmado-perante-mpt-tem-forca-executiva-na-jt>> Acesso em 26/04/2017.

GONÇALVES, Leonardo Ramos. O alcance do termo de ajustamento de conduta: infrações trabalhistas pretéritas constatadas pela SRTE. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8780> Acesso em 26/04/2017.

JACÓ, Alessandro. Vigência de TAC anula autuação do MTE por descumprimento de cota de vagas para deficientes. Disponível em < http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/16823318 > Ultimo acesso 26/04/2017.

FERREIRA, Cristiane Aneolito. Termo de ajuste de conduta celebrado perante o Ministério Público do Trabalho. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/D.2.2011.tde-24042012-113140. Acesso em: 2017-04-26.

TREVISAN, João Carlos Chiari et al. AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA ESFERA TRABALHISTA. Revista Pesquisa e Ação, [S.l.], v. 2, n. 3, oct. 2016. ISSN 2447-0627.

Disponível em:

<<https://revistas.brazcubas.br/index.php/pesquisa/article/view/215>>. Acesso em: 26 apr. 2017.

AS VANTAGENS E OS TRÂMITES DAS ISENÇÕES DE IMPOSTOS PARA PCD.

ALEXANDRO MARCOS DE ABREU:
Empreendedor. Direito. Gestão de
Serviços Jurídicos, Notariais. Pós-
graduando em direito Processual Civil.

RESUMO: O presente artigo tem como o seu principal objetivo, demonstrar todos os aspectos e benefícios das Isenções de Imposto para PCD, mostrando todos seus tramites legais para que haja o procedimento correto da mesma, e subsequente trazer consigo as suas vantagens desse determinado ato. Para isso inicialmente será abordado a Lei que regula o instituto da isenção de impostos para PCD, passando a diante por sua natureza jurídica, dando uma importância de como é feito seu procedimento. Pouco mais adiante traremos os efeitos que a isenção de imposto trás, desde o preenchimento do formulário, passando por todos impostos, IPI, IOF, ICMS e IPVA. E Por fim, buscamos trazer a importância desse benefício para as Pessoas com Deficiência.

Palavras – Chave: ISENÇÃO, IMPOSTOS, IPI, IPVA, DEFICIENTE.

Keywords: *EXEMPTION, TAXES, IPI, IPVA, DISABLED.*

ABSTRACT: *This article has as its main objective, to demonstrate all the aspects and benefits of the Tax Exemptions for PCD, showing all its legal procedures so that there is the correct procedure of the same, and subsequently to bring with it the advantages of this determined act. For this purpose, the Law that regulates the tax exemption for PCDs will initially be addressed, passing on by its legal nature, giving an importance to how its procedure is done. A little later we will bring the effects that the tax exemption brings, since filling the form, passing through all taxes, IPI, IOF, ICMS and IPVA. Finally, we seek to bring the importance of this benefit to People with Disabilities, and we will bring an example of exemption.*

INTRODUÇÃO

De acordo com o decreto nº 3.298/1999, entende-se por deficiência toda “perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de uma atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano”.

Doenças como LER (Lesão por Esforço Repetitivo), síndrome do Túnel do Carpo e tendinite crônica podem se enquadrar nestes benefícios dependendo do grau de limitação.

Fique atento, pois o benefício da isenção poderá ser exercido apenas uma vez a cada dois anos, sem limite do número de aquisições, conforme a vigência da Lei nº 8.989, de 1995, atualmente prorrogada pela Lei 13.146/2015, art. 77.

Após vermos a sua parte jurídica, veremos os aspectos e os benefícios desses descontos de impostos, um dos principais benefícios é a vantagem de ter até 30% de desconto para compra de veículo 0km, e também a isenção do imposto anual como o IPVA. Uma outra grande vantagem desse benefício, é a liberdade de ir e vim, e se locomover das pessoas com deficiência. Já que estamos diante de um estado onde o transporte público e a acessibilidade dos municípios para o meio de se locomover é um tanto como precária, e esse benefício incentiva as pessoas que possui o desconto, a comprarem um veículo 0KM.

A Vantagem desse desconto se enquadra inclusive pelo fato das adaptações que esse veículo deve se enquadrar, ou seja essas determinadas adaptações, possui custos elevados, muita das vezes determinadas adaptações tem o valor próximo ao valor do veículo automotivo.

Outra grande vantagem não só para o beneficiário, mas também para as concessionárias, o grande aumento dessas vendas diretas para PCD, e algumas doenças que se enquadra no benefício, tem ajudado e sido fundamental na alavancagem de vendas.

Levantamento exclusivo obtido por QUATRO RODAS junto à Anfavea (Associação Nacional das Fabricantes de Veículos Automotores), com dados da Receita Federal, aponta que as vendas de automóveis dedicadas a pessoas com deficiência cresceram 760% no Brasil entre 2009 e 2019. Em 2009, segundo a Receita, 25.016 veículos foram emplacados no país na modalidade PcD. Em 2019, o número aumentou para 2 Em relação ao total de vendas de automóveis no Brasil, o mercado de PcDs saiu de um patamar ínfimo 11 anos atrás, abaixo de 1%, para 8% de participação no fim do ano passado. 15.185 exemplares, um salto de exatos 760,18%.

DA NATUREZA JURÍDICA

Lei nº 8.989/1995 - Dispõe sobre a Isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, bem como por pessoas portadoras de deficiência física, e dá outras providências.

Lei nº 10.754/2003 - Altera a Lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995 que "dispõe sobre a isenção do Imposto Sobre Produtos Industrializados - IPI, na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros,

bem como por pessoas portadoras de deficiência física e aos destinados ao transporte escolar, e dá outras providências" e dá outras providências.

Lei nº 10.690/2003 - Reabre o prazo para que os Municípios que refinanciaram suas dívidas junto à União possam contratar empréstimos ou financiamentos, dá nova redação à Lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, e dá outras providências.

Lei nº 11.307/2006 - Altera as Leis nos 9.317, de 5 de dezembro de 1996, que institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, em função da alteração promovida pelo art. 33 da Lei no 11.196, de 21 de novembro de 2005; 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, dispondo que o prazo a que se refere o seu art. 2º para reutilização do benefício da isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, bem como por pessoas portadoras de deficiência física, aplica-se inclusive às aquisições realizadas antes de 22 de novembro de 2005; 10.637, de 30 de dezembro de 2002; e 10.833, de 29 de dezembro de 2003; e revoga dispositivo da Medida Provisória no 2.189-49, de 23 de agosto de 2001.

Lei nº 8.383/1991 – Institui a Unidade Fiscal de Referência, altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. (Art. 72, inciso IV, alíneas "a" e "b" § 1º e 3º).

Decreto nº 3.298/1999 - Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências.

Decreto nº 5.296/04 - (art 70) - regulamenta as Leis 10.048, de 08 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a formação da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências.

Instrução Normativa SRF nº 607/ 2006 - Disciplina a aquisição de automóveis com isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), por pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas.

Portaria Interministerial MS-SEDH nº 02/2003 – definir critérios e requisitos para emissão de laudos de avaliação de pessoas portadoras de deficiência mental severa ou profunda, ou autista com a finalidade de obtenção da isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, diretamente ou por intermédio de seu representante legal conforme expresso no artigo 2º-, IV, § 4º- da lei N.º 10.690/2003.

Lei do DF nº 3.757/2006 - Introduz alterações na Lei nº 7.431, de 17 de dezembro de 1985, que "institui no Distrito Federal o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores".

Decreto do DF nº 27.295, de 04/10/2006 - Introduz alterações no Decreto nº 16.099, de 29 de novembro de 1994, que consolida a legislação que institui e regulamenta o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA (13ª alteração).

Convênio ICMS nº 03, de 19 de janeiro de 2007 - Concede isenção do ICMS nas saídas de veículos destinados a pessoas portadoras de deficiência física.

Decreto do DF nº 27.819, de 29 de março de 2007 - Introduz alterações no Decreto nº 18.955, de 22 de dezembro de 1997, que regulamenta o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS (136ª alteração).

Decreto do DF n. 28.188, de 13 de agosto de 2007 - Introduz alterações no Decreto nº 18.955, de 22 de dezembro de 1997, que regulamenta o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS (150ª alteração).

DEFICIÊNCIAS FAVORECIDAS A ISENÇÃO DE IMPOSTOS

Alguns tipos de câncer

Amputação

Artrite Reumatóide

Artrodese

Artrogripose

Ausência de Membros

Autismo

AVC (Acidente Vascular Cerebral)

AVE (Acidente Vascular Encefálico)

Cardiopatía grave

Doenças Degenerativas

Deficiência Visual

Deficiência Mental Severa Grave

Doenças Neurológicas

Artrite Reumatóide

DORT (Distúrbio Osteomuscular Relacionado ao Trabalho)

Encurtamento de Membros

Esclerose Múltipla

Escoliose Acentuada

Espondilite Anquilosante

Hemiparesia

Hemiplegia

LER (Lesão Por Esforço Repetitivo)

Linfomas

Manguito Rotador

Mastectomia (Retirada da Mama)

Membros com Deformidades (Congênitas ou Adquiridas)

Renal Crônico (Fístula)

Síndrome de Deficiência Imunológica (HIV)

Síndrome do Túnel do Carpo (crônica com sequelas)

Talidomida

Tendinite Crônica

Tetraparesia

DO PROCEDIMENTO

ONDE REQUERER ISENÇÃO DE IPI E IOF?

Delegacia da Receita Federal ou pelo próprio site via internet

Clinicas cadastradas e DETRAN – Serviço Médico

ISENÇÃO DO IOF

COMO E QUANDO UTILIZAR A ISENÇÃO DO IOF?

Carros Adaptados para Deficientes - São isentas do IOF as operações financeiras para aquisição de automóveis de passageiros de fabricação nacional de até 127 HP de potência bruta para deficientes físicos condutores. Atestadas pelo Departamento de Trânsito onde residirem em caráter permanente, cujo laudo de perícia médica especifique o tipo de deficiência e a total incapacidade para o requerente dirigir veículos convencionais.

A Isenção do IOF poderá ser utilizado uma única vez e deve ser requerida juntamente com isenção de IPI, isto é, na Secretaria da Receita Federal.

ISENÇÃO DO ICMS

QUEM PODE REQUERER?

Motorista com deficiência física, isto é, que tenha Carteira Nacional de Habilitação, em conformidade com o Convênio ICMS nº 03, de 19 de janeiro de 2007.

O benefício somente se aplica ao veículo automotor novo com características específicas para ser dirigido por motorista com deficiência, desde que as respectivas operações da saída sejam amparadas pela isenção de Impostos sobre Produtos Industrializados - IPI, e cujo o preço de venda ao consumidor sugerido pelo fabricante, incluindo os tributos incidentes, não seja superior a R\$ 70.000,00 (setenta mil reais).

COMO REQUERER?

A isenção de ICMS deve ser reconhecida pelo Fisco da unidade federada onde estiver domiciliada o interessado, e no caso do Distrito Federal, a Secretaria de Estado de Fazenda do DF e em conformidade com o Decreto nº 27.819, de 29/03/2007 e Decreto n. 28.188, de 13 de agosto de 2007.

O interessado deverá entregar na Secretaria de Estado de Fazenda do DF requerimento com os seguintes documentos:

Laudo de Perícia Médica fornecido pelo Departamento de Trânsito do Distrito Federal – Detran – DF.

O Laudo de Perícia Médica deve:

especificar o tipo de deficiência física;

discriminar as características específicas necessárias para que o motorista com deficiência física possa dirigir o veículo;

Comprovação de disponibilidade financeira ou patrimonial, da pessoa com deficiência, suficiente para fazer frente aos gastos, com a aquisição e manutenção do veículo adquirido;

Cópia autenticada da Carteira Nacional de Habilitação – CNH, na qual conste as restrições referentes ao condutor e as adaptações necessárias ao veículo;OBS: Quando a pessoa com deficiência física necessitar do veículo com características específicas (veículo adaptado) para obter a Carteira Nacional de Habilitação – CNH; o veículo poderá ser adquirido com a isenção sem a apresentação da respectiva cópia autenticada.

Comprovante de residência.

A Secretaria de Fazenda do Distrito Federal ao deferir o pedido, emitirá autorização para que o interessado adquira o veículo com a isenção de ICMS em quatro vias, que terão a seguinte destinação:

a primeira via deverá permanecer com o interessado;

a segunda via será entregue à concessionária, que deverá remetê-la ao fabricante;

a terceira via deverá ser arquivada pela concessionária que efetuou a venda ou intermediou a sua realização;

a quarta via ficará em poder do fisco do Distrito Federal.

OBS: O modelo de requerimento está no Anexo Único do Convênio ICMS nº 03/2007.

O adquirente do veículo deverá apresentar ao Fisco, nos prazos estabelecidos, contados na data de aquisição do veículo constante no documento fiscal de venda:

até o décimo quinto (15º) dia útil, cópia autenticada da note fiscal que documentou a aquisição veículo;

até 180 (cento e oitenta) dias:

Cópia autenticada da nota fiscal referente a colocação do acessório ou da adaptação efetuada pela oficina especializada ou pela adaptação efetuada pela oficina especializada ou pela concessionária autorizada, caso o veículo não tenha saído de fábrica com as características específicas discriminadas no Laudo Médico;

Cópia da Carteira Nacional de Habilitação – CNH.

O Estabelecimento que efetuar a operação isenta deverá constar no documento fiscal de venda do veículo:

o número de inscrição do adquirente no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda – CPF;

o valor correspondente ao imposto não recolhido;

nas declarações de que:

Nas operações é isenta de ICMS nos termos no Convênio ICMS 03/07;

Nos primeiros 3 (três) anos, contados da data de aquisição, o veículo não poderá ser alienado sem a autorização do Fisco do Distrito Federal.

OBS: O Convênio ICMS nº03/07 terá efeito em relação aos pedidos protocolados a partir de 1º/02/07, cuja saída do veículo ocorra até 31/12/08.

ONDE REQUERER A ISENÇÃO DE ICMS?

Nas agências da Secretaria de Estado de Fazenda.

ISENÇÃO DO IPVA

QUEM PODE REQUERER?

As pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas (Lei do Distrito Federal nº 3.757, de 25 de janeiro de 2006).

Para fins de conceituação de pessoas com deficiência mental severa ou profunda, ou autista, bem como as normas e requisitos para emissão dos laudos de avaliação tem-se a Portaria Interministerial MS-SEDH nº 02, de 21 de novembro de 2003 e o § 4º do artigo 1º da Lei nº 8.989, de 24/02/95 e a redação dada pela Lei nº 10.690, de 16/06/03.

A isenção de IPVA pode ser requerida por pessoa deficiente física ou não (condutora ou conduzida); por pessoa com deficiência visual; por deficiente mental severa ou profunda, ou autista ou por seu representante legal (curador).

O curador responde solidariamente quanto ao imposto que deixar de ser pago.

Admite-se como adaptação especial o câmbio automático ou hidramático e a direção hidráulica.

Para efeito do benefício de isenção de IPVA não considera-se a aquisição do veículo por alienação fiduciária como alienação.

QUANDO REQUERER?

O pedido para isenção deste imposto, só poderá ser requerida quando a pessoa com deficiência já estiver com a documentação do veículo regularizada.

Deverá apresentar na Secretaria de Estado da Fazenda do Distrito Federal, os seguintes documentos:

Requerimento de Isenção para o IPVA;

Cópia autenticada do Laudo Médico fornecido pelo DETRAN;

OBSERVAÇÃO: É importantíssimo que o adquirente mantenha consigo, cópia autenticada em cartório do laudo emitido por serviço médico oficial da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, por unidade de saúde cadastrada pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e principalmente do laudo emitido pelo DETRAN.

Carteira de Habilitação autenticada pelo Detran-DF, RG, CPF e comprovante de residência;

Cópia da declaração de Imposto de Renda;

Cópia da declaração de não repasse de tributos, fornecida pela montadora (carta do vendedor);

Comprovante de disponibilidade financeira;

Documento do veículo (CRLV) e Nota fiscal que comprove as adaptações (caso o deficiente seja o condutor).

OBSERVAÇÕES: A isenção de IPVA deverá ser requerida anualmente pelo contribuinte e será reconhecida por ato declaratório emitido pela Secretaria de Estado de Fazenda do DF.

ONDE REQUERER A ISENÇÃO DE IPVA?

Nas agências da Secretaria de Estado de Fazenda .

DOS BENEFÍCIOS DA ISENÇÃO

Se você é deficiente físico ou então possui algum parente que seja e necessite da sua ajuda para se locomover, saiba que é possível conseguir até 30% de desconto na compra de um veículo novo.

O Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) é uma das vantagens concedida a condutores e não condutores. Esse imposto ficou bastante conhecido em momentos que o governo tentou estimular a indústria automobilística, retirando-o sobre a compra de veículos.

Os veículos aptos a receber a isenção são automóveis de passageiro ou de uso misto e de fabricação nacional.

A incidência do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros (IOF) ocorre em compras de automóveis realizadas por meio de financiamentos. Este é o único imposto em que apenas o condutor portador de deficiência física está isento. Para isso, é necessário que o automóvel de passageiros seja de fabricação nacional.

Esse imposto incide sobre qualquer compra de mercadoria no Brasil. A isenção do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) é válido para todos os casos de portadores com deficiência física e que são compradores de automóveis movidos a qualquer tipo de combustível.

Talvez este seja o imposto mais conhecido entre aqueles que são condutores de um veículo. A isenção do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) é válida durante todo o período em que o automóvel estiver sendo utilizado para o transporte do portador de deficiência física.

Em cidades que utilizam o sistema de rodízio de automóveis, os veículos destinados a portadores de deficiência estão liberados para transitar livremente. Porém, para evitar a cobrança de multa, é necessário que o condutor realize o cadastro junto ao órgão competente. Em São Paulo, por exemplo, esse cadastro pode ser feito junto à Companhia de Engenharia e Tráfego (CET).

BIBLIOGRAFIA

https://www.deficienteonline.com.br/isencao-de-ipi-iof-icms-e-ipva-para-deficientes-guia-rapido-de-isencao-ii-leis-e-normas_42.html

<https://quatorrodas.abril.com.br/noticias/exclusivo-vendas-de-carros-para-pcd-disparam-760-no-brasil-em-10-anos/>

<https://blog.racon.com.br/meu-primeiro-carro/beneficios-obtidos-na-compra-de-carros-para-deficientes-fisicos/>

https://andradeisencoes.com.br/?gclid=CjwKCAjw2a32BRBXEiwAUcugiOmqanXGkk_KI3zCRVRy1dICEUSuOJN3Ftp9nNXI9N0yw7vrbO95BoCGFAQAvD_BwE

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa ressalta que a isenção de impostos para compra de automóvel 0km para PCD, é o instrumento utilizado para apresentar a veracidade da importância e benefícios desse desconto, respeitando todos os direitos e garantias constitucionais do beneficiário, uma vez que é através deste que será possível fazer apontamento da existência ou não do direito em face da pessoa que assim deseja ingressar com o pedido de isenção. Também na presente pesquisa, foi realizado um estudo acerca do grande aumento nas vendas para esse público. Cabe ressaltar, que em momento de recessão financeira tal benefício é de grande vantagem, sabendo assim, que além dos seus descontos de IOF, IPI, ICMS, sabe-se que também possui o desconto de imposto anual de IPVA, pretende-se fazer apontamentos e trazer todos os meios legais e órgãos públicos onde é atribuído tais benefícios, trazendo dentro do contexto toda parte jurídica e diretrizes médicas e laboratoriais, no âmbito clínico da comprovação de deficiência ou doença que se enquadra dentro dos parâmetros estabelecidos em lei para que se faça gozo de tal incentivo fiscal.

Destacando que tais princípios que são garantidos aos beneficiários, cujo o qual deve utiliza-los da melhor forma possível. Ante todo o exposto, conclui-se que por meio dessa garantia de que o PCD poderá utilizar de todas as garantias e descontos por meio desse procedimento administrativo, utilizando para isso de leis federais. Portanto, esse procedimento vemos ter uma grande evolução, isso quer dizer, que não deve voltar no tempo, mas sim evoluir, trazendo com sigilo mais acessibilidade, respeito, garantias, e direito de ir e vim para as pessoas com deficiência, respeitando as garantias constitucionais do povo, evoluindo dessa forma também as instituições administrativas, que devem se adequar a esses novos passos.

ATIVIDADE LABORAL DESREGULADA: RELAÇÕES TRABALHISTAS E LIBERDADE DE SINDICALIZAÇÃO NA EMPRESA UBER

GUSTAVO HENRIQUE SOARES RODRIGUES:
Graduando em Direito. Faculdade Martha Falcão (FMF).

RESUMO: A proposta deste trabalho é expor alguns entraves ao efetivo exercício da liberdade sindical, iniciando pela empresa e perpassando por teorias acerca do vínculo empregatício, e por fim, defendendo atitudes judiciais do Supremo Tribunal Federal (STF), com intuito de evitar que os trabalhadores fiquem inertes quanto às alterações nas suas relações de trabalho e também resguardar seus direitos constitucionalmente instituídos.

Palavras chave: Sindicalismo. Uber. STF.

ABSTRACT: The purpose of this work is to expose some obstacles to the effective exercise of freedom of association, starting with the company and going through theories about the employment relationship, and finally, defending judicial attitudes of the Supreme Federal Court (STF), in order to prevent workers from becoming inert about changes in their working relationships and also to safeguard their constitutionally established rights.

Keywords: Unionism. Uber. STF

INTRODUÇÃO

A liberdade sindical enquanto direito fundamental e trabalhista existe, e o que se pretende com este trabalho é garantir o pragmatismo por meio da atividade judiciária, porque ainda é um desafio aos trabalhadores a formação de sindicatos. O foco desse trabalho é a relação da empresa Uber no Brasil, e ele não se propõe a adentrar no tecnicismo trabalhista, mas tão somente observar constitucionalmente as relações de trabalho e como a ausência de postura judicial impede o desenrolar pleno da sindicalização.

A par disso, não se usará da lógica da CLT, pois ao falar de *gig economy*, deve-se ter em mente a modernização e normas atuais para acompanhá-la, não é racional defender o enquadramento legal de 1943, época que nem sequer havia internet, para sustentar a normatividade de relações trabalhistas na era digital. Visto isso, parte deste trabalho argumentará na defesa da atividade judicial, trabalhando uma hermenêutica hierárquica e temporal em prol do trabalhador e da regulamentação da modernização trabalhista.

Os direitos fundamentais da “Constituição Cidadã” devem ser resguardados, há institutos constitucionais e órgãos do Estado encarregados deste dever, e a principiologia e o caráter histórico-social desses direitos impede o retrocesso, e nesse ponto será finalizada a pesquisa.

A metodologia empregada neste trabalho inclui pesquisas bibliográficas multidisciplinares, legais, doutrinárias, artigos científicos e notícias.

1.ENTRAVE À LIBERDADE SINDICAL DOS TRABALHADORES

Segundo Mário Ackerman (2010, p. 85-86), quando se fala em liberdade sindical deve-se ter em mente duas dimensões: a individual e a coletiva. A dimensão individual “tem a ver com o direito dos trabalhadores e dos empregadores de se organizarem, de criar suas próprias organizações. Isso pode ser positivo ou negativo”. E continua, afirmando que “o direito de filiação, constituição, eleição e desenvolvimento de atividade sindical são expressões positivas dessa liberdade individual. A expressão negativa é o direito à desfiliação e a não filiação”. Já a dimensão coletiva é a “autonomia perante o Estado frente às organizações de empregadores ou também frente às organizações de trabalhadores”.

Artur Monteiro, propõe como forma de proteger os trabalhadores uma iniciativa que torne viável a organização deles para defender seus interesses ante aos empregadores, pois os motoristas de aplicativo enfrentam o impasse de inexistir um local de trabalho, o que dificulta a identificação de quem realmente presta serviços pela plataforma para que ocorra a associação (ZANATTA, PAULA, KIRA, 2017, p. 232).

Esse é um problema grave e diverge da plenitude do texto constitucional, pois está claro, de acordo com a Carta Magna, que os trabalhadores tem liberdade de sindicalização, afinal, constitui um direito social coletivo da classe, e “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”, conforme artigo 8º, inciso III da CF/88 (BRASIL, 1988).

Essa liberdade, no entanto, está sendo ameaçada pela modernização trabalhista, tendo em vista que plataformas de trabalho sob demanda surpreendem e ao mesmo tempo afrontam as normas jurídicas vigentes, dentre elas esse direito fundamental, que não pode ser abolido da Constituição, ademais, essas empresas condicionam sua efetividade à “inovação” de não haver regulamentação, um desafio-problema que deve ser amplamente encarado e contornado.

2.(NÃO) RECONHECIMENTO DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS NA ERA DAS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS

2.1 (Não) Entendimento acerca do Vínculo Empregatício nos Trabalhos Solicitados por Aplicativos.

Nesse novo cenário, cabe aqui um adendo às classificações necessárias, traduzindo a chamada *gig economy*, também denominada de economia de compartilhamento, que possui duas formas primordiais de trabalho de acordo com Renan Kalil: o trabalho *on-demand* (que são os “demandados em aplicativos gerenciados por empresas”, por exemplo, a Uber) e o *crowdwork* (em que ocorre a “realização de tarefas a partir de plataformas *online*”) (ZANATTA, PAULA, KIRA, 2017, p. 238).

Nessa linha, Artur Monteiro diz que surge o termo “uberização”, definindo as plataformas de serviço (empresas) que exploram a liberdade de profissão, promovendo, pragmaticamente, condições para o exercício desse direito. Ainda, promete-se que “todos têm a ganhar com a tecnologia”, incluem-se nesse todo: os consumidores (ganhando com os preços baixos e melhores serviços); e os trabalhadores (ganhando com mais autonomia e oportunidades no mercado) (ZANATTA, PAULA, KIRA, 2017, p. 218)

A par desse contexto, tem-se a discussão em torno da caracterização ou não da relação de emprego, tentando definir qual enquadramento merece o trabalhador nessa nova conjuntura. Tratar-se-á apenas da divergência entre trabalho autônomo e reconhecimento da existência de vínculo empregatício, ignorando a terceira corrente que mescla as duas supracitadas.

Os que defendem o trabalho autônomo, incluídas a maioria das empresas que atuam na economia de compartilhamento, e alguns autores, desenvolvem o raciocínio afirmando que (ZANATTA, PAULA, KIRA, 2017, p. 245-246):

(...) não há ou que é reduzida a subordinação; que há total liberdade dos trabalhadores em realizarem suas tarefas em quantidade, momento e local que desejarem; que não há obrigação em executar um número mínimo de atividades; que não é exigida a oferta ou execução de serviços por somente uma única plataforma ou aplicativo; que os trabalhadores possuem os seus próprios instrumentos de trabalho para a realização do serviço; que o risco da atividade é suportado pelo trabalhador; que o pagamento é feito de acordo com a quantidade de serviços feitos; que o prestador de serviços é um empreendedor com condições de organizar e gerenciar as suas atividades; que existe grande flexibilidade; que as tarefas

realizadas são pontuais; e que o trabalhador define o método de retribuição pelo serviço prestado.

Tem-se também, segundo a corrente pró trabalho autônomo, que as empresas que atuam na economia de compartilhamento não se vinculam diretamente com os serviços por elas disponibilizados, até porque, elas não realizam o serviço, elas apenas criam um ambiente virtual e promovem uma integração entre a oferta e a demanda para satisfação de interesses dos agentes econômicos (ZANATTA, PAULA, KIRA, 2017, p. 246).

Contrário a esse raciocínio são os que entendem existir vínculo empregatício nessa forma de trabalho, elencando alguns elementos (ZANATTA, PAULA, KIRA, 2017, p. 246):

(...) as empresas estabelecem regras de condutas aos trabalhadores de forma unilateral; que os valores a serem pagos pelos consumidores são estabelecidos pela empresa sem qualquer possibilidade de intervenção do prestador de serviço; que as políticas de trabalho são impostas; que se atua em face dos trabalhadores para que ocorra maior aceitação quantitativa de serviços a serem feitos; que há cláusulas contratuais entre empresas, trabalhadores e clientes que sugerem exclusividade dos prestadores de serviço em face da plataforma ou do aplicativo; que se estabelecem padrões mínimos dos instrumentos de trabalho; que não se exigem conhecimentos específicos ou qualificados dos trabalhadores para a prestação do serviço; que inexistem oportunidades de promover empreendimentos diversos; e que as avaliações dadas pelos clientes podem ocasionar o desligamento do trabalhador da plataforma ou do aplicativo.

Dessa forma, tem enfoque também em relação ao controle exercido pelas empresas, entendendo essa corrente que não é o controle direto que se deve levar em consideração, mas a possibilidade de utilizar instrumentos de monitorização na prestação de serviços (por exemplo: avaliação após as corridas, que pode até acarretar o desligamento do motorista da/e pela plataforma *online*) (ZANATTA, PAULA, KIRA, 2017, p. 247)

Sendo assim, Artur Monteiro, citando Robert Sprague, auxilia nesse entendimento, dizendo que se deve analisar a "dependência do empregador em face dos trabalhadores. Se uma empresa, ao organizar a sua atividade econômica, é

dependente dos prestadores de serviço para existir, os trabalhadores devem ser considerados como empregados” (ZANATTA, PAULA, KIRA, 2017, p. 247).

2.2 Concepção Anacrônica na Adoção da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Defesa de uma Hermenêutica Propensa ao Pragmatismo Social e Garantidora do Direito à Liberdade de Sindicalização dos Trabalhadores.

Agir quando um direito fundamental encontra-se ameaçado é sem dúvidas a atividade exercida também pelo Poder Judiciário, pois lhe é incumbida constitucionalmente essa prerrogativa, e no sentido constitucional, cabe à Constituição “proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos” (BARROSO, 2012, p. 28). Essa lógica é valiosa ao tratar do tema, porque o que se tem é uma relativização dos direitos trabalhistas em prol de um emprego.

Para se ter um resguardo desses direitos, faz-se necessário o reconhecimento do vínculo empregatício nas relações de trabalho das empresas “uberizadoras”. E para isso existe a CLT, que define o conceito de empregado e empregador, ocorre que essa definição, só pela data em que a lei foi criada, demonstra desconformidade com a realidade. Em 1969 ocorreu o primeiro resquício da existência da internet, e o diploma legal citado foi criado em 1943, décadas antes até do ano em que a internet “nasceu”. Só por esse contraste de datas do século passado pode-se afirmar que a CLT é anacrônica, e o anacronismo mais forte surge quando se tenta regulamentar as relações trabalhistas que surgem por intermédio de um *software* conectado à internet. Seria e é amplamente injusto deixar de proteger direitos porque a lei do século passado não regulamenta relações do século presente.

De acordo com Carlos Maximiliano (2011, p. 124), “a regra positiva deve ser entendida de modo que satisfaça aquele propósito; quando assim se não procedia, construíam a obra do hermenêuta sobre a areia movediça do processo gramatical”. E continua, “considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou *finalística*, por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, *teleológica*”. Por esse prisma fica latente que o autor propunha encontrar o “espírito” da lei, a *ratio juris* das normas, que a interpretação gramatical seria declinativa mas a teleológica abarcaria o propósito legislativo. Essa perspectiva merece relevância, pois o Decreto-Lei nº 5.452 de 1943 conceitua termos que hoje servem para a garantia de direitos trabalhistas, ocorre que pela impossibilidade da norma do século passado regular inovações presentes, direitos (constitucionais) seguem suprimidos, incluindo aqui a liberdade sindical.

Por tudo isso, é que se deve preferir a reformulação das configurações de empregado e empregador postas pela CLT, já não servem para todos os empregados

e empregadores. Discussões surgem sobre qual seria o melhor enquadramento para empresas “uberizadoras”, entendemos que o reconhecimento do vínculo empregatício é o mais coerente, afinal, elas dependem dos trabalhadores para existir. No “capitalismo de plataforma”, a subordinação “é velada, dá-se por meio de metas, objetivos” (SAMPAIO, 2020). Por mais que a defesa das empresas se esforcem para ecoar autonomia trabalhista, o prestador de serviço se quer escolhe o preço do seu serviço, e ainda não escolhendo, está sujeito ao desligamento da empresa por avaliação ruim dos solicitantes e também lhe é retirado – do serviço prestado – uma porcentagem para a empresa que prega atividades autônomas.

Ademais, o trabalhador é considerado um “empreendedor”, consoante aponta Hugo Sampaio (2020), “essa metodologia de captura da subjetividade é levada a cabo pelas empresas de aplicativo, que incutem na cabeça do pobre explorado de que ele é um empreendedor, não um trabalhador descartável e sem direitos”.

Com isso, deve-se levar em conta uma das lições hemenêuticas para a aplicação do elemento teleológico, entendendo que “cumpre atribuir ao texto um sentido tal que resulte haver a lei regulado a espécie *a favor*, e não *em prejuízo* de quem ela evidentemente visa a proteger” (MAXIMILIANO, 2011, p.128). E para não fugir do propósito legal deve-se ter mudado a lei, para garantir direitos e assegurar o mínimo de respeito aos motivos normativos. Pois, “caso o direito seja ineficaz e perca sua capacidade de produzir efeitos no mundo fático, estará fadado a ser apenas um conjunto de normas estatais abstratas residentes de um mundo paralelo” (SAMPAIO, 2020).

3. CORTE CONSTITUCIONAL COMO GARANTIDORA DA LIBERDADE DE SINDICALIZAÇÃO

Não raro notar os impasses acerca do tema, o cidadão ingressou num cenário trabalhista que tem de escolher entre seu salário ou seus direitos, como se um anulasse o outro. O embate sobre a liberdade sindical pode ser resolvido de duas formas: com uma obrigação judicial imposta pelo Supremo Tribunal Federal (STF) à Uber, para que ela adote um sistema que permita o exercício desse direito, e uma decisão também do STF dando uma interpretação atual da CLT para salvaguardar a eficácia plena do direito citado.

3.1 Decisão do STF Obrigando a Uber a Mudar seu Sistema.

Defender direitos constitucionais é papel típico do guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, e por exercer tão importante função, deve atentar-se para não incorrer em omissões prejudiciais ao tecido social, vale dizer, deve atuar para garantir os direitos fundamentais sociais. E como ponto de partida no tema, poderia iniciar uma empreitada jurisprudencial e vanguardista obrigando a Uber a

adotar uma plataforma diferenciada que possibilite aos trabalhadores organizarem-se, haja vista, como já exposto, há uma impossibilidade física de se reconhecer aos trabalhadores o direito associativo citado.

Como nos dizeres de Flávia Piovesan (2020), “na qualidade de direitos constitucionais fundamentais, os direitos sociais são direitos intangíveis e irredutíveis, sendo providos da garantia da suprema rigidez, o que torna inconstitucional qualquer ato que tenda a restringi-los ou aboli-los”, sendo assim, não deveria configurar tentativa de restrição ao direito de sindicalizar-se o impedimento imposto pela plataforma de os trabalhadores conhecerem-se e tornar viável a associação? Entende-se que sim, afinal, são inúmeras reclamações, não só do Brasil, impostas à Uber no sentido de assegurar direitos trabalhistas, e permanecer omissa deveria ser compreendido como uma atitude intencional de ignorar direitos plenos.

Seguindo a recomendação de Artur Monteiro, mas não aplicando ao Legislativo e sim ao Judiciário, de “determinar que as plataformas de serviço desenvolvam APIs que permitam que as organizações dos trabalhadores confirmem que determinada pessoa efetivamente presta serviços naquela plataforma”, esses APIs (*application programming interfaces*, que em tradução direta significa “interfaces de programação de aplicativos”) “são códigos que estabelecem formas de comunicação entre dois sistemas em que uma aplicação pode fazer uso de ferramentas da outra sem que as programadoras tenham acesso a todo o funcionamento da outra aplicação” (ZANATTA, PAULA, KIRA, 2017, p. 233).

O STF bem podia entender o problema e adotar a solução proposta, haja vista haver várias decisões judiciais brasileiras, de juízos hierarquicamente inferiores à Corte Suprema, promovendo uma banalização dos direitos trabalhistas e empregando no seio social que a ausência de norma literal é pressuposto para o arbítrio e o desrespeito à liberdade sindical. As decisões brasileiras existentes não tratam especificamente da liberdade sindical, mas dos direitos dos trabalhadores como um todo, dos quais o direito citado está incluído.

3.2. Reconhecimento do Vínculo Empregatício pela Corte Constitucional com a Consequente Destituição do *Status Quo* Prejudicial aos Trabalhadores.

Em consonância com José Afonso da Silva (2005, p. 236), no artigo 5, II, da CF/88, pode-se extrair o entendimento de que a liberdade “só pode sofrer restrições por *normas jurídicas preceptivas* (que impõem uma conduta positiva) ou *proibitivas* (que impõem uma abstenção)”, advindas do poder legiferante seguindo o processo legislativo constitucional. Por todo o exposto, pode-se inferir que a Uber não tem o poder de limitar a liberdade sindical, tendo em vista que a ausência de

regulamentação das suas relações não é pressuposto fático que possibilite omissões restritivas de direitos.

Ainda, pelo fato de não ver consenso em relação ao vínculo empregatício que torne exequível também a liberdade de sindicalização, fazem-se necessárias as palavras de José Afonso (*apud* Pimenta Bueno, 2005, p. 236), que em caso de dúvidas, “prevalece a liberdade, porque é o direito que não se restringe por suposições ou arbítrios”.

O contexto atual é calcado na ausência de norma infraconstitucional regulamentadora, e a norma constitucional, interessantemente perde sua eficácia para uma omissão. O que de acordo com José Afonso da Silva é inviável, entendendo que as liberdades são em regra de “*eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata*”, sendo o mesmo que afirmar que elas “não dependem de legislação nem de providência do Poder Público para serem aplicadas” (2005, p. 268). A liberdade de associação sindical do artigo 8º da Constituição enquadra-se na regra de José, tendo efeitos plenos.

Com base no exposto é que se defende a interpretação e aplicação constitucional ao tema, tendo em vista ser ilógico sustentar que uma omissão legislativa seja suficiente para restringir direitos constitucionalmente previstos. A Suprema Corte brasileira poderia seguir o exemplo da *Cour de Cassation, órgão francês equivalente ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e reconhecer o vínculo empregatício entre a Uber e um motorista, de acordo com a decisão, “o condutor não pode ser considerado autônomo, já que não cabe a ele construir a própria clientela ou definir os preços das corridas. Isso, diz a corte, gera uma relação de subordinação entre as partes”* (ANGELO, 2020). *Ou até mesmo acompanhar o entendimento do Tribunal de Apelações do Reino Unido, que manteve um entendimento de 2016, reconhecendo o vínculo empregatício entre a Uber e os motoristas* (G1, 2018).

No Relatório Auroux, da França de 1982, falava que a verdadeira democracia não pode acabar na “porta das fábricas ou na porta dos centros de trabalho”, pois não existe plenitude democrática sem a “participação dos trabalhadores na determinação das suas condições de trabalho e no direito de formar organizações para a defesa dos seus interesses profissionais” (ACKERMAN, 2010, p. 90).

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, pode-se perceber o quão fácil é a afirmação de direitos, ainda mais se eles estiverem previsto na Constituição Federal, o texto maior de um país. Não pode prevalecer embaraços de uma empresa, muito menos aceitar que a ausência de atualidade da lei que regula relações trabalhistas no país seja

pressuposto de liberalização de ofensas e desrespeito a direitos firmados. O desafio de constituir sindicato ainda é um dos entraves nessa nova forma de trabalho, mas felizmente tem-se leis sólidas e um controle de constitucionalidade que permite corrigir devaneios.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Mário. **O direito à liberdade de associação e de negociação coletiva e sua essencialidade no contexto do trabalho decente.** In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, vol. 76, n. 4, out./dez. 2010, p. 84-90.

ANGELO, Tiago. **Há vínculo empregatício entre Uber e motorista, decide corte francesa.** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-mar-05/corte-francesa-confirma-vinculo-entre-uber-motorista>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** (Syn) thesis, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 nov. de 2020.

G1. Justiça reafirma vínculo trabalhista entre Uber e motoristas no Reino Unido. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2018/12/19/justica-reafirma-vinculo-trabalhista-entre-uber-e-motoristas-no-reino-unido.ghtml>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Flávia Piovesan critica investidas contra os direitos do trabalhador.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2000-jun-02/conquistas_trabalhistas_preservadas>. Acesso em: 10 nov. 2020.

SAMPAIO, Vitor Hugo. **Direito para além do emprego: economia informal e regulação.** Revista Âmbito Jurídico nº 199. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/direito-para-alem-do-emprego-economia-informal-e-regulacao/>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ZANATTA, Rafael A. F; PAULA, Pedro C. B. de; KIRA, Beatriz. **Economias do compartilhamento e o direito**. Curitiba: Juruá, 2017.

CONTROLE EXTERNO EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SOBRE OS ACORDOS SUBSTITUTIVOS CELEBRADOS POR AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS: RELEVÂNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS NA DEFINIÇÃO DO PAPEL DO CONTROLADOR

GABRIELA DUQUE POGGI DE CARVALHO:
Mestranda em Direito Administrativo na Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP
(Brasil)

Resumo: O trabalho apresenta uma análise crítica da posição do Tribunal de Contas de União acerca de seu papel na fiscalização dos acordos substitutivos celebrados por agências reguladoras federais. Em seu desenvolvimento, adotou-se o método do levantamento e exame da legislação e doutrina nacionais, além da análise crítica de decisões selecionadas da Corte de Contas Federal. O objetivo geral é avaliar se o Tribunal de Contas da União define com clareza as possibilidades e limites de sua fiscalização sobre os referidos acordos, chamando atenção para as potenciais consequências da posição externada. A análise se justifica pelos desdobramentos práticos que a questão pode ter na ampliação do uso dos instrumentos pelas agências reguladoras federais. A hipótese de trabalho é a de que a inexistência de critérios objetivos na delimitação do papel do controle externo sobre os acordos substitutivos inibe sua utilização.

Palavras-chave: acordo substitutivo; consensualidade; agência reguladora federal; Tribunal de Contas da União; competência.

Sumário: 1. Introdução; 2 Os acordos substitutivos e as agências reguladoras; 2.1 A competência sancionatória das agências reguladoras e o seu caráter instrumental; 2.2. Acordo substitutivo celebrado por agência reguladora; 3 Relevância de critérios objetivos na definição do papel do Tribunal de Contas da União na fiscalização dos acordos substitutivos celebrados por agências reguladoras federais; 3.1 A origem do problema: a definição da competência do Tribunal de Contas da União; 3.2 O que diz o Tribunal de Contas da União; 3.3 Potenciais consequências da ausência de clareza do papel do Tribunal de Contas da União na fiscalização dos acordos substitutivos; 4 Considerações Finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a consensualidade vem ganhando espaço entre os métodos utilizados pela administração pública para o cumprimento de suas funções. Embora não se trate propriamente de um instrumento novo, pois previsto na legislação brasileira há alguns anos de forma pontual, fato é que seu uso e prescrição normativa ampliaram-se sensivelmente na última década, fruto de variadas razões. Dentre estas,

merece destaque a demanda por uma maior participação dos particulares na atuação da administração pública e a busca por alternativas nos casos em que a forma de agir imperativa e unilateral do Poder Público não alcança os resultados almejados.

Mesmo o campo do Direito Administrativo Sancionador, densamente marcado por poderes exorbitantes e pela relação verticalizada entre a administração pública e o administrado, foi permeado pelo consensualismo, que pode se concretizar por diversas formas, dentre elas a celebração de acordos para assunção de obrigações em substituição à aplicação de penas ou com efeitos impeditivos do prosseguimento de processo administrativo sancionador.

As agências reguladoras protagonizaram o movimento observado de ampliação da consensualidade em matéria sancionatória. Com o avanço do uso dos acordos em matéria sancionatória pelas agências reguladoras federais, emergiu um importante *ator* no cenário: o Tribunal de Contas da União. A Corte de Contas passou a atuar fortemente na análise e mediante a expedição de comandos relacionados aos referidos instrumentos e regulamentos emitidos pelas agências para o regramento de sua celebração. A partir daí nasceram tormentosas discussões sobre o papel e limites da atuação do Tribunal de Contas da União na fiscalização da celebração e execução dos acordos.

O objetivo geral do trabalho é avaliar se o Tribunal de Contas da União define com clareza o seu papel na fiscalização dos acordos substitutivos celebrados por agências reguladoras federais, chamando atenção para as potenciais consequências da posição externada. O tema é atual e proporciona relevantes desdobramentos práticos, na medida em que coloca luzes sobre questão de cuja solução depende o aperfeiçoamento do uso do instrumento.

Para desenvolver o estudo foi empregado como método a pesquisa e análise de doutrina, especificamente a nacional, bem como o levantamento e análise crítica de decisões selecionadas do Tribunal de Contas da União, além do levantamento e análise da legislação.

O item 2 do trabalho delinea a competência sancionatória das agências reguladoras e seu caráter instrumental, a fim de que se compreenda o contexto em que são celebrados os acordos objeto do estudo. Mais adiante, busca-se identificar o objetivo da celebração dos acordos substitutivos no âmbito da função regulatória. O item 3 apresenta a problemática da ausência de clara definição do papel da Corte de Contas Federal, destacando a sua origem. Examina-se em sequência duas importantes decisões do Tribunal de Contas da União no ponto em que tratam de seu papel na fiscalização dos acordos substitutivos celebrados por agências reguladoras federais. No item 4 são apresentadas as considerações finais do estudo.

2 OS ACORDOS SUBSTITUTIVOS E AS AGÊNCIAS REGULADORAS

2.1 A competência sancionatória das agências reguladoras e o seu caráter instrumental

A década de 90 foi marcada pelo início de um processo de reformulação do Estado brasileiro. Houve a diminuição de sua intervenção direta na economia, através da produção de bens e serviços, passando ele a adotar o papel de promotor e regulador do desenvolvimento econômico. Embora não fosse possível falar em um Estado regulador, pois sua presença na economia ainda ocorria – como ainda ocorre – de forma direta, o período foi marcado pela redução de sua atuação como prestador de serviços e produtor de bens²³.

Como produto desse momento surgiram as agências reguladoras, autarquias criadas sob um regime especial com autônoma administrativa, patrimonial e financeira, às quais foram atribuídas a função regulatória de setores da economia ou atividades de interesse público, incluídos aí os serviços públicos e outras utilidades colocadas à disposição da população em geral.

Em 1995, as Emendas Constitucionais n.ºs. 8 e 9 deram conta de incluir na Constituição a figura, até então inexistente na legislação, dos órgãos reguladores, respectivamente, do setor de telecomunicação e do monopólio da União Federal nas atividades relacionadas à exploração do petróleo no território nacional, no caso, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, instituída pela Lei n.º 9.472/1997, e a Agência Nacional de Petróleo – ANP, criada pela Lei n.º 9.478/1997.

Também naquele mesmo período, foram criadas, no plano infraconstitucional, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, por força da Lei n.º 9.427/1996; a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, pela Lei n.º 9.782/1999; a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, através da Lei n.º 9.961/2000; e a Agência Nacional de Águas – ANA, por força da Lei n.º 9.984/2000²⁴, demonstrando ser irreversível a mudança da forma como o Estado passaria se relacionar com os setores e atividades reguladas. A cada uma dessas agências foram atribuídas competências

²³ Sobre a mudança do papel do Estado no Brasil, confira em MOREIRA, Egon Bockmann. **Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil**. In: Direito da Regulação e Políticas Públicas. Malheiros. São Paulo: 2014. p. 107-139.

²⁴ O rol das agências reguladoras citadas é exemplificativo. Entres os anos de 1996 e 2005, foram criadas também a Agência Nacional de Vigilância Sanitária -ANVISA, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC.

específicas por suas leis de criação, de modo a viabilizar o cumprimento de sua função no contexto dos setores em que atuam.

Apenas em 2019, foi instituída uma Lei Geral das Agências Reguladoras, a Lei nº. 13.848/2019, que um trouxe rol taxativo das agências reguladoras existentes até então e definiu regime próprio destas entidades. A norma atribuiu às agências “natureza especial”, caracterizada na norma pela “ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos”.

Cabe a tais entidades uma grande gama de atividades, a exemplo do monitoramento, regulação, fiscalização, todas elas exercidas de acordo com os objetivos fixados em lei para o setor específico. Para este estudo interessa a competência sancionatória das agências reguladoras, pois é no contexto de seu exercício que se inserem os acordos objeto do estudo.

Trata-se de uma competência instrumental, desenhada para possibilitar o exercício eficaz das demais atribuições que foram conferidas às agências reguladoras, notadamente a de regular e fiscalizar determinadas atividades ou setores.

Não é possível conceber a regulação sem que seja possível a punição daquele que não atender às normas e aos padrões instituídos no âmbito dessa função. Seria igualmente inimaginável o exercício da fiscalização desassociado do poder de sancionar. A competência sancionatória não é um fim em si mesma.

A competência sancionatória não caracteriza uma função própria e distinta da regulatória. Insere-se nesta, servindo como instrumento para dar-lhe concretude. A respeito do papel instrumental da competência sancionatória das agências, explica o Professor Floriano de Azevedo Marques (2.000, p. 357):

Temos, então, uma primeira nota relevante: a finalidade da atividade regulatória estatal não é a aplicação das sanções e sim a obtenção de metas, pautas e finalidades que o legislador elegeu como relevantes alcançar. Para o atingimento destas finalidades primaciais pode lançar mão, dentre outros instrumentos, do poder de sancionar. As penas não são um fim em si mesmo, mas um instrumento de que se utiliza o ente estatal para obrigar aos particulares condutas desejadas.

Com efeito, as leis de criação das agências reguladoras conferiram, na seara de suas respectivas funções, o poder-dever de punir os particulares a tais entidades com vista a conduzi-los a atuarem conforme determinados padrões e objetivos. Não

houve um desenho único adotado pela legislação. Em alguns casos, o legislador ordinário arquitetou quase que por completo a maneira com a qual a agência deve exercer a referida atribuição, definindo as condutas passíveis de sancionamento e procedimento sob o qual a aplicação da pena deve ocorrer; já em outros, a atribuição foi prevista de forma genérica, deixando-se o detalhamento para o campo infra-legal.

Não cabe aqui trazer as regras de acordo com as quais cada uma das agências reguladoras federais exerce sua competência sancionatória. Como dito, é grande a diversidade, assim como os debates gerados sobre os caminhos escolhidos pelo legislador em cada caso. O importante é fixar que o Direito Administrativo Sancionador²⁵ se faz presente nas agências reguladoras e, no âmbito da regulação, a punição visa persuadir os agentes regulados a aturem em conformidade com as normas. Deve ser entendida, assim, como um instrumento de regulação, sem o qual as regras aplicáveis ao setor e a própria atuação da agência reguladora não teria êxito.

2.2 Acordo substitutivo celebrado por agência reguladora

No contexto da revisão do papel do Estado brasileiro e suas formas de atuação, viu-se a ampliação do uso da consensualidade pela administração pública como método para a consecução de seus objetivos. Embora não se trate propriamente de uma prática nova, pois a legislação brasileira prevê mecanismos consensuais há muito anos, como é o caso, por exemplo, da desapropriação amigável²⁶, foi mais recentemente que se observou a ampliação do uso do método em substituição à atuação unilateral e imperativa do Estado.

De forma paulatina, a atuação da administração pública marcada por poderes exorbitantes cedeu espaço a uma forma de agir consensual. O ato administrativo, enquanto meio de concretização de prerrogativas unilaterais e da relação verticalizada entre a administração e os particulares, deixa de ser o único instrumento de consecução das funções públicas²⁷.

²⁵ Sobre a evolução e identidade do Direito Administrativo Sancionador, confira PIMENTA, José Roberto; GROTTI, Dinorá Adelaide. **Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades**. In: Revista Interesse Público. Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020.

²⁶ Prevista no Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941.

²⁷ Juliana Bonacorsi de Palma (2015) diz existirem três conceitos utilizados pela doutrina para conceituar a consensualidade na administração pública. O primeiro teria sentido amplíssimo, compreendendo toda forma de aproximação entre a administração e particular; o segundo, de sentido amplo, abarcaria os contratos administrativos e outras formas negociais; e o terceiro e último, teria

Não há unanimidade sobre as razões que motivaram esse fato, mas é possível apontar duas frequentemente citadas: a necessidade de conferir maior participação aos particulares na atuação da administração pública e a busca por mecanismos alternativos nos casos em que a atuação unilateral não se mostra eficaz para o atingimento de seus objetivos.

O Direito Administrativo Sancionador também avançou em direção ao consensualismo²⁸. Houve ressalvas ao movimento por parcela da doutrina sob o receio de que a utilização do método poderia significar na disposição do poder de punir, em prejuízo à supremacia do interesse público sobre o privado. Fato é que mesmo nesse campo do direito, fortemente marcado por uma atuação imperativa do Estado, foram dados passos em prol do uso da consensualidade. A legislação específica passou a prevê-la de forma ampla.

Os acordos em matéria sancionatória não são uniformes. Há aqueles que têm como objetivo a cessação de uma prática infracional; e outros cujo efeito é a redução ou extinção da pena ou impedir a instauração ou prosseguimento do processo administrativo sancionador²⁹.

Existe um amplo arsenal de acordos em matéria sancionatória colocadp à disposição da administração pública, cada qual com contornos e objetivos específicos. Dentre eles, recebem destaque os acordos substitutivos de sanção. Através desse tipo de ajuste a administração pública substitui sua atuação unilateral e imperativa típica do *ius puniendi* por um instrumento bilateral celebrado com o

sentido restrito, abrangendo os acordos administrativos, gênero do qual os acordos substitutivos seriam espécie.

²⁸ A respeito da consensualidade no direito administrativo sancionador, veja em GUEDES, Francisco Augusto. **Os Princípios Constitucionais da Administração Pública e os Acordos Substitutivos de Procedimentos e Sanções Administrativas**. In: XXI Congresso Nacional do Conpedi/UFF, 2012, Niterói-RJ. Direito e Administração Pública, 2012. p. 131-151.

²⁹ Emerson Garcia (2018, sem paginação) apresentada a seguinte distinção: “A consensualidade pode visar, pura e simplesmente, à cessação de uma prática ilícita ou o aperfeiçoamento de uma atividade, sem incursão no plano sancionador propriamente dito, destinando-se, muitas vezes, a evitar a caracterização de um ilícito passível de sanção. A consensualidade também pode estar funcionalmente voltada à obtenção de um benefício no plano sancionador. Nesse caso pode assumir os contornos de consensualidade de colaboração ou puramente reprimenda. Na consensualidade de pura reprimenda, por sua vez, o autor aceita a imediata oposição de uma restrição em sua esfera jurídica, não sendo necessário que ofereça informações úteis.”

particular de efeito impeditivo ou extintivo do processo administrativo sancionador³⁰.

O direito regulatório protagonizou o fenômeno da proliferação dos acordos em matéria sancionatória no ordenamento brasileiro, sobremaneira através de normas infra-legais. Não por acaso foi no âmbito das agências reguladoras que esses tipos de acordos surgiram com maior força. A estruturação de agências autônomas incumbidas da regulação de setores da economia ou atividades de interesse público no Brasil sofreu grande influência norte-americana, onde a consensualidade é amplamente utilizada por ter suas bases no pragmatismo jurídico, corrente nascida nos Estados Unidos da América³¹.

Ainda, o caráter instrumental da competência sancionatória das agências reguladoras, conforme apresentado no tópico anterior, confere força à possibilidade de substituição das penas ou processos sancionatórios por obrigações do particular cujo cumprimento se revele mais eficaz no atingimento de determinados objetivos ínsitos à própria regulação, segundo uma visão utilitarista.

Como exemplo de normas que preveem os acordos em matéria sancionatória, vale citar o art. 29 da Lei 9.656/1998; o art. 21 da Resolução ANEEL 63/2004; o art. 29 da Resolução ANS 48/2003; o art. 4º, §1º, da Resolução ANTT-152/2003; o art. 24 da Resolução ANTAQ-987/2003; os arts. 83 a 87 da Resolução ANTAQ nº 3259; os arts. 1º e seguintes da Resolução ANATEL nº 629/2013. A leitura dos referidos dispositivos revela que não houve uniformidade no tratamento normativo dos instrumentos. Cada qual tem requisitos e objetivos próprios, desenhados a partir da demanda regulatória do setor.

Nesse contexto, não parece adequado definir características únicas para todos os acordos em matéria sancionatória celebrados por agências reguladoras. O aprofundamento no estudo do tema demanda um tratamento quase casuísticos no

30 Sobre os acordos substitutivos, explica Juliana Bonacorsi de Palma (2015, p. 252): “Os *acordos substitutivos* caracterizam-se pelo efeito terminativo do processo administrativo no qual são celebrados. Quando firmados, estes acordos substituem decisão unilateral e imperativa da Administração Pública ou findam o processo instaurado para a conformação do provimento administrativo. Neste modelo consensual fica evidente a dualidade atuação administrativa típica/atuação administração consensual, dado o papel desempenhado pelo acordo substitutivo, de instrumento alternativo de exercício da função administrativa.”

31 Sobre o pragmatismo jurídico norte-americano, confirma DEWEY, John. **O desenvolvimento do pragmatismo americano**. Revista Eletrônica de Filosofia: São Paulo, Volume 5, Número 2, julho - dezembro, 2008, p. 119-132. Trad. Cassiano Terra Rodrigues. Disponível em <http://www.pucsp.br/pos/filosofia/Pragmatismo>

propósito de compreender os acordos. Isso não elimina seu caráter, comum a todos esses acordos, utilitarista, no sentido de que podem ser mais eficazes na consecução dos objetivos da regulação que o processamento de um processo administrativo sancionador ou a aplicação de penalidades.

Segundo tal lógica, o acordo em matéria sancionatória celebrado por agência reguladora consiste em um dos instrumentos da função regulação. Sanção e acordo objetivam a mesma finalidade: de conduzir o agente regulado a atuar em conformidade com as normas, cedendo um espaço ao outro quando este se revelar mais apto a alcançar os objetivos da regulação.

3 RELEVÂNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS NA DEFINIÇÃO DO PAPEL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NA FISCALIZAÇÃO DOS ACORDOS SUBSTITUTIVOS CELEBRADOS POR AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS

3.1 A origem do problema: a definição da competência do Tribunal de Contas da União

O Tribunal de Contas da União vem exercendo importante papel no aperfeiçoamento das atividades dos órgãos da Administração Pública Federal. São inegáveis os avanços conquistados com a ampliação de sua atuação. Com o decorrer do tempo, abandonou-se a noção de que a fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas da União seria de ordem essencialmente formal, passando ele a examinar também os resultados concretos dos atos da administração³².

A competência do Tribunal de Contas da União foi estabelecida nos arts. 70 e 71 da Constituição Federal. O primeiro atribuiu ao Congresso Nacional a competência para realizar a “fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas”, mediante controle externo ou controle interno de cada Poder.

Ao Tribunal de Contas da União foi conferido o papel de auxiliar o Poder Legislativo na realização do controle externo, para o exercício do que lhe compete, segundo o art. 71 da Carta Maior, uma série de atividades, dentre elas, apreciar as contas do Presidente da República e julgar as contas dos administradores e demais

³²Florian de Azevedo Marques (2009, p. 202) aponta como desafio do controle da Administração Pública contemporânea a criação de mecanismos mais focados na averiguação do alcance concreto de resultados ao invés da aferição do cumprimento de exigências burocráticas.

responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta.

O texto dos art. 70 e 71 da Constituição de 1988 foi fruto de uma série de discussões no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte, na qual os representantes dos Tribunais de Contas do País apresentaram propostas ampliativas da competência em debate. Thiago Reis e Pedro Dutra (2020, não paginado) relatam toda a atuação dos representantes dos Tribunais de Contas na Assembleia Constituinte, inclusive com a pretensão de que o Tribunal de Contas da União figurasse, no texto constitucional, entre os Poderes da República, sem subordinação aos demais e derivado diretamente da soberania popular, com competência para fiscalizar todos os atos executórios do Estado³³.

Apesar da ênfase com que os Tribunais de Contas defenderam sua proposta de autonomia e ampliativa das atribuições do Tribunal de Contas da União previstas na Constituição de 1967, foi ela rejeitada, mantendo-se a Corte de Contas Federal no papel de auxiliar do Poder Legislativo no exercício do controle externo.

Mesmo vencidos em suas propostas, a doutrina mais balizada demonstra que os representantes do Tribunal de Contas da União insistiram na pretensão de ampliar sua competência, agora não mais na seara constitucional³⁴. As iniciativas se deram no processo legislativo da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

A Lei n.º. 8.443, de 16 de julho de 1992, ao detalhar a competência constitucionalmente atribuída à Corte de Contas, disse, logo em seu art. 1º, que o Tribunal de Contas da União consistiria em órgão de controle externo, e não em auxiliar do Poder Legislativo no exercício dessa função, destoando do texto constitucional. Além da atuação junto ao Legislativo no processo legislativo da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, há uma série de normativos infra-legais expedidos pela própria Corte de Contas Federal em que se vê claramente o objetivo de registrar sua autonomia e ampliar sua competência. É o caso, por exemplo, das Normas de Auditoria do Tribunal de Contas da União, revisada pela última vez em

³³A pretensão de o Tribunal de Contas da União figurar, na Constituição de 88, como Poder autônomo e de alcançar todos os atos executórios do Estado é extraída do documento intitulado Carta de Porto Alegre, redigida no XIV Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, realizado 1987, quando iniciados os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte.

³⁴ Nesse sentido confira a obra de André Rosilho (2019) intitulada Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle. Trata-se de uma das obras mais completas sobre o Tribunal de Contas da União, fruto de criteriosa e ampla pesquisa.

junho de 2011³⁵. Diz a normativa: “O TCU exerce competências próprias, independentes das funções do Congresso Nacional, e de suas decisões não cabem recursos ao Congresso Nacional ou a outros Poderes, se não no seu próprio âmbito.”

É possível extrair do texto acima as mais amplas autonomia e atribuições do Tribunal de Contas da União, que, segundo escrito, deve buscar a conformação das ações dos gestores ao interesse público.

O contexto acima trazido serve, em vista dos objetivos do presente estudo, para demonstrar a origem e quão tortuosa e problemática é a definição da competência do Tribunal de Contas da União. O texto da Constituição Federal não foi suficiente para encerrar as discussões tidas anteriormente à sua promulgação sobre a amplitude das atribuições da Corte de Contas Federal. O debate persiste e o aumento da complexidade das atividades da administração pública só tornam mais difíceis as discussões.

As agências reguladoras, cuja justificativa para sua criação inclui a necessidade de autonomia política e institucional de um ente incumbido de regular os serviços públicos e determinadas atividades, não ficaram à margem do debate. Muito pelo contrário. Justamente por demandarem a citada autonomia geram críticas mais fortes à visão ampliada das competências do Tribunal de Contas da União e interferências em seus atos³⁶.

Nesse contexto estão inseridos os acordos substitutivos celebrados pelas agências reguladoras. A medida em que é ampliado o uso dos instrumentos, o Tribunal de Contas da União avança em sua análise e fiscalização, com a emissão de ordens para a alteração do conteúdo dos acordos e para que sejam submetidos ao seu crivo previamente à celebração, gerando grandes discussões e dúvidas sobre o seu papel.

3.2 O que diz o Tribunal de Contas da União

Em que pese as grandes divergências sobre a possibilidade de o Tribunal de Contas da União fiscalizar a celebração de acordos em matéria sancionatória pelas agências reguladoras, o fato é que a Corte de Contas vem assim procedendo,

³⁵Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/normas-de-auditoria-do-tribunal-de-contas-da-uniao-nat.htm>. Consulta em 11/11/2020.

³⁶ Sobre o tema, confira MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. **Agências reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de contas da União**. In: Direito da Infraestrutura. Saraiva: São Paulo. 2017, p. 7-58.

mediante inclusive a emissão de ordens para alteração dos instrumentos e das normativas expedidas pelas agências reguladoras com o propósito de regular seu uso. Não há dúvidas, assim, que o Tribunal de Contas da União entende ter competência para analisar e balizar o uso da consensualidade pelas agências reguladoras.

Nesse contexto, cabe tentar identificar, em suas decisões, a delimitação dessa competência que entende deter. Não há muitas manifestações do Tribunal de Contas da União sobre o tema, tendo em vista que a ampliação do uso da consensualidade em processos de matéria sancionatória no âmbito das agências reguladoras é fenômeno relativamente recente. Foram selecionadas duas importantes decisões da Corte de Contas Federal nas quais examina a celebração de termos de ajustamento de conduta por duas agências reguladoras, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL e a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Tratam-se, respectivamente, do Acórdão nº. 548/2020 – TCU, proferido em 11/03/2020, e do Acórdão nº 2.533/2017 – TCU, de 14/11/2017, ambos do Plenário do Tribunal de Contas da União³⁷.

O mais antigo, tombado sob o nº 2.533, foi proferido em processo originado de representação feita por Auditor de Controle Externo do próprio Tribunal de Contas da União em face de possíveis irregularidades na celebração de Termos de Ajuste de Conduta (TACs) entre a ANTT e concessionárias de serviços públicos de transporte rodoviário e ferroviário. O representante apontou uma série de ilegalidades nos instrumentos, e inclusive a ilegalidade das normativas expedidas pela ANTT que disciplinam a celebração dos TACs, sob a alegação de que ultrapassariam a competência deferida na Lei da Ação Civil Pública.

Aqui não se pretende examinar qual a posição do Plenário do Tribunal de Contas da União em relação a cada uma das ilegalidades levantadas na representação. O acórdão é utilizado, no presente estudo, com o propósito exclusivo de identificar qual a posição da Corte de Contas sobre o seu papel na celebração dos ajustes por agências reguladoras e respectivos limites. Com esse propósito, extrai-se do voto do relator, cuja posição foi acolhida integralmente pelo Plenário, as passagens a seguir:

Conforme frisei no Despacho saneador e nos fundamentos do Acórdão 675/2016-Plenário, desde que observados os

³⁷ A escolha dos acórdãos citados se justifica no fato de o Plenário do Tribunal de Contas ter, nas decisões, manifestando-se sobre seu papel na fiscalização dos acordos celebrados pelas agências reguladoras e, ainda, em razão dos comentários que rendeu em cada um dos respectivos setores regulados.

standards ou limites de competência definidos pela Lei 10.233/2001, a Agência reguladora dispõe de certa margem de discricionariedade para, diante da violação ao contrato de concessão, aos regulamentos de regulação dos serviços delegados e à lei, escolher o instrumento que melhor atenda ao interesse público no caso concreto, seja ele medida punitiva ou acordo substitutivo. Em princípio, a própria Agência, atenta às dinâmicas do setor regulado, o contexto do contrato e as peculiaridades da situação vertente, haverá sempre de sopesar os prós e contras da celebração de acordo que possa colocar termo às pendências verificadas na execução da avença, como alternativa à instauração ou ao prosseguimento de processo sancionador, justificando a solução adotada como a aquela que mais convenha ao interesse público.

Em todo caso, a escolha entre a abertura de processo administrativo sancionador ou a celebração de termo de ajuste de conduta que permita, mediante a adesão do compromissário, cessar as irregularidades e compensar os danos causados na prestação de serviço, haverá sempre de ser motivada pelo Administrador, de tal forma que sua regularidade e atendimento ao interesse público possam ser sindicados pelos órgãos controle externo judicial ou administrativo.

Nessa vereda, não estará o Tribunal de Contas da União se imiscuindo no âmbito de discricionariedade do gestor, mas verificará se a opção eleita pelo Administrador atende ao interesse público primário. (...)

Dessa forma, a escolha pelo acordo substitutivo não pode ser realizada à custa de mera assunção ou diminuição das obrigações ordinárias já estabelecidas em contrato de concessão, mas deve estar fundada no compromisso de o concessionário assumir obrigações extraordinárias, seja, por exemplo, sob a forma de investimentos suplementares na melhoria e atualização tecnológica do serviço, seja na diminuição das tarifas. Assim, tais compensações haverão de contribuir para melhoria dos serviços regulados, além de desestimular o concessionário a incorrer em futuras transgressões da avença e da legislação regulatória.

Como se vê, o relator inicia seu voto dizendo que a opção de celebrar, ou não, o acordo substitutivo de sanção diante do descumprimento contratual, das normas regulatórias e da lei pela concessionária está no âmbito da discricionariedade da agência reguladora, a ser avaliada segundo as circunstâncias concretas e desde que o faça motivadamente. Logo adiante, contudo, registra que o Tribunal Contas da União verificará se a opção eleita atende ao interesse público primário, aduzindo que tal iniciativa não implicaria em ingressar na discricionariedade do gestor. Por fim, o relator traça algumas balizas impostas ao gestor na formulação do acordo substitutivo.

Embora a exposição do relator apresente certa lógica, as afirmações parecem contraditórias. Primeiro é dito que cabe ao gestor, diante das circunstâncias do caso, decidir qual o caminho seguirá frente ao descumprimento do contrato, das regras regulatórias e da lei, em um sinal de que o Tribunal de Contas da União não poderia interferir na escolha. Adiante, contudo, afirma-se que cabe a este avaliar se a opção escolhida é adequada para atender ao “interesse público primário”.

A segunda passagem do trecho do voto acima transcrito segue em sentido oposto da primeira. Uma vez verificado que o Tribunal de Contas da União tem competência para avaliar se a celebração do acordo substitutivo atende ou não ao interesse público primário é porque a opção do gestor na decisão está sujeita ao seu controle. Com base nessa ideia, ao analisar TAC celebrado pela ANTT, o Tribunal de Contas concluiu:

Não obstante haver certa evolução nos termos do acordo, sobretudo quanto à renúncia da concessionária comprometente a eventuais contestações administrativas e judiciais em processos de aplicação de penalidades, ainda assim, o novo TAC ostenta fragilidades que denunciavam excessiva permissividade da Agência reguladora em favor da TLSA e em detrimento do interesse público, como exemplificada nas seguintes condições: (...)

Muito embora a norma regulamentadora que lastreou a celebração dos referidos termos de ajustamento de conduta (artigos 16 a 18, da Resolução ANTT 442/2004) tenha sido editada dentro das competências deferidas à Agência Nacional de Transportes Terrestres pelos artigos 20 a 24 da Lei 10.233/2001, ainda assim, resente-se de lacunas que a tornam mera recomendação ao concessionário para correção de pendências, destituída qualquer conseqüência jurídica que a

torne eficaz e efetiva ao interesse público atinente à regular prestação do serviço público concedido.

Não foram estipuladas sanções adicionais que inibissem o descumprimento do termo de ajustamento de conduta. (...)

Considerando que as lacunas normativas apontadas nestes autos pode engendrar futuros acordos substitutivos, com as mesmas fragilidades e vícios, determino à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que se abstenha de celebrar Termos de Ajuste de Conduta (TACs) que não prevejam medidas compensatórias para as infrações praticadas e apenas estipulem, como cominação pelo descumprimento das obrigações pactuadas, a adoção das providências necessárias à instauração de processo administrativo para apuração das responsabilidades e aplicação das penalidades cabíveis ou ao seu prosseguimento, se anteriormente instaurado, porquanto referida cominação não é capaz de compelir os compromissários ao integral cumprimento das obrigações estipuladas na avença, em despreço aos princípios da eficiência, da finalidade administrativa e da supremacia do interesse público.

A decisão evidencia que o próprio Tribunal de Contas da União não é claro ao delimitar o seu papel na fiscalização da celebração dos acordos em matéria sancionatória pela ANTT. No plano abstrato, afirma a discricionariedade do gestor na escolha da medida a ser adotada diante de uma conduta infracional, mas, ao decidir, avoca o poder-dever de avaliar se a decisão atende ao interesse público primário, em cujo exercício expede uma série de regras que devem, segundo ele, ser obrigatoriamente previstas nas normativas da ANTT e observadas pelo conteúdo dos TACs.

A julgar pela decisão acima, o Tribunal de Contas da União pretende reservar ao gestor certa margem de discricionária na decisão quanto à celebração de acordo em substituição de sanção, mas desde que, e no limite daquilo que, ele próprio, o Tribunal de Contas da União, entende atender ao “interesse público primário”.

O raciocínio é problemático, e se torna mais complexo diante da dificuldade de se definir interesse público primário. O ponto é que, ao dizer que avaliará se os TACs atendem ao interesse público primário, e não havendo uma forma objetiva de definir em que este consiste ou de que maneira pode ser alcançado, – mesmo porque

não há tão somente um único caminho para tanto – o Tribunal de Contas da União joga a decisão do gestor sob um tortuoso crivo, cujos contornos não são claros.

A decisão mais recente analisada no presente estudo também não contribui com o objetivo de aclarar a questão. O Acórdão nº. 548/2020 – TCU, da relatoria do Ministro Bruno Dantas, foi proferido em processo instaurado para o acompanhamento da celebração de TAC entre a ANATEL e o Grupo TIM. O caso teve origem em um outro processo, o TC 022.280/2016-2, no qual foi apreciada representação referente à atuação da ANATEL na negociação, celebração e fiscalização de TAC. Naquela primeira oportunidade, o Tribunal de Contas da União analisou as normativas da ANATEL que regiam os acordos e o caso concreto da Telefônica Brasil S/A, em negociação pela agência na ocasião.

O caso ficou famoso porque consistiu na primeira importante investida da Corte de Contas Federal em face das normativas e acordos substitutivos de sanção formulados por agência reguladora, a qual teve como resultado a desistência da concessionária em seguir com a negociação, tendo em vista as diversas recomendações do Tribunal de Contas da União quanto ao conteúdo e requisitos para a celebração do acordo. Na sequência, foram proferidos sucessivos acórdãos de acompanhamento do cumprimento, pela ANATEL, daquelas recomendações. A decisão aqui estudada é um deles. Ela analisa se a agência atendeu aos comandos anteriormente expedidos pelo Tribunal de Contas da União e uma proposta de acordo feita pela concessionária TIM.

Em trecho de seu voto, acolhido pelo Plenário, o relator retoma algumas de suas considerações feitas nos processos anteriores. Sobre a atuação do Tribunal de Contas da União diz:

43. Nesse ponto, reforço os contornos do controle externo em relação aos termos de ajustamento de conduta, que, por se tratarem de processos substitutivos de sanções, se inserem nas atividades finalísticas das agências reguladoras.

44. A jurisprudência deste Tribunal aponta para um controle externo de segunda ordem em relação às atividades finalísticas das agências, com o objetivo de verificar a regularidade da sua atuação, respeitando suas escolhas regulatórias e a sua autonomia funcional.

45. Além disso, a natureza negocial desses ajustes pressupõe maior espaço de discricionariedade do agente público, de modo que se o controle externo impuser rígido controle burocrático poderá minar o instrumento e sacramentar a

ineficiência da atuação sancionadora da atividade regulatória.

Em relação aos acordos substitutivos de sanção celebrados por agências reguladoras, é possível extrair, da passagem acima, duas afirmações: a uma, inserem-se nas atividades finalísticas das agências reguladoras e, a duas, pressupõem um maior espaço para a discricionariedade na sua celebração. Quanto ao papel do Tribunal de Contas da União, também se observam duas afirmações: a uma, consiste em um controle de “segunda ordem” e, a duas, não pode impor rígido controle burocrático.

É claro o objetivo do relator de limitar a atuação do Tribunal de Contas da União, no controle desse tipo de acordo ao reconhecer a existência da certa margem de discricionariedade em sua celebração. Contudo, ao definir o seu papel, a Corte de Contas utiliza expressão sem sentido preciso, qual seja, “controle de segunda ordem”. Embora sinalize para uma autocontenção, o termo controle de segunda ordem parece não ser suficiente para delimitar a competência da Corte na fiscalização da celebração dos acordos. Não há no acórdão um outro trecho que esclareça em que consistiria tal espécie de controle. A depender da interpretação, pode-se conferir um sentido amplo ou mais restrito ao termo.

A expressão “controle de segunda” ordem vem sendo utilizada pelo Tribunal de Contas da União desde 2004, em diversas decisões sobre sua atuação junto às agências reguladoras³⁸. Nenhuma delas, contudo, esclarece do que exatamente se trataria. Tiago Reis e Pedro Dutra (2020, sem paginação) comentam o uso da expressão nas decisões da Corte de Contas, dizendo:

Além de problemas de forma, o conceito de fiscalização de segunda ordem levanta sérias dúvidas em razão do seu próprio conteúdo. Não há notícia, na literatura nacional ou estrangeira, de entendimento igual ou similar ao adotado pelo Tribunal de Contas desde 2004, em diversas decisões para caracterizar o tipo de controle que exerce sobre as Agências Reguladoras. Ao

³⁸ Nesse sentido, veja o Acórdão n.º 1.757, de 10.11.2004, da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues; o Acórdão n.º 798, de 06.04.2016, da relatoria do Ministro Vital do Rego; e o Acórdão n.º 1.407, de 01.06.2016, também da relatoria do Ministro Vital do Rego.

que tudo indica, isso se deve ao fato de que, mais uma vez, está-se diante de uma criação original do TCU³⁹.

A partir da análise das decisões acima, observa-se que o próprio Tribunal de Contas da União não é preciso ao definir o seu papel no tocante à celebração dos acordos substitutivos por agência reguladora federal, seja pela contradição ou pelo uso de termos imprecisos em suas decisões.

3.3 Potenciais consequências da ausência de clareza do papel do Tribunal de Contas da União na fiscalização dos acordos substitutivos

Embora haja um claro esforço do Tribunal de Contas da União em prol da delimitação e justificativa, do ponto de vista teórico, do âmbito de sua atuação na celebração de acordos substitutivos, o uso de conceitos indeterminados e a contradição entre o reconhecimento, em abstrato, da discricionariedade e o crivo a que pretende submeter a opção do gestor deixa sérias dúvidas quanto à possibilidade e limites de sua fiscalização.

O grau de generalidade com que se manifesta sobre a questão não oferece segurança àqueles que se lançam na tarefa de avaliar em que medida a Corte de Cortes ingressará no conteúdo e opção do gestor de celebrar acordo em substituição de sanção ou impeditivo de processo administrativo sancionador.

Não que caiba ao próprio Tribunal de Contas da União, através de suas decisões, definir sua competência. Evidentemente que não. A delimitação de sua competência foi realizada pelo texto constitucional, não sendo as decisões ou normativas internas da Corte instrumentos hábeis para ampliá-la. Contudo, uma vez reconhecida pelo Tribunal de Contas de União a importância de tais acordos na consecução da função das agências reguladoras e do interesse público, situando-os, inclusive, dentre as atividades finalísticas desta, deve buscar tanto quanto possível conferir clareza às possibilidades e limites de seu papel, a fim de conferir segurança jurídica aos envolvidos, sobremaneira aos gestores, a respeito do espaço que detêm para fazer escolhas na celebração e definição do conteúdo dos acordos.

É notável a produção doutrinária sobre o tema da competência do Tribunal de Contas da União na fiscalização das atividades das agências reguladoras. Há uma recorrência no alerta para o fato de a Corte vir exorbitando a sua competência

³⁹ Na sequência, os autores defendem que a expressão fiscalização de segunda ordem utilizada pelo Tribunal de Contas da União decorre de uma transposição, para o direito regulatório, do conceito de observação de segunda ordem utilizada na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.

constitucional em suas investidas e controle mais recentes sobre tais entidades⁴⁰. De outra banda, existem vozes que reconhecem a importância de sua postura atual⁴¹.

Já sobre o papel da Corte de Contas na celebração de acordos em matéria sancionatória pelas agências reguladoras por enquanto não existem manifestações mais densas. Diante desse cenário, e considerando o histórico apresentado anteriormente, marcado por investidas internas da Corte de Contas da União Federal de ampliação de sua atuação, há a tendência de a discussão a respeito dos limites de sua fiscalização sobre as atividades das agências reguladoras ser projetada para os acordos substitutivos.

Nesse último caso as consequências podem ser mais severas que geradas pelo antigo embate. É que, para além de produzir gestores inibidos e que priorizam mais atender a demandas burocráticas que cumprir com os objetivos-fim das agências reguladoras e insegurança no setor regulado, a ausência de clareza nos limites da atuação do Tribunal de Contas da União coloca em risco a ampliação e o uso dos acordos substitutivos, apesar do reconhecimento dos ganhos que pode trazer na consecução da função regulatória. Não se trata aqui de reduzir ou enfraquecer o controle. Muito pelo contrário. O ponto em discussão cinge-se à necessidade de clareza das atribuições dos atores envolvidos.

Estar-se-á a tratar de um instrumento cuja concretização depende, também, da vontade e escolha do concessionário ou agente regulado que praticou ou está sob a suspeita da prática da infração. Por mais desfavorável que seja sua posição e maiores as vantagens do acordo, nunca existirá a obrigação por parte do particular de celebrar o instrumento. Submeter todos os acordos a uma instância revisional geral, cujas possibilidades e limites não são bem conhecidos, gera a insegurança para as partes sobre a eficácia daquilo que se ajustou.

Sabe-se que tais espécies de instrumento demandam uma dosimetria de incentivos e ônus que ultrapassa sua mera prescrição normativa para que sejam

40 Nesse sentido, veja: GOMES, Eduardo Granha Magalhães. **As agências reguladoras independentes e o Tribunal de Contas da União: conflito de jurisdições?** Revista de Administração Pública. v. 40, n.º.4, Rio de Janeiro, p. 615-630, jul./ago, 2006; DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. **O soberano da regulação: o TCU e a infraestrutura.** São Paulo: Singular. E-book. 2020.

41Confira em MENEZES, Monique. **O tribunal de contas da união, controle horizontal de agências reguladoras e impacto sobre usuários dos serviços.** Revista de Sociologia e Política. Vol. 20, n.º. 43 Curitiba, 2012. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782012000300006&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 03 de janeiro de 2021.

efetivos. Excessivas vantagens ou riscos para o agente regulado ou gestor da agência reguladora podem eliminar a atratividade do instrumento.

Por outro lado, qualquer tipo de negociação exige dos envolvidos uma visão do *timing* de cada passo realizado. As decisões são tomadas a partir de cenários, normalmente afetados por uma série de variáveis, a exemplo da economia do País, estratégia comercial e imagem perante o mercado das empresas. Excessivo tempo, burocracia e idas e vindas do procedimento da negociação poderão gerar perdas de oportunidade e do *timing* em geral pelo particular ou agência reguladora ao ponto de inviabilizar as negociações.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos últimos anos, viu-se a ampliação do uso da consensualidade pela administração pública para o desempenho de suas funções. As prerrogativas excepcionais e a relação verticalizada entre Poder Público e particulares cedeu espaço para o método consensual. Mesmo no campo do Direito Administrativo Sancionador, que expressa fortemente a imperatividade da administração, a consensualidade tem se mostrado instrumento útil à consecução de objetivos públicos.

No Brasil, as agências reguladoras protagonizaram o movimento em direção à utilização da consensualidade, inclusive no âmbito de sua competência sancionatória. O claro papel instrumental desta dá suporte ao alargamento do uso do método em alternativa à aplicação de sanções. A medida em que sua utilização foi se alargando, os acordos em matéria sancionatória passaram a fazer parte da pauta de fiscalização do Tribunal de Contas da União, órgão de controle indispensável para o aperfeiçoamento da administração pública brasileira. Foram adotadas iniciativas pela Corte de Contas na fiscalização da celebração dos referidos instrumentos por agências reguladoras federais.

Como consequência natural do cenário, surgiram as dúvidas e debates acerca das possibilidades e limites da atuação do Tribunal de Contas da União naquele campo. Esse tipo de problemática não é recente. Antes até da promulgação da Constituição Federal de 1988, eram comuns as discussões sobre o papel da Corte frente à administração pública brasileira. Os trabalhos da Assembleia Geral Constituinte foram marcados por investidas de representantes dos Tribunais de Contas do País, especialmente o da União, para a ampliação e reforço de sua competência e autonomia, algumas delas formalizadas através de anteprojeto apresentado na Assembleia.

Naturalmente, esse debate se projeta para o tema do papel do Tribunal de Contas na União na fiscalização dos acordos substitutivos celebrados por agências

reguladoras. A jurisprudência da Corte não ajuda a apaziguar as discussões. Em análise de decisões da Corte envolvendo a ANTT e ANATEL, proferidos em dois casos paradigmáticos, percebe-se uma tentativa de preservar o espaço de decisão do gestor no uso do instrumento, mas, contraditoriamente, a Corte de Contas Federal finca o seu dever-poder de avaliar se a escolha do agente atende ao “interesse público primário”. O uso de expressões com conceitos indeterminados, criadas por mão própria do Tribunal, a exemplo do “controle de segunda ordem”, também prejudica a clareza quanto ao papel que entende ter na fiscalização dos acordos.

O salutar debate entre a academia, julgadores e equipe técnica do Tribunal de Contas da União pode auxiliar a conferir maior segurança jurídica àqueles que negociam um acordo substitutivo. Isso não dispensa, contudo, que a Corte de Contas Federal busque em sua jurisprudência catalisar esse processo, delimitando com a maior precisão possível o seu campo de atuação. Se reconhece serem os acordos substitutivos instrumentos válidos e úteis para o cumprimento das funções atribuídas às agências reguladoras, deve se posicionar de forma clara sobre as possibilidades e limites de sua atuação na fiscalização da celebração e conteúdo dos instrumentos.

Isso não significa o dever de atender à crítica da doutrina no sentido de que estaria exorbitando a sua competência constitucional, restringido sua atuação, ou tampouco de ampliá-la com base em atos internos de seu corpo. Quer dizer apenas que não deve almejar ou contribuir para uma plasticidade de seu papel na fiscalização dos acordos celebrados pelas agências reguladoras em matéria sancionatória.

Não se trata aqui de diminuir o controle. Este tem se mostrado cada vez mais essencial ao bom funcionamento e aperfeiçoamento da administração pública brasileira. Mas é importante o esforço do Tribunal para aclarar o tema em sua jurisprudência, sob pena de limitar a utilização dos acordos substitutivos.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras, legalidade e direitos fundamentais: limites aos poderes normativo e sancionatório da ANVISA na regulação de produtos fumígenos**. Revista de Direito Público da Economia, v. 10, p. 147-168, 2005.

_____. **Uma teoria do Direito Administrativo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 de dezembro de 2020.

_____. **Lei nº. 8.443, de 16 de julho de 1992.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 14 de dezembro de 2020.

_____. **Lei nº. 9.478, de 6 de agosto de 1997.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em: 14 de dezembro de 2020.

_____. **Lei nº. 9.656, de 3 de junho de 1998.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso em: 14 de dezembro de 2020.

_____. **Lei nº. 9.782, de 26 de janeiro de 1999.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9782compilado.htm. Acesso em: 14 de dezembro de 2020.

_____. **Lei nº. 13.848, de 25 de junho de 1999.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm. Acesso em: 14 de dezembro de 2020.

_____. **Lei nº. 9.961, de 28 de janeiro de 2000.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9961.htm. Acesso em: 14 de dezembro de 2020.

_____. **Lei nº. 9.984, de 17 de julho de 2000.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9984.htm. Acesso em: 14 de dezembro de 2020.

_____. ANATEL. **Resolução ANATEL nº 629, de 16 de dezembro de 2013.** Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/680-resolucao-629>. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

_____. ANEEL. **Resolução ANEEL nº 63, de 12 de maio de 2004.** Disponível em: https://www.aneel.gov.br/documents/655816/14689417/Resolu%C3%A7%C3%A3o+Normativa+Aneel+63+2004_ren2004063.pdf/b202aa21-a235-4d02-9b1d-1d1547cdec37#:~:text=Aprova%20procedimentos%20para%20regular%20a,gest%C3%A3o%20de%20recursos%20provenientes%20de. Acesso em: 10 de dezembro de 2020.

_____. ANTAQ. **Resolução ANTAQ nº. 3259, de 30 de janeiro de 2014.** Disponível em:
<http://web.antaq.gov.br/portaltv3/pdfSistema/Publicacao/0000008678.pdf>. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

_____. ANTAQ. **Resolução ANTAQ nº. 987, de 14 de fevereiro de 2008.**

Disponível em:

<http://web.antaq.gov.br/portaltv3/pdfSistema/Publicacao/0000008286.pdf>. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

_____. ANTT. **Resolução ANTT nº. 152 de 16 de janeiro de 2003.** Disponível em:

https://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-152-2003_99109.html#:~:text=Estabelece%20os%20crit%C3%A9rios%20e%20procedimentos,servi%C3%A7os%20p%C3%ABlicos%20de%20transportes%20terrestres.

Acesso em: 05 de dezembro de 2020.

_____. ANVISA. **Resolução Normativa ANS nº. 48, de 19 de setembro de 2003.**

Disponível em:

<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NTU3#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20administrativo,Ag%C3%Aancia%20Nacional%20de%20Sa%C3%BAde%20Suplementar.&text=A%20Diretoria%20Colegiada%20da%20Ag%C3%Aancia,vista%20o%20disposto%20no%20art.> Acesso em 05 de janeiro de 2021.

DEWEY, John. **O desenvolvimento do pragmatismo americano.** Revista Eletrônica de Filosofia. Trad. Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo, vol. 5, n. 2, julho – dezembro. p. 119-132, 2008. Disponível em:

<http://www.pucsp.br/pos/filosofia/Pragmatismo>. Acesso em: 13 de novembro de 2020.

DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. **O soberano da regulação: o TCU e a infraestrutura.** São Paulo: Singular. E-book, 2020.

GARCIA, Emerson. **A consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº. 8429.** Disponível em:

<https://www.conamp.org.br/publicacoes/coluna-direito-em-debate/5890-a-consensualidade-no-direito-sancionador-brasileiro-potencial-incidencia-no-ambito-da-lei-n-8-429-1992-5890.html>. Acesso em 12 de dezembro de 2020.

GOMES, Eduardo Granha Magalhães. **As agências reguladoras independentes e o Tribunal de Contas da União: conflito de jurisdições?** Revista de Administração Pública. V. 40 nº.4, Rio de Janeiro, p 615-630, jul./ago, 2006.

GUEDES, Francisco Augusto. **Os Princípios Constitucionais da Administração Pública e os Acordos Substitutivos de Procedimentos e Sanções Administrativas.** In: XXI Congresso Nacional do Conpedi/UFF, 2012, Niterói-RJ. Direito e Administração Pública, p. 131-151, 2012.

MARQUE NETO, Floriano de Azevedo. **Os grandes desafios do controle da Administração Pública**, in: Paulo Modesto (coord.) Nova Organização Administrativa Brasileira, Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Poder de Sanção – Órgão Regulador – ANEEL**. Revista de Direito Administrativo. Seção Pareceres. Vol. 221, p.353-370, 2000.

MENEZES, Monique. **O tribunal de contas da união, controle horizontal de agências reguladoras e impacto sobre usuários dos serviços**. Revista de Sociologia e Política. Vol. 20, n°. 43, Curitiba, 2012. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782012000300006&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 03 de janeiro de 2021.

MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. **Agências reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de contas da União**. In: Direito da Infraestrutura. Saraiva: São Paulo. 2017, p. 7-58.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil**. In: Direito da Regulação e Políticas Públicas. Malheiros: São Paulo, 2014. p. 107-139.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (coord.). **Direito Administrativo Sancionador – Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUCSP Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2019.

PALMA, Juliana Bonacorsi. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Processo regulatório sancionador e consensualidade: análise do acordo substitutivo no âmbito da Anatel**. Revista de Direito de Informática e Telecomunicações - RDIT. Belo Horizonte, ano 5, n. 8, jan./jun. 2010. Disponível em https://www.academia.edu/18478398/Processo_regulat%C3%B3rio_sancionador_e_consensualidade_an%C3%A1lise_do_acordo_substitutivo_no_%C3%A2mbito_da_ANATEL. Acesso em 10 de setembro de 2020.

PELEGRINI, Márcia. **A competência sancionatória do Tribunal de Contas no exercício da função controladora. Contornos constitucionais**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. PUC-SP. São Paulo. 2008.

PIMENTA, José Roberto; GROTTI, Dinorá Adelaide. **Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades**. In: Revista Interesse Público. Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020.

ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União: Competências, Jurisdição e Instrumentos do Controle**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. **Acordos substitutivos nas sanções regulatórias**. Revista de Direito Público da Economia, v. 34, p. 133-152, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. **Dever regulamentar nas sanções regulatórias**. Revista de Direito Público da Economia, v. 8, n. ° 31, p. 33-55, 2010

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ANÁLISE DAS ACEPÇÕES DA CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO:

Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, Especialista em Direito Penal pela Damásio Educacional e Ibmec, Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Prominas, Especialista em Ciência Política pela UNIBF. Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB), Professora de Direito Constitucional e Direito Penal da Autarquia Educacional do Vale do São Francisco – AEVSF, Advogada.

GUILHERME SABINO NASCIMENTO SIDRÔNIO DE SANTANA

(coautor)⁴²

Resumo: O objetivo do artigo é analisar as diversas acepções do instituto da “culpabilidade” no Direito Penal Brasileiro. Trata-se de um artigo científico descritivo, cuja metodologia empregada foi uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se também de análise jurisprudencial. Ao final, conclui-se que o termo “culpabilidade” é plurissignificativo, havendo três sentidos em que mais frequentemente se usa a expressão no direito penal: a culpabilidade como princípio; a culpabilidade como limite da pena; e a culpabilidade como elemento do delito.

Palavras-Chave: Culpabilidade. Teoria do Crime. Direito Penal.

Abstract: The purpose of the article is to analyze the different meanings of the “culpability” institute in Brazilian Criminal Law. It is a descriptive research, whose methodology used was a bibliographic research, also using jurisprudential analysis. In the end, it is concluded that the term “culpability” is plurisignificant, with three senses in which the expression in criminal law is most frequently used: culpability as a principle; guilt as the limit of the sentence; and guilt as an element of crime.

Keywords: Guilt. Crime Theory. Criminal Law.

INTRODUÇÃO

⁴²Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, advogado.

O presente Artigo Científico possui como método o bibliográfico, através da revisão de livros e artigos científicos na área das Ciências Criminais, e objetiva analisar o instituto da culpabilidade no Direito Penal Brasileiro, notadamente porque este instituto possui múltiplas acepções. Assim, o problema principal do artigo é responder quais os significados das acepções do termo culpabilidade para o Direito Penal.

Desta forma, como hipótese, temos que são três as acepções do termo culpabilidade para o Direito Penal. São elas: (i) a culpabilidade como princípio, querendo traduzir a limitação da responsabilidade penal objetiva; (ii) a culpabilidade como limite de pena, vinculada ao grau de reprovabilidade da conduta; e (iii) a culpabilidade como elemento do delito, configurada pelo conjunto de características pessoais do sujeito que conduzem ao reconhecimento da culpabilidade.

Com efeito, o conceito de culpabilidade penal é modernamente o elemento da teoria do delito ao qual se dá mais atenção em livros e artigos científicos. É imperioso ressaltar que todas essas acepções surgiram justamente da evolução do conceito do instituto e das funções que, pouco a pouco, a culpabilidade foi exercendo na estrutura dogmática. O Código Penal não apresenta e jamais apresentou o conceito de culpabilidade. Essa tarefa é da doutrina, que formulou vários significados ao longo do tempo.

1. O MÉTODO PENAL: OBJETO DA INVESTIGAÇÃO E DIMENSÕES DO ESTUDO

A culpabilidade enquanto princípio deve ser estudado à luz do método do Direito Penal, pois é pelo método que se pode estudar um objeto, formulando enunciados para melhor entendê-lo. A dogmática penal e, em particular, a Teoria do Crime, que tem na tipicidade o seu primeiro elemento, seguindo-se posteriormente a antijuridicidade e a culpabilidade, representam em si uma limitação ao *jus puniendi* (BRANDÃO, 2012, p. 180).

Se o Direito Penal de um Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente a pena, depende da referida Teoria do Crime para ser aplicado, o que não estiver em conformidade com o estabelecido por ela estará logicamente afastado daquele ramo do direito. Neste sentido, a Teoria do Crime, ao estabelecer critérios para a identificação do que é delito e, por conseguinte, para a imputação de sua consequência, a pena, representa um método, pois funciona como caminho para se chegar ao conceito (BRANDÃO, 2012, p. 182).

O Princípio da Legalidade dá ao método penal *status* Constitucional. Dispõe o art. 5º, XXXIX da Constituição que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. A cientificidade do direito penal é decorrente da existência de um método, o qual investigue o seu correspondente objeto. Portanto,

é o Princípio da Legalidade que torna o Direito Penal suscetível de limitações, representando ele a condição para o Direito Penal científico, isto é, a condição para o desenvolvimento dos elementos que integram a dogmática penal (BRANDÃO, 2012, p. 186-187).

A seu turno, o Princípio da culpabilidade também possibilita uma aproximação entre o Direito Penal e o Direito Constitucional, uma vez que a Constituição estabelece em seu art. 5º, LVII que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sua sentença penal condenatória.

2. CONCEITO DE CULPABILIDADE E DISTINTAS ACEPÇÕES DO TERMO

A expressão culpabilidade é evidentemente derivada da palavra culpa e culpado, que tem vinculação religiosa, pois o fundamento da “culpa religiosa” sempre foi a possibilidade de escolha entre o bem e o mal. Essa simples observação diz muito a respeito da culpabilidade penal, pois durante muito tempo o instituto foi estudado, tendo em vista o objetivo de identificar a existência ou não da possibilidade de o agente atuar de outro modo sem violar o Direito Penal, ou seja, pelo livre arbítrio, o agente escolher o “bem”. Culpabilidade, nesse sentido, nada mais é do que a reprovação jurídica ao autor do fato que, tendo possibilidade de agir conforme o direito, opta por violá-lo (BUSATO, 2015, p. 522). Entretanto, o doutrinador Bitencourt (2012, p. 28) detecta outros sentidos para o termo, afirmando assim a natureza plurissignificativa do instituto da culpabilidade no Direito Penal:

Atribui-se, em Direito Penal, um triplo sentido ao conceito de culpabilidade, que precisa ser liminarmente esclarecido. Em primeiro lugar, a culpabilidade, como fundamento da pena, significa um juízo de valor que permite atribuir responsabilidade pela prática de um fato típico e antijurídico a uma determinada pessoa para a consequente aplicação de pena. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos — capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta — que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade, e que deverão ser necessariamente valorados para, dependendo do caso, afirmar ou negar a culpabilidade pela prática do delito. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal. Em segundo lugar, entende-se a culpabilidade como elemento da determinação ou medição da pena. Nessa acepção a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, de acordo com a gravidade do injusto. Desse

modo, o limite e a medida da pena imposta devem ser proporcionais à gravidade do fato realizado, aliado, é claro, a determinados critérios de política criminal, relacionados com a finalidade da pena. E, finalmente, em terceiro lugar, entende-se a culpabilidade, como conceito contrário à responsabilidade objetiva. Nessa acepção, o princípio de culpabilidade impede a atribuição da responsabilidade penal objetiva. Ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível se não houver obrado, pelo menos, com dolo ou culpa.

A mutação permanente sofrida pelo conceito de culpabilidade levou a doutrina e a legislação a incorporarem, em seu discurso, distintos usos para o mesmo termo. Assim, temos que em várias passagens do Código Penal se utiliza a expressão culpabilidade querendo significar coisas diferentes. Do mesmo modo, a doutrina em geral, repetindo a terminologia, também faz referência a culpabilidade em vários sentidos. De forma sucinta, pode-se dizer que há três sentidos em que mais frequentemente se usa a expressão culpabilidade em direito penal: (i) a culpabilidade como princípio; (ii) a culpabilidade como limite da pena; (iii) a culpabilidade como elemento do delito (BUSATO, 2015, p. 523).

3. A CULPABILIDADE COMO PRINCÍPIO NO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal estabelece em seu art. 5º, LVII que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sua sentença penal condenatória. Trata-se de exigir a concorrência de dolo ou de imprudência para a realização do delito, ou seja, de que não só o fato possa ser atribuído objetivamente ao autor como obra sua, mas também possa sê-lo subjetivamente. É necessário lembrar que essa concepção é o que leva a diferenciar o Direito Penal do Direito Civil. Esse último, em alguns casos, dispensa a análise do aspecto subjetivo da responsabilidade. No Direito Penal a responsabilidade é sempre subjetiva, ou seja, é imprescindível a contribuição pessoal do agente para com o ilícito. Essa contribuição pessoal significa que o agente decidiu conscientemente em favor da prática do delito (BUSATO, 2015, p. 523). Segundo Nucci (2020, p. 111), o princípio da culpabilidade:

Significa que ninguém será penalmente punido, se não houver agido com dolo ou culpa, dando mostras de que a responsabilização não será objetiva, mas subjetiva (*nullum crimen sine culpa*). Trata-se de conquista do direito penal moderno, voltado à ideia de que a liberdade é a regra, sendo exceção a prisão ou a restrição de direitos.

O Princípio da Culpabilidade encontra-se previsto na Constituição, justamente porque não se pode, em um Estado Democrático de Direito, transformar a punição mais gravosa que o ordenamento pode impor (pena) em simples relação de causalidade, sem que exista vontade ou previsibilidade do agente. Haveria flagrante intervencionismo estatal na liberdade individual caso fosse possível padronizar esse entendimento (NUCCI, 2020, p. 111). Para Bitencourt (2012, p. 28):

Segundo o princípio de culpabilidade, em sua configuração mais elementar, “não há crime sem culpabilidade”. No entanto, o Direito Penal primitivo caracterizou-se pela responsabilidade objetiva, isto é, pela simples produção do resultado. Porém, essa forma de responsabilidade objetiva está praticamente erradicada do Direito Penal contemporâneo, vigindo o princípio *nullum crimen sine culpa*.

“Não há crime sem culpa”, porque o próprio Código Penal estabelece que somente há crime quando estiver presente o dolo ou a culpa (art. 18). Note-se, ainda, a redação do parágrafo único desse artigo: “*Salvo os casos expressos em lei, ninguém será punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente*”. Assim, a regra adotada é buscar, para fundamentar e legitimar a punição, na esfera penal, o dolo do agente. Não o encontrando, deve-se procurar a culpa, desde que expressamente prevista, como alternativa, no tipo penal incriminador. Em hipóteses extremadas, devidamente previstas em lei, pode-se adotar a responsabilidade penal objetiva, fundada em ato voluntário do agente, mas sem que, no momento da prática da conduta criminosa, estejam presentes o dolo ou a culpa, como ocorre com a embriaguez voluntária - art. 28, II, CP (NUCCI, 2020, p. 111).

4. A CULPABILIDADE COMO LIMITE DA PENA IMPOSTA AO CONDENADO

Os limites da liberdade de agir implicam em proporcional reprovação desse agir. Assim, a culpabilidade representa também o grau de reprovabilidade de cada conduta em face de seu contexto. É uma medida de intensidade, da qual decorre a ideia de proporcionalidade (BUSATO, 2015, p. 524). Assim, a simples presença de culpabilidade é um indicativo de merecimento de repulsa social e, uma vez que ela exista, seu grau será determinante para compreender a necessidade maior ou menor de reação social contra a conduta (BUSATO, 2015, p. 524).

A culpabilidade se encontra expressamente no art. 59 do Código Penal. Ao se limitar a punibilidade dos feitos pela culpabilidade, se está limitando a sanção segundo o grau de reprovação merecido pela conduta. Ao aplicar a pena, o juiz se vê condicionado a obedecer ao postulado da proporcionalidade vinculado à reprovabilidade do comportamento do autor, tratada também como culpabilidade.

Em boa parte das etapas relacionadas com a fixação da pena, há referências à culpabilidade, sendo sempre vinculada a essa ideia de grau de reprovabilidade da conduta (BUSATO, 2015, p. 524).

Dessa maneira, a intensidade da culpa (junto com outros fatores) definirá a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - art. 44, III, CP -, auxiliará na fixação do *quantum* de pena privativa de liberdade a ser aplicada - art. 59 CP - e interferirá na distribuição da carga penal entre os coautores - art. 29 CP (BUSATO, 2015, p. 525). Para Nucci (2020, p. 620):

Pode-se sustentar que a culpabilidade, prevista no art. 59, é o conjunto de todos os demais fatores unidos: antecedentes + conduta social + personalidade do agente + motivos do crime + circunstâncias do delito + consequências do crime + comportamento da vítima = culpabilidade maior ou menor, conforme o caso.

Assim, o art. 59 do Código Penal é utilizado tanto para a fixação da pena como para a análise de uma série de benefícios penais (substituição por pena restritiva de direitos, concessão de *sursis*, concessão do regime aberto, entre outros). A culpabilidade, acertadamente, substituiu as antigas expressões “intensidade do dolo” e “graus da culpa”, previstas antes da Reforma Penal de 1984. Para compor o fato típico, o magistrado analisa se houve dolo ou culpa, pouco interessando a intensidade do dolo ou culpa. O elemento subjetivo, portanto, não deve servir para guiar o juiz na fixação da pena, porque aqui o importante é a reprovabilidade gerada pelo fato delituoso (NUCCI, 2020, p. 619).

5. A CULPABILIDADE COMO SUBSTRATO DO DELITO NA TEORIA DO CRIME

A Teoria do Crime considera três elementos para caracterização do crime: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Os dois primeiros formam o juízo sobre a conduta, o último é o juízo sobre o autor da conduta. A terceira acepção do termo culpabilidade refere-se à culpabilidade como elemento do delito. É possível dizer que a culpabilidade diz respeito a todas as características relativas ao sujeito necessárias para imputar-lhe reprovação penal como um juízo de valor normativo por sua atitude contrária ao direito (BUSATO, 2015, p. 526).

A posição da culpabilidade na estrutura do crime (conceito analítico) configura questão prejudicial no limiar da Teoria do Delito, gerando indisfarçável controvérsia na doutrina (CUNHA, 2016, p. 282): é ou não o terceiro requisito/substrato do crime?

Para a corrente bipartite, a culpabilidade não é substrato do crime. O crime existe com os requisitos “fato típico” e “ilicitude”, mas só será ligado ao agente se este for

culpável. Logo, de acordo com essa orientação, a culpabilidade aparece como pressuposto de aplicação da pena, juízo de reprovação e censura, pressupondo a prática de um crime. Já a corrente tripartite ensina que a culpabilidade deve ser tratada como terceiro substrato do crime, com seu juízo de reprovação extraído da análise sobre como o sujeito ativo se situou e posicionou diante do episódio com o qual se envolveu (fato típico e ilicitude). A tipicidade, ilicitude e culpabilidade são não apenas pressupostos de aplicação da pena, mas elementos constitutivos do crime. Admitir crime sem culpabilidade é aceitar ser possível crime sem censura (CUNHA, 2016, p. 282). Brandão (2003, p. 131-132) esclarece o seguinte:

O crime é uma ação típica, antijurídica e culpável. Portanto, para que haja um crime é necessário que existam todos os elementos, quais sejam: a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. A tipicidade é um juízo de adequação do fato humano com a norma do direito, a antijuridicidade é um juízo de contrariedade do fato humano com o direito. Tanto a antijuridicidade quanto a tipicidade referem-se ao fato do homem, são, portanto, juízos que se fazem sobre o fato. A culpabilidade, por sua vez, não é exemplo dos demais elementos, um juízo sobre um fato, mas um juízo sobre o autor do fato. Assim, se pela tipicidade e antijuridicidade pode-se fazer um juízo de reprovação sobre o fato, pela culpabilidade, pode-se fazer um juízo de reprovação sobre o autor do fato.

Para Cunha (2016, p. 281), conceitua-se culpabilidade como o juízo de reprovação que recai na conduta típica e ilícita que o agente se propõe a realizar. Trata-se de um juízo relativo à necessidade de aplicação da sanção penal. São duas, basicamente, as principais teorias desenvolvidas para fundamentar a culpabilidade do autor do fato típico e ilícito: o livre arbítrio e o determinismo. E para Cunha (2016, p. 281), não há incompatibilidade entre ambas, mas complementariedade:

O livre arbítrio é proveniente da Escola Clássica e se estabelece no fato de que o homem é dotado de capacidade moral para eleger o melhor caminho e, por isso, deve ser responsabilizado pelas livres escolhas a que se dedica no decorrer da vida. O determinismo, por outro lado, originado da Escola Positiva, sustenta que ao homem não é possível atuar soberanamente em suas escolhas em virtude de fatores inúmeros, internos e externos, capazes de influenciá-lo a cometer determinado fato ilícito.

A culpabilidade é um juízo de valoração concreto, razão pela qual surge a importância de se ter o fato típico e antijurídico, indicando qual é o foco de realidade a ser objeto desse juízo de reprovação social (RAMÍREZ, 2007, p. 1100). Para Nucci (2020, p. 391), conceitua-se culpabilidade da seguinte forma:

Trata-se de um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com consciência potencial de ilicitude, bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar de outro modo, seguindo as regras impostas pelo Direito (teoria normativa pura, proveniente do finalismo).

análise da presença ou não da culpabilidade leva em conta o perfil subjetivo do agente. Para Masson (2019, p. 366):

Culpabilidade é o juízo de censura, o juízo de reprovabilidade que incide sobre a formação e exteriorização da vontade do responsável por um fato típico e ilícito, com o propósito de aferir a necessidade de imposição de pena. A culpabilidade pode ser encarada como elemento do crime tanto para um simpatizante do sistema clássico como também para um partidário do sistema finalista, desde que se adote um conceito tripartido de crime. Para os adeptos do finalismo bipartido, contudo, a culpabilidade funciona como pressuposto de aplicação da pena, e não como elemento do crime.

É a culpabilidade que diferencia a conduta do ser humano normal e apto ao convívio social, dotado de conhecimento do caráter ilícito do fato típico livremente cometido, do comportamento realizado por portadores de doenças mentais, bem como de pessoas com desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e também dos atos dos seres irracionais ou de pessoas que não possuem consciência do caráter ilícito do fato típico praticado ou não tem como agir de forma diversa. Aqueles devem ser punidos, pois tinham a possibilidade de respeitar o sistema jurídico e evitar resultados ilícitos, estes, não (MASSON, 2019, p. 366).

5.1 A CULPABILIDADE COMO SUBSTRATO DO DELITO NA TEORIA DO CRIME: TEORIAS DA CULPABILIDADE

Como já explanado, o Código Penal nunca formulou o conceito de culpabilidade. Essa tarefa é da doutrina, que, ao longo do tempo, formulou diversas teorias. Abordaremos a Teoria Psicológica, a Teoria Normativa ou Psicológico-Normativa e a Teoria Normativa Pura, e logo em seguida esclareceremos a teoria adorada pelo Código Penal Brasileiro.

Para a Teoria Psicológica da Culpabilidade, idealizada por Franz von Liszt e Ernst von Beling, o pressuposto fundamental da culpabilidade é a imputabilidade, compreendida como a capacidade do ser humano de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento (MASSON, 2019, p. 366).

A culpabilidade, que tem como pressuposto a imputabilidade, é definida como o vínculo psicológico entre o sujeito e o fato típico e ilícito por ele praticado. Esse vínculo pode ser representado tanto pelo dolo como pela culpa (MASSON, 2019, p. 367).

Dolo e culpa são espécies da culpabilidade, pois são as formas concretas pelas quais pode se revelar o vínculo psicológico entre o autor e a conduta praticada. Além disso, o dolo é normativo, ou seja, guarda em seu interior a consciência da ilicitude. Como a imputabilidade é pressuposto da culpabilidade, somente se analisa a presença do dolo e da culpa se o agente for imputável (maior de 18 anos de idade e mentalmente sadio). Essa teoria somente é aplicável no campo da teoria clássica da conduta, em que o dolo e a culpa integram a culpabilidade (MASSON, 2019, p. 367). O doutrinador Nucci (2020, p. 392) ao discorrer sobre a Teoria Psicológica da Culpabilidade aponta suas falhas:

Culpabilidade é importante elemento do crime, na medida em que representa o seu enfoque subjetivo, isto é, dolo e culpa. Para esta corrente, ao praticar o fato típico e antijurídico (aspectos objetivos do crime), somente se completaria a noção de infração penal se estivesse presente o dolo ou a culpa, que vinculariam, subjetivamente, o agente ao fato por ele praticado (aspecto subjetivo do crime). Em suma, culpabilidade é dolo ou culpa. A imputabilidade penal é pressuposto de culpabilidade, portanto, somente se analisa se alguém age com dolo ou culpa, caso se constate ser essa pessoa imputável (mentalmente sã e maior de 18 anos). A teoria psicológica apresenta falhas variadas, embora a principal, em nosso entendimento, seja a inviabilidade de se demonstrar a inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que não se faz nenhum juízo de valor sobre a conduta típica e antijurídica. Assim, aquele que é imputável e atua com dolo, por exemplo, ainda que esteja sob coação moral irresistível poderia ser considerado culpável, o que se afigura ilógico;

Para a Teoria Normativa ou Psicológico-Normativa, proposta por Reinhart Frank, culpabilidade e exigibilidade de conduta diversa relacionam-se. A culpabilidade deixa de ser um fenômeno puramente natural, de cunho psicológico,

pois a ela se atribui um elemento estritamente normativo, inicialmente chamado de normalidade das circunstâncias concomitantes e posteriormente de motivação normal, atualmente definido como exigibilidade de conduta diversa (MASSON, 2019, p. 368).

Dessa maneira, o conceito de culpabilidade assume um perfil complexo, constituído por elementos naturalísticos (vínculo psicológico, representado por dolo e culpa) e normativos (normalidade das circunstâncias concomitantes ou motivação normal). Assim, sua estrutura passa a ser composta por três elementos: imputabilidade, dolo ou culpa e exigibilidade de conduta diversa. A imputabilidade deixa de ser pressuposto da culpabilidade para funcionar como seu elemento, e o dolo permanece normativo, isto é, o conhecimento acerca do caráter ilícito do fato (MASSON, 2019, p. 368).

Em resumo, somente é culpável o agente maior de 18 anos e mentalmente sadio (imputabilidade) que age com dolo e culpa e que, no caso concreto, poderia comportar-se conforme o direito. Afasta-se a culpabilidade quando não se pode exigir do sujeito um comportamento conforme o ordenamento jurídico (MASSON, 2019, p. 368). Para o autor Nucci (2020, p. 392-393), esta teoria deu ênfase ao conteúdo normativo da culpabilidade e não simplesmente ao aspecto psicológico (dolo e culpa):

acrescentou-se o juízo de reprovação social (ou de censura), que se deve fazer em relação ao autor de fato típico e antijurídico, quando considerado imputável (a imputabilidade passa a ser elemento da culpabilidade e não mero pressuposto), bem como se tiver agido com dolo (que contém a consciência da ilicitude) ou culpa, além de dever haver prova da exigibilidade e da possibilidade de atuação conforme as regras do Direito.

A Teoria Normativa Pura surge com o finalismo penal de Hans Welzel e dele é inseparável. A adoção da Teoria Normativa Pura da culpabilidade somente é possível em um sistema finalista. Essa teoria é assim denominada porque os elementos psicológicos (dolo e culpa) que existiam nas teorias psicológica e psicológico-normativa da culpabilidade foram transferidos pelo finalismo penal para o fato típico, alojando-se no interior da conduta. Dessa maneira, a culpabilidade se transforma em um simples juízo de reprovabilidade que incide sobre o responsável pela prática de um ato típico e ilícito (MASSON, 2019, p. 369).

O dolo passa a ser natural (sem a consciência da ilicitude). Desta maneira, o dolo é levado para a conduta, deixando a consciência da ilicitude na culpabilidade. A

consciência da ilicitude passa a ser potencial, ou seja, basta que o agente na situação real tenha a possibilidade de conhecer o caráter ilícito do fato praticado com base em juízo comum (MASSON, 2019, p. 369).

Em suma, os elementos constitutivos da culpabilidade são ordenados hierarquicamente, de modo que o segundo pressupõe o primeiro e o terceiro depende dos anteriores. De fato, se o indivíduo é inimputável, não pode ter a potencial consciência da ilicitude. E, se não tem a potencial consciência da ilicitude, não lhe pode ser exigível conduta diversa (MASSON, 2019, p. 369). Sobre a culpabilidade na ótica do finalismo, ensina Nucci (2020, p. 393):

A conduta, sob a ótica do finalismo, é uma movimentação corpórea, voluntária e consciente, com uma finalidade. Logo, ao agir, o ser humano possui uma finalidade, que é analisada, desde logo, sob o prisma doloso ou culposo. Portanto, para tipificar uma conduta – conhecendo-se de antemão a finalidade da ação ou da omissão – já se ingressa na análise do dolo ou da culpa, que se situam, pois, na tipicidade – e não na culpabilidade. Nessa ótica, culpabilidade é um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato típico e antijurídico e seu autor, agente esse que precisa ser imputável, ter agido com consciência potencial da ilicitude e com exigibilidade e possibilidade de um comportamento conforme o Direito.

A Teoria Normativa Pura da Culpabilidade subdivide-se em outras duas, a saber: (i) Extremada, extrema ou estrita e (ii) Limitada. Em ambas, a estrutura da culpabilidade é idêntica: seus elementos são imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, a distinção entre elas, repousa somente no tratamento dispensado às discriminantes putativas (MASSON, 2019, p. 369). Nas discriminantes putativas, o agente incidindo em erro, supõe situação fática ou jurídica que, se existisse, tornaria a ação legítima.

Com efeito, para a Teoria Normativa Pura, em sua variante extremada, as discriminantes putativas sempre se caracterizam como erro de proibição. Por sua vez, para a Teoria Normativa Pura, em sua face limitada, as discriminantes putativas podem caracterizar erro de tipo ou erro de proibição, a depender das peculiaridades do caso concreto (MASSON, 2019, p. 369).

Por fim, devemos esclarecer, após o estudo das várias teorias da culpabilidade, qual delas foi adotada pelo Código Penal Brasileiro. Conforme afirma Masson (2019, p. 370), é possível afirmar que o Código Penal em vigor acolheu a Teoria Normativa Pura, em sua vertente limitada. Essa afirmação se extrai a partir dos arts. 20 e 21 do

Código Penal, a partir do tratamento do erro. Além disso, o item 19 da exposição de motivos da Parte Geral do Código Penal afirma:

Repete o Projeto as normas do Código de 1940, pertinentes às denominadas "discriminantes putativas". Ajusta-se, assim, o Projeto à teoria limitada pela culpabilidade, que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação do que incide sobre a norma permissiva. Tal como no Código vigente, admite-se nesta área a figura culposa (artigo 17, § 1º).

Para o doutrinador Cunha (2016, p. 284), o nosso Código Penal adotou a teoria limitada da culpabilidade. Afirma Cunha (2016, p. 279) que quanto às discriminantes putativas, prevalece a Teoria da Culpabilidade na vertente Limitada, pois, topograficamente, essa espécie de discriminante putativa se encontra no dispositivo que trata do erro de tipo (art. 20 CP), e não no artigo que explica o erro de proibição (art. 21 CP), indicando deste modo, a opção do legislador no tratamento da matéria. Por fim, Greco (2017, p. 133) afirma:

Para a teoria limitada, se o erro do agente recair sobre uma situação fática, estaremos diante de um erro de tipo, que passa a ser denominado de erro de tipo permissivo; caso o erro do agente não recaia sobre uma situação de fato, mas, sim, sobre os limites ou a própria existência de uma causa de justificação, o erro passa a ser, agora, o de proibição.

Desta forma, compreende-se a adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade, pelo Código Penal, quanto às discriminantes putativas. Caso o erro do agente recaia sobre situação de fato, configura-se erro de tipo; caso o erro do agente recaia sobre limites ou a própria existência de uma causa de justificação, configurar-se-á erro de proibição. Finalizaremos o tópico, outrossim, com exemplos sugeridos por Masson (2019, p. 264) que ilustram as supracitadas teorias.

Exemplo de discriminante putativa relacionada ao erro relativo ao pressuposto de fato de uma causa de exclusão da ilicitude: é o caso daquele que, ao encontrar seu desafeto, e notando que tal pessoa coloca a mão no bolso, saca seu revólver e o mata. Descobre, depois, que a vítima fora acometida por cegueira, por ele desconhecida, e não poderia sequer ter visto o seu agressor. Ausente, portanto, um dos requisitos da legítima defesa (agressão injusta).

Exemplo de discriminante putativa relacionada ao erro relativo à existência de uma causa de exclusão da ilicitude: imagine-se o sujeito que depois de encontrar sua mulher com o amante, em adultério, mata a ambos, por crer que age acobertado

pela legítima defesa da honra. Nessa situação, o agente errou quanto à existência desta discriminante, não acolhida pelo ordenamento jurídico em vigor.

Exemplo de discriminante putativa relacionada ao erro relativo aos limites de uma causa de exclusão da ilicitude: um fazendeiro que reputa adequado matar todo e qualquer posseiro que invada a sua propriedade. Cuida-se da figura do excesso, pois a defesa da propriedade não permite esse tipo de reação desproporcional.

5.2 A CULPABILIDADE COMO SUBSTRATO DO DELITO NA TEORIA DO CRIME: OS ELEMENTOS DA CULPABILIDADE

São elementos da culpabilidade a serem tratados neste trabalho: (i) imputabilidade; (ii) potencial consciência da ilicitude e (iii) exigibilidade de conduta diversa.

Imputabilidade é a capacidade de imputação, ou seja, possibilidade de se atribuir a alguém a responsabilidade pela prática de uma infração penal. A imputabilidade é elemento sem o qual entende-se que o sujeito carece de liberdade e de faculdade para comportar-se de outro modo, como o que não é capaz de culpabilidade, sendo, portanto, inculpável (CUNHA, 2016, p. 287). De acordo com o entendimento de Busato (2015, p 556 - 557):

A imputabilidade refere-se à reunião de um conjunto de características pessoais que tornam o sujeito capaz de ser uma pessoa à qual possa ser atribuída uma responsabilidade por um ilícito cometido. Para que se possa reprovar uma conduta, é necessário que seja demonstrado que o agente podia compreender, de maneira geral, o comando normativo. Somente pode ser reprovada a conduta de alguém que seja capaz de compreender o que faz e de orientar sua conduta de acordo com essa compreensão. A imputabilidade é pois, em termos gerais, uma capacidade de compreensão e de valoração e atuação consequente com essa compreensão. Essa compreensão, valoração e atuação depende, evidentemente, da conjunção de fatores físicos, biológicos, psíquicos e psicossociais.

São dois os elementos que devem se fazer presentes para que haja imputabilidade (CUNHA, 2016, p. 287): intelectual (higidez psíquica que permita ao agente ter consciência do caráter ilícito do fato); e volitivo (o agente domina a sua vontade e se determina de acordo com esse entendimento). Para Nucci (2020, p. 401), a imputabilidade:

É o conjunto das condições pessoais, envolvendo inteligência e vontade, que permite ao agente ter entendimento do caráter ilícito do fato, comportando-se de acordo com esse conhecimento. O binômio necessário para a formação das condições pessoais do imputável consiste em *sanidade mental* e *maturidade*. Se o agente não possui aptidão para entender a diferença entre o certo e o errado, não poderá pautar-se por tal compreensão e terminará, vez ou outra, praticando um fato típico e antijurídico sem que possa por isso ser censurado, isto é, sem que possa sofrer juízo de culpabilidade.

Assim, como no Direito Privado se pode falar em capacidade e incapacidade para realizar negócios jurídicos, no Direito Penal fala-se em imputabilidade (capacidade) ou inimputabilidade (incapacidade) para responder penalmente por uma ação delitiva praticada. Note, entretanto, que nem sempre a capacidade civil caminha lado a lado com a imputabilidade, a exemplo do que acontece com o menor de 18 e maior de 16 anos casado, que embora capaz no campo civil, não será responsabilizado penalmente, pois inimputável (CUNHA, 2016, p. 287). Pondera Nucci (2020, p. 401):

O inimputável (doente mental ou imaturo, que é o menor) não comete crime, mas pode ser sancionado penalmente, aplicando-se-lhe medida de segurança, que se baseia no juízo de periculosidade, diverso, portanto, da culpabilidade. O autor de um fato típico e antijurídico, sem compreensão do que fazia, não merece ser considerado criminoso – adjetivação reservada a quem, compreendendo o ilícito, opta por tal caminho, sofrendo censura –, embora possa ser submetido a medida especial cuja finalidade é terapêutica, fundamentalmente.

A conclusão a respeito da inimputabilidade do autor do fato típico e ilícito só pode decorrer de perícia médica, que estabelece o grau de incompreensão em que se deu a ação ou a omissão, o que pode acarretar em redução de pena (semi-imputáveis), em vez de medida de segurança (inimputáveis). Esta regra não se aplica aos casos de inimputabilidade em razão da idade, em que se presume de forma absoluta a incapacidade de entendimento e determinação do menor (CUNHA, 2016, p. 296).

A potencial consciência da ilicitude é o segundo elemento da culpabilidade, representando a possibilidade que o agente imputável tem de compreender a reprovabilidade da sua conduta. Note-se que não se exige do sujeito ativo uma compreensão técnica, um conhecimento jurídico do evento praticado, mas apenas

que tenha condições de perceber que o seu comportamento não encontra respaldo no ordenamento jurídico, sendo reprovado pelo direito. Contenta-se com a percepção leiga, uma valoração paralela na esfera do profano (CUNHA, 2016, p. 297). Para Busato (2015, p. 569):

A consciência da antijuridicidade ou ilicitude, porém, como conceito normativo, não se dirige à aferição da presença efetiva da consciência do ilícito, mas apenas à possibilidade de existir essa percepção, pelo que trata-se de uma potencial consciência da ilicitude, que significa reunir condições de perceber, dadas as circunstâncias concretas, que se está realizando um ilícito.

A exigibilidade de conduta diversa significa que, para a reprovação social, não basta que o autor do fato lesivo seja imputável e tenha possibilidade de lhe conhecer o caráter ilícito. Exige-se ainda que nas circunstâncias tivesse a possibilidade de atuar de acordo com o ordenamento jurídico (CUNHA, 2016, p. 301). Para Nucci (2020, p. 423) a inexigibilidade de conduta diversa faz parte da coação moral irresistível e da obediência hierárquica. Dessa maneira, o Código Penal, no art. 22 tratou do tema, ao afirmar que "*Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem*", ou seja, há ausência de culpabilidade na conduta do executor do crime.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, o termo "culpabilidade" solidificou a aproximação entre o Direito Penal e o Direito Constitucional, uma vez que, junto com o Princípio da Legalidade, possibilitou trazer o ser humano à centralidade do Direito Penal, humanizando-o.

Além disso, o termo "culpabilidade" é plurissignificativo. De forma sucinta, pode-se dizer que há três sentidos em que mais frequentemente se usa a expressão culpabilidade no Direito Penal: (i) a culpabilidade como princípio, que determina a responsabilidade subjetiva no Direito Penal, ou seja, a proveniente de dolo e culpa; (ii) a culpabilidade como limite da pena, que determina o grau de reprovabilidade da conduta cometida pelo agente para fins de imposição do *quantum* da pena; (iii) a culpabilidade como elemento do delito, terceiro substrato do crime da teoria tripartite do delito, composta pela imputabilidade, pela exigibilidade de conduta diversa e pela potencial consciência da ilicitude.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal, parte geral, arts 1º ao 120*. 17ª Edição. São Paulo, Saraiva: 2012.

BRANDÃO, Claudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

_____. *Tipicidade Penal – Dos Elementos da Dogmática ao Giro Conceitual do Método Entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral – v. 1*. São Paulo: Atlas, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. 9ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Editora Ímpetus. 11 ed. 2017.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: Parte Geral – v. 1*. São Paulo: 13 ed. Método, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 16 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RAMÍREZ, Bustos Juan. *Obras completas*, v. I, Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2 ed. 2007.

DAS ILEGALIDADES DA PORTARIA NORMATIVA Nº 4/2018 – DA INOBSERVÂNCIA DOS PRECEITOS DA LEI 12.990/2014 E DA ADC Nº 41/DF

RAFAEL BEMFEITO MOREIRA:

Advogado no escritório DMC Advogados Associados. Pós-graduado em Direito Corporativo e Compliance pela Escola Paulista de Direito.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo demonstrar a ilegalidade da Portaria Normativa nº 4 do Ministério de Planejamento, Desenvolvimento e Gestão da Secretaria de Gestão de Pessoas, de 06 de abril de 2018, bem como sua contrariedade à interpretação firmada no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41/DF. Uma norma só será justa quando o sentimento dela extraído for o de Justiça. Tal sentimento não é atingido quando da análise da portaria supracitada, devendo sua aplicação ser afastada.

Palavras-chave: Concursos Públicos; Procedimento de heteroidentificação; autodeclaração; sistema de cotas.

Abstract: The purpose of this article is to demonstrate the illegality of Normative Ordinance No. 4/2018, as well as its contradiction to the interpretation signed in the judgment of Declaratory Action for Constitutionality No. 41 / DF. A rule will only be fair when the feeling extracted from it is that of justice. Such feeling is not achieved when analyzing the aforementioned ordinance, and its application should be removed.

Keywords: Public tenders; Hetero-identification procedure; self-declaration; quota system

Sumário: Introdução; 1 – Da autodeclaração e do procedimento de heteroidentificação; 2 – Do direito do candidato de boa-fé permanecer na lista da ampla concorrência. Da observância à Lei 12.990/2014; 3 - Do momento para desistência do candidato negro a uma das vagas afirmativas; Considerações Finais. Referências bibliográficas

Introdução

Em atendimento às políticas afirmativas, a Lei 12.990/2014 destinou às pessoas negras (pretos ou pardos) 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos.

Há uma frase feliz de Martin Luther King que diz: “É óbvio que se um homem entra na linha de partida de uma corrida trezentos anos depois de outro, o primeiro teria de fazer uma façanha incrível a fim de recuperar o atraso⁴³”. Logo, para alcançar tal objetivo, existem as políticas de ação afirmativa.

A lei supracitada foi objeto de Ação Direta de Constitucionalidade (nº 41), de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, julgada procedente pelos seguintes fundamentos:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.990/2014. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. É constitucional a Lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos. 1.1. Em *primeiro lugar*, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente. 1.2. Em *segundo lugar*, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma “burocracia representativa”, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais. 1.3. Em *terceiro lugar*, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração

43 Trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso na ADC nº 41.

pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014. (...)

Quando da prolação dos votos, além de declarar a constitucionalidade da lei, os Ministros foram um pouco mais além, dando interpretação conforme a Constituição a alguns dos dispositivos do diploma inclusivo, principalmente no que tange aos artigos 2º e 3º.

O presente artigo tem por objetivo demonstrar o escopo da norma afirmativa e como esta vem sendo distorcida pelos editais das bancas concursais, bem como debater a ilegalidade de alguns dispositivos da Portaria Normativa nº 4 do Ministério de Planejamento, Desenvolvimento e Gestão da Secretaria de Gestão de Pessoas, de 06 de abril de 2018.

Nesta oportunidade, trataremos também as dificuldades que candidatos pardos vêm enfrentando em alguns concursos, quando do não reconhecimento da autodeclaração apresentada, mesmo diante de sua boa-fé.

1. Da autodeclaração e do procedimento de heteroidentificação

Nos termos do artigo 2º da Lei 12.990/2014, “poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Para estudar a importância e as consequências da raça em uma sociedade por meio de levantamentos, como censos e pesquisas domiciliares, é preciso identificar a que grupos raciais pertencem as pessoas por meio de um sistema de classificação. Um sistema de classificação racial possui dois componentes: a classificação em raças, isto é, o conjunto das categorias raciais; e o método de identificação do pertencimento das pessoas às categorias raciais (OSORIO, 2003)⁴⁴.

⁴⁴ <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv63405.pdf>. Pag. 87

A classificação racial atualmente empregada pelo IBGE distingue as variedades pela característica “cor da pele”, que pode ser branca, preta, amarela e parda, a única exceção sendo a categoria indígena, introduzida no Censo Demográfico 1991.

Em razão das características fenotípicas, e nos termos da classificação racial elencada pelo IBGE, o candidato deve, em observância à sua concepção de pertencimento, autodeclarar-se preto ou pardo, no momento da inscrição, solicitando concorrer em uma das vagas afirmativas ofertadas.

Entretanto, constatada a falsidade da autodeclaração, prevê o parágrafo único do artigo 2º da lei citada a possibilidade de eliminação do candidato, desde que instaurado previamente procedimento administrativo, em que lhe sejam assegurados os direitos ao contraditório e à ampla defesa, vejamos:

Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, **após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.**

Sobre o tema, manifestou-se com o brilhantismo que lhe é peculiar, o ilustre Ministro do STF, quando de relatoria do ADC nº 41, Luís Roberto Barroso:

Quanto à questão da autodeclaração, essa é uma das questões mais complexas e intrincadas em uma política de ação afirmativa, porque, evidentemente, você deve respeitar as pessoas tal como elas se autopercebem. Assim, pode ser que alguém que eu não perceba como negro se perceba como negro, ou vice-versa. Essa é uma questão semelhante à que enfrentamos aqui na discussão sobre transgêneros e de acesso a banheiro público. Às vezes, a pessoa tem fisiologia masculina, mas um psiquismo feminino ou vice-versa. E, nesse caso, obrigar alguém que se perceba como mulher a frequentar um banheiro masculino é altamente lesivo à sua dignidade, ao seu direito fundamental. Assim, como regra geral, deve-se respeitar a autodeclaração, como a pessoa se percebe. Porém, no mundo real, nem sempre as pessoas se comportam exemplarmente, e há casos - e, às vezes, eles se multiplicam - de fraude.

Portanto, o que a Lei 12.990 faz? Ela estabelece, como critério principal, a autodeclaração, mas permite que, no caso de uso

irregular, inveraz, desonesto da autodeclaração, haja algum tipo de controle. É o que diz o parágrafo único do artigo 2º(...).

Assim, a meu ver, não é incompatível com a Constituição, respeitadas algumas cautelas, que se faça um controle heterônomo, **sobretudo, nos casos em que haja fundadas razões para acreditar que houve abuso na autodeclaração.**

O STF, quando do julgamento da ADC, permitiu, em prol de coibir a utilização fraudulenta da política afirmativa instituída, o emprego de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.

A interpretação firmada admitiu, como um dos meios de aferição, a entrevista presencial, a ser utilizada apenas em caso de fundada suspeita de fraude, vedada sua aplicação como fase do concurso.

Vejamos o voto do Ministro Alexandre de Moraes, que corrobora esta conclusão:

Portanto, deve ser oportunizado aos candidatos optantes por concorrer no sistema de vagas reservadas a apresentação de documentos capazes de comprovar a declaração por eles subscritas. **Apenas se a análise desses documentos se revelar insuficiente é que deverá ser acionada a alternativa mais invasiva, consistente em convocação para entrevista presencial**, em que o candidato poderá ser indagado sobre os elementos que materializam a sua concepção de pertencimento. **Diante da necessidade de manter a fidelidade teleológica das ações afirmativas de recorte racial, entendo ser relevante que a Corte estabeleça interpretação conforme à Constituição do art. 2º, § único da Lei 12.990/14, para fixar que (a) é mandatória a realização de fase apuratória da veracidade das declarações dos candidatos interessados em concorrer às vagas reservadas aos negros; e (b) nesse procedimento, deve ser priorizada a avaliação de natureza documental, fundada em fotografias e documentos públicos, figurando a entrevista como opção residual.**

Com lucidez e clareza o Ministro Alexandre de Moraes complementa:

De qualquer modo, parece fora de dúvida que, para preservar da melhor maneira possível a dignidade dos candidatos, evitando

maiores constrangimentos, **o ideal é que o processo de verificação da autenticidade da declaração privilegie, inicialmente, registros documentais capazes de corroborar a afirmação dos candidatos.** Isso pode ser providenciado pela apresentação de fotografias ou até mesmo por documentos públicos que assinalem sinais étnico-raciais referentes aos candidatos e, também, a seus respectivos genitores.

Entretanto, apesar de apontado o norte pela Suprema Corte, o percurso vem sendo obliterado nos Concursos Públicos. Os editais têm feito da heteroidentificação uma fase eliminatória do certame, determinando que todos os candidatos autodeclarados pretos ou pardos a ela sejam submetidos, em contrariedade ao escopo legislativo, ou seja, vem sendo instituído nos concursos um verdadeiro Tribunal Racial.

Um dos motivos desta deturpação da Lei 12.990/2014 é a irresponsável e confusa Portaria Normativa nº 4 do Ministério de Planejamento, Desenvolvimento e Gestão da Secretaria de Gestão de Pessoas, de 06 de abril de 2018.

Tal portaria teve por fito regulamentar o procedimento de heteroidentificação dos candidatos negros, a ser previsto nos editais de abertura de concursos públicos para provimento de cargos públicos da administração federal direta, autárquica e fundacional, para fins de preenchimento das vagas reservadas, previstas na Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014.

Contudo, vários de seus dispositivos contrariam a lei que pretendeu regulamentar, sendo, por conseguinte, claramente ilegais.

O artigo 3º da indigitada portaria concede à autodeclaração presunção relativa de veracidade. Porém, seu §1º mitiga essa presunção, determinando a obrigatoriedade de confirmação da autodeclaração, independentemente de suspeita ou não de fraude.

O artigo 8º confirma que quem a editou não pretendeu seguir a decisão do STF, bem como não soube interpretar a Lei 12.990/2014, pois determina a realização do procedimento como uma fase eliminatória do concurso, da qual serão convocados em até três vezes o número de vagas reservadas, devendo os convocados, obrigatoriamente comparecerem perante à comissão designada, sob pena de automática eliminação, ou seja, não poderão concorrer nem mesmo na lista da ampla concorrência, o que é completamente ilegal e desproporcional.

No artigo 9º as contrariedades continuam, pois veda aos candidatos a apresentação de quaisquer registros ou documentos pretéritos, inclusive imagem e

certidões referentes a confirmação em procedimentos de heteroidentificação realizados em concursos públicos federais, estaduais, distritais e municipais, indo de encontro à interpretação firmada por nossa Suprema Corte, que, pelo contrário, estimulou a utilização dos documentos como forma de controle da validade das autodeclarações, por ser uma medida menos invasiva.

O positivismo tradicional deve ser superado, pois o Direito não pode ser reduzido à lei se esta der causa ao afastamento da justiça e da legitimidade democrática, ordens primordiais ao Estado de Direito, fato que sabemos desde a Grécia antiga.

2. Do direito do candidato de boa-fé permanecer na lista da ampla concorrência. Da observância à Lei 12.990/2014.

Conforme exposto, em contrariedade ao sistema pretendido, foi imposto aos candidatos o dever de participarem, sob pena de eliminação, de entrevista presencial para fins de atestar a veracidade ou não do fenótipo declarado no momento da inscrição, independente de suspeita ou não de fraude, o que destoava, nos termos já exibidos, da interpretação conforme a Constituição outorgada pelo STF à Lei 12.990/2014.

Ocorre que, a portaria não cessou aí as ilegalidades, mostrando-se verdadeiro empecilho ao cumprimento da política afirmativa firmada, pois previu no artigo 11 uma verdadeira balbúrdia, em total contrariedade ao artigo 3º da Lei 12.990/2014. Vejamos o teor da repudiada norma:

Art. 11. Serão eliminados do concurso público os candidatos cujas autodeclarações não forem confirmadas em procedimento de heteroidentificação, ainda que tenham obtido nota suficiente para aprovação na ampla concorrência e independentemente de alegação de boa-fé. Parágrafo único. A eliminação de candidato por não confirmação da autodeclaração não enseja o dever de convocar suplementarmente candidatos não convocados para o procedimento de heteroidentificação.

Sendo assim, o candidato autodeclarado pardo que ocupa, em ampla concorrência, a primeira colocação geral do certame, além de ser obrigado a submeter-se ao "Tribunal Racial" determinado pela banca, sob pena de eliminação, caso tenha sua declaração não confirmada estará eliminado do certame, independentemente de sua boa-fé.

O preceito regulamentador vai de encontro ao artigo 3º da Lei 12.990/2014, que prevê exatamente o contrário, vejamos:

Art. 3º Os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso;

§ 1º Os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não serão computados para efeito do preenchimento das vagas reservadas.

A própria portaria entra em contradição, pois prevê no artigo 2º, §3º:

§ 3º Os candidatos negros que optarem por concorrer às vagas reservadas na forma do § 1º concorrerão concomitantemente às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com sua classificação no concurso público.

A portaria elencada é ilegal e esbarra nos preceitos firmados pelo instituto que pretendeu regulamentar, que, até mesmo, já teve seu “modus operandi” direcionado pelo STF, quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso.

Viola, igualmente, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois atribuí efeito eliminatório ao não reconhecimento da autodeclaração pela comissão concursal, como se esta fosse uma fase do certame.

Diversos candidatos vêm sendo prejudicados por esta equivocada interpretação normatizada pela Portaria nº 04/2018, pois são eliminados, apesar de sua boa-fé ou de sua colocação na lista de ampla concorrência, em razão de um julgamento subjetivo proferido por uma Comissão, prejudicando todo o esforço destinado à obtenção do êxito no pleito concursal.

Frise-se que o único efeito possível do não reconhecimento é o impedimento de ingressar no cargo público a partir do sistema de cotas, obstando o benefício da reserva de vagas, devendo então a nota ser lançada na ampla concorrência, sob pena de preterição.

O indeferimento da autodeclaração só pode assumir patamar eliminatório em caso de fraude, sob pena de inviabilizar a utilização do instituto, até porque este goza de presunção de veracidade.

A boa-fé do candidato não pode ser obstaculizada por ato administrativo contrário à legislação. A portaria só tem poder vinculante quando suas disposições estão a par da lei aplicável, no caso a 12.990/2014.

A Resolução nº 203/2015 do CNJ, regulamentando o tema, em relação ao provimento de cargos do Poder Judiciário, de maneira correta, disciplinou:

Art. 6º Os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas a eles reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso.

Revela-se desproporcional a imediata eliminação do candidato em razão da simples falta de coincidência entre a autoimagem expressada na declaração de inscrição e a forma como é visto e identificado externamente pelos integrantes de uma comissão.

A portaria criou critério ilegal para eliminação dos candidatos, ao impedi-los de concorrer nas duas listas. A heteroidentificação não pode ser uma fase do concurso, não é isso que está na lei. Temos aqui evidente violação ao princípio da legalidade, da proporcionalidade, da razoabilidade. Nesse sentido acórdão do TRF-4, vejamos:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. Candidato pardo. Autodeclaração rejeitada pela comissão de verificação. Eliminação automática do concurso. Ilegalidade da regra editalícia. Direito de permanecer na lista de ampla concorrência. Princípio da proporcionalidade. Intervenção judicial necessária. Apelo improvido. SENTENÇA MANTIDA. 1. Conforme a tese fixada no Tema 85 do STF, não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo ocorrência de ilegalidade ou de inconstitucionalidade. 2. Revela-se desproporcional a imediata eliminação do candidato em razão da simples falta de coincidência entre a autoimagem expressada na declaração de inscrição e a forma como é visto e identificado externamente pelos integrantes de uma comissão. **Diante da rejeição da autodeclaração pela Comissão de Verificação, deve-se permitir que o candidato integre a lista de ampla concorrência, sendo necessário o reconhecimento da nulidade da regra editalícia que embasou o ato de eliminação.** (TRF-4 - APL: 50018635920174047113 RS 5001863-59.2017.4.04.7113, Relator: ROGERIO FAVRETO, Data de Julgamento: 02/06/2020, TERCEIRA TURMA)

A única hipótese de eliminação, conforme previsão do parágrafo único do artigo 2º da Lei 12.990/2014 e, nos termos das balizas delineadas pela Suprema

Corte é no caso de má-fé, fraude, a ser comprovada por processo administrativo sujeito ao contraditório e à ampla defesa, nos termos do regramento jurídico do Ente contratante. Até mesmo por este fato, a própria legislação permite tornar sem efeito o provimento do candidato já nomeado.

Dessa forma, as ditas “Comissões Raciais” não podem eliminar o concorrente simplesmente por entender que ele não se enquadra no fenótipo declarado, independente de sua boa-fé.

O STF, conforme já citado, o STJ, quando do julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 1.513.140-PB, bem como o Superior Tribunal Militar, cuja ementa abaixo transcrevo, partilham deste mesmo entendimento, já tendo assim decidido em várias oportunidades.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA QUE NÃO PREENCHE FENÓTIPO DE NEGRITUDE. CONCLUSÃO DA BANCA EXAMINADORA. EXCLUSÃO DO CERTAME. OBSERVÂNCIA DO EDITAL. DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO. CONTROLE DE LEGALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DO PROCESSO SELETIVO MEDIANTE FALSA DECLARAÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. PERMANÊNCIA DA CANDIDATA NA LISTA DE AMPLA CONCORRÊNCIA. CONCESSÃO DA ORDEM. **A legislação que rege a matéria não dá espaço à exclusão do processo seletivo de candidato concorrente a vagas reservadas ao sistema de cotas que não foi reconhecido como negro ou pardo pela comissão examinadora, salvo tenha agido de má-fé, com o intuito de burlar o concurso. Caso não ocorra o falsum e entender o órgão organizador da seleção pública que o candidato não preenche o fenótipo de negritude, deverá ele permanecer concorrendo à vaga destinada aos demais candidatos, pois a legislação garante sua participação concomitante nas duas listas de classificação - ampla concorrência e a reservada aos negros. É dizer: sua exclusão se dará apenas da lista de reserva destinada aos negros e pardos, e não do processo seletivo.** Concessão da segurança. Unanimidade. (STM - MS: 70009921920187000000, Relator: FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO, Data de Julgamento: 25/04/2019, Data de Publicação: 03/05/2019).

A Corte Cidadã, em processo de relatoria da Ministra Assusete Magalhães, (RECURSO ESPECIAL Nº 1.472.077 - PB (2014/0190243-8)) manifestou:

(...) Logo, o candidato só concorre às vagas reservadas quando sua classificação não lhe assegura o ingresso nas vagas de concorrência ampla, estando o pleito da apelante amparada no princípio da legalidade que rege a Administração Pública. - Isso quer dizer que o fato de não atender, quando do cadastramento e matrícula, ao requisito para ingressar na universidade pelo sistema de cotas, não implicará em sua eliminação do certame, podendo permanecer na lista da concorrência geral e vir a lograr, na hipótese de existência de vaga, ao seu cadastramento e matrícula.

A eliminação do candidato só pode se dar quando preexistente o dolo fraudulento. Este foi o escopo legislativo.

A portaria dá tratamento dissonante à boa-fé. Em interpretação sistemática percebemos que este instituto possui enorme prestígio.

Nos termos do artigo 113 do CC/02, a boa-fé é uma regra interpretativa dos negócios jurídicos⁴⁵. E mais, a parte que assim atuou fica protegida em caso de eventual negócio simulado por terceiros⁴⁶. Além disso, aquele que excedê-la, no exercício de um direito, comete ato ilícito, dada sua importância⁴⁷.

O instituto da boa-fé é de extrema estima na legislação civilista, bem como na legislação processual, dispondo o artigo 5º do CPC: Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Entretanto, a portaria, em completa desarmonia ao sistema jurídico, desprestigia tal princípio.

O poder regulamentar, atribuído ao Poder Executivo, é derivado e secundário, somente sendo lícito conter disposições secundum legem, nunca contra ela ou além

45 Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

46 Art. 167, § 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

47 Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

de seu conteúdo, criando novas limitações ao direito dos administrados. Feito isso, colide com a legalidade.

3.Do momento para desistência do candidato negro a uma das vagas afirmativas

Outro ponto que merece ser tratado é a desistência do candidato de concorrer em uma das vagas afirmativas, tema ajustado no §2º do artigo 3º da Lei 12.990/2014:

§ 2º Em caso de desistência de candidato negro aprovado em vaga reservada, a vaga será preenchida pelo candidato negro posteriormente classificado.

Aqui merece ser debatido até qual momento poderá haver a desistência.

A Portaria nº4/2018, estabelece no artigo 2º:

§ 2º Até o final do período de inscrição do concurso público, será facultado ao candidato desistir de concorrer pelo sistema de reserva de vagas.

Tal preceito não está alinhado à norma que pretendeu regulamentar. Em razão do fato de o candidato concorrer em duas listas, a afirmativa e a de ampla concorrência, este poderá desistir até a divulgação do resultado final, pois neste momento já tem conhecimento de sua nota e colocação no certame. Dessa forma, deve-se abrir prazo para apresentação das desistências, para posteriormente haver a convocação para o procedimento, que conforme já mencionado deve se dar através da apresentação de documentos, e em caso de suspeita de fraude, por meio de entrevista presencial.

Assim, dá-se espaço aos demais candidatos que necessitem ingressar pelo meio afirmativo, já que o objetivo é exatamente a inclusão social.

Tal modalidade não incentivaria a fraude, pois o candidato de má-fé pode ser eliminado, tendo em vista o teor do parágrafo único do artigo 2º.

A portaria agiu contra legem, ampliando negativamente os efeitos previstos na lei.

Conclusão

Ante o exposto, notamos a ilegalidade de diversos artigos da Portaria Normativa nº4/2018, pois vão de encontro principalmente aos artigos 2º e 3º da Lei 12.990/2014, bem como destoam da interpretação firmada pelo STF quando do

juízo da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41/DF, cabendo ao Poder Judiciário intervir.

Referências bibliográficas

1 – Brasil, Lei 12.990/2014. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm > Acesso em 05 de julho de 2020;

2 – Brasil, Portaria Normativa nº 4 do Ministério de Planejamento, Desenvolvimento e Gestão da Secretaria de Gestão de Pessoas, de 06 de abril de 2018. Disponível em < <https://www.gov.br/mdh/pt-br/centrais-de-conteudo/igualdade-racial/portaria-normativa-no-4-2018-regulamenta-o-procedimento-de-heteroidentificacao-complementar-a-autodeclaracao-dos-candidatos-negros-em-concursos-publicos/view> > Acesso em 06 de julho de 2020.

3 – Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4917166> >

COMENTÁRIOS SOBRE A NOVA SÚMULA N. 642 DO STJ E A MERCANTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DOS DANOS MORAIS.

HEITOR JOSÉ FIDELIS ALMEIDA DE SOUZA: Advogado (OAB/SP 407.499), sócio proprietário do Fidelis Sociedade Individual de Advocacia (<https://fidelisadvocacia.com/>), bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP), e especialista em Direito Empresarial pela FGV-SP (pós-graduação lato sensu).

Como a questão da transmissibilidade e cessibilidade do direito à indenização por danos morais (e respectivo direito de ação) pode fomentar a industrialização do sofrimento.

A questão da transmissibilidade, ou não, da indenização por danos morais há muito tempo instiga acirrados debates na doutrina e na jurisprudência nacionais. Sobre o tema, existem três correntes doutrinárias que merecem destaque⁴⁸: a primeira, sustenta a intransmissibilidade absoluta dos danos morais, vez que o instituto visa proteger a honra subjetiva do indivíduo, que se trata de direito personalíssimo e, portanto, é intransmissível. Assim, o direito de obter reparação por dano moral e o respectivo direito de ação se extinguiriam com a morte da vítima que teve seus direitos da personalidade ofendidos pelo agressor. Pontue-se que este entendimento já chegou a ser cancelado⁴⁹ pelo Superior Tribunal de Justiça ("STJ").

Já a segunda corrente doutrinária defende a ideia da "transmissibilidade condicionada". Em suma, os herdeiros da vítima do dano moral somente estariam aptos a suceder o pleito indenizatório do *de cuius* caso o processo tenha sido por ele ajuizado, ainda em vida. Vale dizer: o sofrimento suportado pela vítima é intransmissível; todavia, uma vez exercido o direito de ação pelo ofendido, o conteúdo econômico resultante do processo (indenização) poderia, sim, ser transmitido aos herdeiros (neste caso, o espólio substituiria a vítima falecida no polo ativo da relação processual). Por fim, há a teoria da transmissibilidade incondicionada. Aqui, como o próprio nome sugere, o direito à indenização por dano moral seria transmissível aos herdeiros da vítima, tenha ela ajuizado a ação

⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade civil*. 11ª Ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 120-122. No mesmo sentido: ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. A transmissibilidade do Direito de Indenização por Dano Moral, *in* Revista da EMERJ, v. 7 n. 28, 2004, pp. 99-109.

⁴⁹ STJ. REsp n. 302.029-RJ, Min. Rel. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 29.05.2001.

indenizatória em vida, ou não. Ou seja, há transmissibilidade do direito à indenização e do respectivo direito de ação.⁵⁰

Recentemente, a Corte Especial do STJ pacificou o tema ao cristalizar a teoria da transmissibilidade incondicionada na Súmula n. 642, publicada em 07.12.2020, cujo enunciado prescreve: "*O direito à indenização por danos morais transmite-se com o falecimento do titular, possuindo os herdeiros da vítima legitimidade ativa para ajuizar ou prosseguir a ação indenizatória.*"

Embora pacífico o entendimento – jurisprudencial e doutrinário – de que o sofrimento psicológico e/ou físico suportado pela vítima é intransmissível, não se pode negar que o correspondente direito de indenização pela lesão sofrida possui conteúdo econômico e se incorpora ao patrimônio da vítima, viabilizando a transmissibilidade da indenização. Este é o raciocínio por trás da nova Súmula n. 642 do STJ. Portanto, sob a égide do entendimento sumulado, tanto o direito de ação quanto o direito à indenização por danos morais possuem caráter patrimonial, transmissível aos herdeiros.

Mas aqui exsurge um novo problema. O instituto da indenização por danos morais – corolário da responsabilidade civil – é pautado pelo caráter compensatório da soma pecuniária arbitrada pelo Poder Judiciário para, justamente, compensar a lesão (extrapatrimonial) sofrida pela vítima. Inclusive, o *quantum* indenizatório costuma refletir a intensidade da ofensa suportada pela vítima.

Quando os herdeiros da vítima pleiteiam e/ou recebem a indenização pelo sofrimento suportado pelo *de cuius* (seja em nome próprio, por meio de exercício autônomo do direito de ação transmitido *causa mortis*, seja por meio da substituição processual no âmbito de processo já ajuizado em vida pelo falecido), a nosso ver, desnatura-se o elemento compensatório da indenização, pois somente a vítima poderia ser compensada pela lesão anímica por ela experimentada. Do contrário, estar-se-ia reconhecendo que o dano moral (sofrimento psicológico e/ou físico) é transmitido juntamente com o direito à indenização (e correspondente direito de ação), o que – em nossa opinião – não é possível.

⁵⁰ Importante deixar claro que quando nos referimos a "direito de ação", estamos tratando do direito subjetivo público de deduzir em juízo determinada pretensão (no caso do artigo, trata-se do pleito de indenização por danos morais). Registre-se que o exercício do direito de ação não implica – automaticamente – na existência do direito material alegado (indenização), tampouco no reconhecimento judicial dos danos morais que dão suporte ao pleito. Nas palavras de DINAMARCO, "*A ação que se exerce no processo de conhecimento é o poder de exigir a sentença de mérito*", seja ela de procedência, ou improcedência. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, Tomo I, p. 481.

Então, partindo do pressuposto de que o *de cujus* – dada sua condição – não pode mais ser compensado pelo dano psicológico sofrido, a única função restante para justificar a transmissibilidade da indenização por danos morais seria o viés punitivo do instituto (entendemos que a indenização por dano moral possui função compensatória e punitiva). Afinal, a morte da vítima funcionaria como verdadeiro prêmio e/ou incentivo ao agressor caso não houvesse a possibilidade de transmissão do direito à indenização (e correspondente direito de ação). Sobre o tema, ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE teceu os seguintes comentários:

*"Não prospera, também, a objeção de que, com a morte da vítima, a indenização não mais preencheria sua função de compensação ou satisfação. Sempre restaria o caráter sancionatório ou punitivo, próprio de qualquer reparação e que é ainda mais acentuado em se tratando de indenização do dano moral, uma vez que a doutrina dominante considera que esta exerce uma dupla função: punitiva a compensatória. A função punitiva justificaria a transmissibilidade mortis causa da indenização do dano moral, uma vez que a indenização, embora não pudesse exercer nenhuma função de reparação, compensação ou satisfação para a vítima, ainda seria útil como forma de punição do lesante."*⁵¹

Concordamos com tal assertiva, qual seja, que a transmissibilidade da indenização por danos morais (e respectivo direito de ação) *causa mortis* tem como fundamento o caráter punitivo do instituto. Frise-se que nosso ponto de vista parte da premissa de que o *de cujus* não pode mais ser compensado pela lesão extrapatrimonial sofrida, isto é, falecendo vítima antes do pagamento da respectiva indenização, desnatura-se a função compensatória do instituto. Registre-se que a indenização punitiva tem natureza preponderantemente patrimonial, na medida em que sua finalidade é castigar financeiramente (e possivelmente coibir condutas futuras semelhantes) o agressor, o que reforça a transmissibilidade. Curiosamente, o mesmo STJ que editou a Súmula n. 642 tem o hábito⁵² de rechaçar o instituto dos danos punitivos (*punitive damages*).

Outra questão que merece destaque neste artigo é a questão da transmissibilidade da indenização por danos morais por meio de ato *inter vivos*. Ora,

51 ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. A transmissibilidade do Direito de Indenização por Dano Moral, *in* Revista da EMERJ, v. 7 n. 28, 2004, p. 113.

52 STJ. AgRg no AREsp n. 712.010-RJ, Min. Rel. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 01.10.2015; AgRg no Ag n. 850.273-BA, Min. Rel. Honildo Amaral de Mello Castro (Des. Convocado do TJAP), Quarta Turma, j. em 03.08.2010; e REsp n.1.315.479-SP, Min. Rel. Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma, j. em 14.03.2017.

se é verdade que a indenização por dano moral possui natureza patrimonial e, por isso, o direito à indenização, bem como o respectivo direito de ação, são transmissíveis *causa mortis*, também é verdade que tais direitos podem ser transmitidos por meio de ato *inter vivos*

Embora tal prática não seja amplamente difundida no Brasil, a comercialização do direito à indenização por danos morais existe em território nacional; e pode ser exemplificada da seguinte forma: "A" sofre danos psicológicos em razão de uma conduta praticada por "B". Por variadas razões (p. ex. falta de tempo para aguardar a tramitação de um processo judicial e/ou necessidade premente de dinheiro) "A" pode decidir "vender" seu direito de indenização para "C" (que pode ser, p. ex., um fundo de investimento) mediante a aplicação de um "deságio" no preço da aquisição, isto é, "A" tem justa expectativa de receber R\$ 10.000,00 de indenização por danos morais, mas acaba aceitando R\$ 3.000,00 de "C" para ceder seu direito de ação, pois "C" tem custos operacionais (p. ex., contratação de escritório de advocacia e incerteza quanto ao êxito da ação) e precisa de uma margem de lucro para sustentar seu empreendimento e satisfazer eventuais investidores.

Se antes da edição da Súmula n. 642 do STJ havia incertezas quanto à cessibilidade do direito de ação para pleitear danos morais, agora não há dúvidas de que se trata de direito patrimonial, passível de transmissão e cessão. Note o leitor que no parágrafo anterior falávamos de comercialização do direito à indenização; e neste estamos tratando do direito de ação⁵³. Em resumo, havendo comercialização do direito à indenização, a ação deve ser proposta em nome da vítima; e, havendo êxito ao final do processo, a indenização seria levantada pelo comprador, que passa a ter um verdadeiro direito creditório sobre o montante obtido. Já no caso da venda do direito de ação, o próprio comprador poderia ajuizar a ação (em nome próprio) mediante apresentação do instrumento de cessão de direitos.

Do ponto de vista estritamente jurídico, se o herdeiro possui legitimidade ativa *ad causam* para pleitear – em nome próprio – indenização por danos morais sofridos pelo *de cujus*, também não vemos óbice processual para que o adquirente faça o mesmo em relação ao direito de ação cedido onerosamente pela vítima, por meio de ato *inter vivos*.

Contudo, tal conjuntura suscita um grande dilema (mais ético do que jurídico): um fundo de investimento (ou qualquer outro interessado) agora pode pleitear – em nome próprio – indenização por dano moral sofrido por terceiros, com intuito exclusivo de lucrar com tal atividade, com respaldo (ainda que indireto) na

⁵³ Vide nota de rodapé n. 3.

Súmula n. 642 do STJ. Eis a industrialização do dano moral. Este fenômeno certamente distorce a função do instituto (que, primariamente, visa compensar a vítima pela lesão anímica sofrida; e, em segundo plano, representa uma punição ao agressor). E a mercantilização do dano moral segue direção diametralmente oposta ao movimento de despatrimonialização do direito civil, estruturado a partir da Constituição de 1988 e encampado pelo Código Civil de 2002.

Com efeito, a partir do advento da Constituição Federal de 1988 – nitidamente preocupada com o bem-estar e dignidade da pessoa humana, em detrimento da propriedade privada, que era a principal preocupação dos institutos jurídicos liberais que a precederam a Carta de 1988 (*v.g.*, Código Civil de 1916) – verificou-se a ocorrência de um fenômeno conhecido como “constitucionalização do Direito Civil”⁵⁴, segundo o qual as normas do Direito Privado deveriam ser concebidas e interpretadas sob o prisma axiológico da valorização da pessoa humana, preterindo-se o “ter” pelo “ser”, deixando a propriedade privada de representar um fim em si mesmo, transformando-se em um meio à consecução de sua função social⁵⁵ (art. 5º, XXIII e art. 170, III, ambos da CF/88); e, aos poucos, essa mudança de paradigma (focado no ser humano em detrimento do patrimônio) engendrou a tendência de “despatrimonialização do Direito Civil”, tendência esta que permeou jurisprudência dos tribunais pátrios, culminando no consenso de que o instituto dos danos morais não pode ser vulgarizado.

Pondere-se que este autor não defende que é ilícita a comercialização da indenização por danos morais; ou que a tese da transmissibilidade da indenização por danos morais e respectivo direito de ação é equivocada. Por meio deste artigo, simplesmente pretende-se contribuir com o debate doutrinário apontando o que aparenta ser um movimento pendular⁵⁶ do foco do Direito Civil, no qual o núcleo

54 Segundo Carlos Roberto Gonçalves: “a expressão direito civil-constitucional apenas realça a necessária releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição, redefinindo as categorias jurídicas civilistas a partir dos fundamentos principiológicos constitucionais, na nova tábua axiológica fundada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) na solidariedade social (art. 3º, III) e na igualdade substancial (arts. 3º e 5º)”, cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 8ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 45.

55 Sobre este tema, confira-se a doutrina de Cavalieri Filho: “Temos sustentado que após a Constituição de 1988 todos os conceitos tradicionais de dano moral tiveram que ser revistos. Assim é porque a atual Carta, na trilha das demais Constituições elaboração após a eclosão da chamada *questão social*, colocou o homem no vértice do ordenamento jurídico da Nação, fez dele a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos”. Cf. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 106.

56 Dizemos que o movimento é pendular pois o fenômeno da “despatrimonialização” do direito civil surgiu no bojo do Estado de Bem Estar Social, em contraposição ao ideal liberal pós Revolução

axiológico volta a ser a propriedade em detrimento do ser humano (“patrimonialização do Direito Civil”). Em resumo, ao mesmo tempo em que a Súmula n. 642 do STJ pacificou a questão da transmissibilidade *causa mortis* da indenização por danos morais (e respectivo direito de ação), acabou – ainda que indiretamente – por endossar a mercantilização do instituto dos danos morais, fenômeno que se resume basicamente à geração de lucros a partir do sofrimento alheio, o que, certamente, não é o objetivo primário da indenização-compensatória.

Francesa, a partir do qual a principal função do Direito Civil seria preservar o direito de propriedade. E, agora, volta-se a dar posição de prestígio à propriedade.

RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE POST MORTEM

NUBIA OLIVEIRA: Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil da Faculdade Maurício de Nassau.⁵⁷

AMANDA CABRAL FIDALGO

(orientadora)⁵⁸

RESUMO: Uma das grandes questões do Direito de Família é reconhecer a paternidade de um filho advindo de um relacionamento fortuito. Como dito, é uma situação bastante comum, contudo, falta reconhecimento formal do fato, situação esta que pode causar prejuízos irreparáveis aos indivíduos, tanto no que tange ao aspecto do Direito quanto ao aspecto moral. Felizmente, o Direito de Família se constitucionalizou⁵⁹ e trouxe direitos iguais aos filhos, sejam eles havidos dentro ou fora do casamento, o fato de existir já é um motivo para que o genitor se responsabilize por sua vida. Desta forma, a jurisprudência e a doutrina tem buscado mecanismos para o reconhecimento formal da paternidade. Quando o indivíduo é vivo é mais simples, basta um exame de DNA, porém, se o interesse pelo reconhecimento vier após a morte do genitor os instrumentos serão diferentes e mais complicados de serem comprovados. Ademais, o que deve se ter em mente que o reconhecimento de paternidade post mortem não é apenas um meio de assegurar a herança, mas uma forma emocional de efetivar ou poder mostrar para o meio de vivência em status de filiação, sair da condição de renegado e formalizar sua herança genética. Este artigo, tem como escopo, mostrar através de pesquisa analítica todos os pormenores acerca do assunto.

Palavra-chave: Filiação. Reconhecimento. Paternidade. Post Mortem.

ABSTRACT: One of the great questions of Family Law is to recognize a parentage of a child arising from a fortuitous relationship. As said, it is a very common situation, however, a lack of formal recognition of the fact, a situation that can cause irreparable damage on request, both with regard to the aspect of law and the moral aspect.

⁵⁷ Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil da Faculdade Maurício de Nassau.

⁵⁸ Orientadora. Mestra em Direito Processual Constitucional- Universidade Nacional Lomas de Zamora concluído em Dezembro de 2014, Defesa realizada em 12/07/2017, e Revalidado pela UFRN PPG Nº 000471.

⁵⁹ Direito Civil constitucionalizado é unir a legislação civilista aos princípios fundamentais constitucionais.

Fortunately, the Family Director has constitutionalised and brought equal rights to children, they are welcomed or are out of wedlock, the fact that they exist is already a reason for which they are responsible for their lives. In this way, a jurisprudence and a doctrine have sought mechanisms for the formal recognition of paternity. When the individual is alive and simpler, a DNA test is enough, however, if the interest for recognition comes after the death of the parent the instruments are different and more complicated to be proven. In addition, what should be kept in mind that the recognition of post-mortem paternity is not only a means of security, inheritance, but an emotional form of effecting or being able to show to the means of living in affiliation status, and formalize their genetic inheritance. This article, as its scope, shows through the analytical research all the details on the subject.

Palavra-chave: Membership. Recognition. Paternity. Post Mortem.

1 INTRODUÇÃO

Muitos encaram o reconhecer da paternidade como um mero ato de incluir seu nome no item de filiação da certidão e nascimento de alguém, contudo, essa seara vai bem mais longe do que parece ir, a efetividade da paternidade gera não só efeitos no mundo jurídico como efeitos morais na vida de um ser que pleiteia esse direito.

Ao longo de toda história vemos diversos tipos de posicionamentos quando a relação de pai e filho, e isso vamos ver profundamente neste trabalho. Antes tínhamos uma relação unicamente patrio⁶⁰, onde não se tinha e nem se discutia o sistema familiar como prioridade e sim como mecanismo de poder, hoje em dia, com uma constituição humanizada e um código civil constitucionalizado a família é status de prevalência no ordenamento jurídico Brasileiro, as relações de amor e de afeto tonaram-se consubstanciais para os entendimentos infraconstitucionais, bem como os princípios da igualdade e da isonomia, tendo em vista a dignidade da pessoa humana.

Veremos também, que o processo de reconhecimento post mortem mais diz respeito a noção íntima do indivíduo do que ao direito a um espólio sucessório, muitas vezes a briga pelo reconhecimento é pelo íntimo de querer ser reconhecido como filho de alguém ou de alguém em especial e neste sentido, vemos que a legislação brasileira não deixou a desejar, pegamos as noções de afeto e trazemos a possibilidade do reconhecimento de laço paterno mesmo após a morte e não termina aí, veremos também, que brilhantemente, a legislação brasileira deu a

60 A ideal de "Patrio" aduz que o pai da família tinha todo o poder sobre a mesma.

possibilidade de reconhecer como pai àqueles que o coração escolheu, baseado simplesmente na relação socioafetiva.

O Brasil já avançou grandes barreiras no que diz respeito a filiação e o processo para o reconhecimento desta, mais há barreiras a se vencer, cada vez mais as normas infraconstitucionais estão se especializando tornando o processo de reconhecimento menos moroso e mais simplificado, tanto no aspecto processual, quanto o pós-processual.

Mas o que talvez seja o grande “novelo de ouro”⁶¹ do direito de família é que todos esses trâmites deixaram de ser burocratizados e passaram a ser observados do ponto de vista humano, não mais fixando leis cruas e gélidas, mas sentenciados conforme a vontade dos envolvidos, observando a vida, os laços (não apenas o sanguíneo), o bem-estar de todos os envolvidos.

O reconhecimento da paternidade post mortem não só traz a chance de alcançar os efeitos materiais do mundo jurídico, mas dá a chance de um indivíduo ser materializado como filho dentro do meio social em que vive.

2 BREVE HISTÓRICO

No século XX, a família era totalmente patriarcal, seguindo preceitos de uma entidade hierarquizada, patrimonialista e matrimonialista. No topo da hierarquia sempre vinha o pai⁶², era ele quem decidia sobre vida e morte de seus filhos e regia toda a vida dos integrantes familiares. Em segunda escala vinha os filhos, onde o grau importância se dava com mais relevância pois os entes familiares desta época eram absurdamente patrimonialista, ou seja, a procriação de filhos gerava mais poder para o seio familiar, já que podiam casar com outras famílias e unir suas posses. E em último, vinha a esposa, diminuída dentro da sociedade, olhada como ser cujo único objetivo era a procriação e o cuidado com a casa. Percebe-se que tudo girava em torno do patrimônio.

Para Maria Berenice Dias “a família constituída pelo casamento era a única a merecer reconhecimento e proteção estatal, tanto que sempre recebeu o nome de família legítima.” (2013, p. 360)

Diante desse conceito patriarcal exacerbado entende-se o porquê da discriminação em relação aos filhos havidos fora do casamento. Ainda cito que, as

⁶¹ Expressão usada para conotar algo de grande relevância.

⁶² Tendo como base a ideia de hierarquização da família tendo o pai como o topo, surgiu a conceituação do pater poder.

próprias leis da época classificavam os filhos conforme o estado civil dos pais, como no caso na Lei 3.071 de 1º de Janeiro de 1916, que vigou por 80 anos no Brasil.

No código de 1916, havia uma dura classificação quanto aos filhos, sendo divididos em: legítimos, ilegítimos e legitimados.

Os filhos legítimos era aqueles nascidos na constância do casamento, protegidos pela presunção do "*pater is est quem nuptiae demonstrant*", que em tradução significa "é o pai aquele que o matrimônio como tal indica", ou seja, em breves palavras, diz que é o pai aquele que for marido de sua mãe.

Bruna Zeni ressalta em seu livro "Direito em Debate" de forma brilhante:

"A maternidade do filho gerado por meio de relação sexual entre marido e mulher era certa, vez que ela se manifesta por sinais físicos inequívocos. A paternidade era incerta e a presunção se atribuía diante do fundamento da fidelidade conjugal por parte da mulher." (ZENI, 2009, p.63)

Já os filhos ilegítimos, aqueles havidos fora do casamento e que os pais não tinham nenhuma premissa de oficializar matrimônio, não tinham nenhum direito garantido, no que tange sua paternidade, ou seja, o reconhecimento de paternidade para esses indivíduos era impensável.

Para Maria Berenice Dias:

"Negar a existência da prole ilegítima simplesmente beneficiava o genitor e prejudicava o filho. Ainda que tivesse sido o pai quem cometera o delito de adultério – que à época era crime-, infringindo o dever de fidelidade, o filho era o grande perdedor. Singelamente, a lei fazia de conta que ele não existia. Era punido pela postura do pai, que se safava dos ônus do poder familiar." (2013, p. 361)

Já os filhos legitimados eram aqueles não nasceram dentro de um casamento, mas que depois os pais vieram contrair matrimônio, para eles, a paternidade era assegurada.

Ou seja, os únicos que perdiam nas relações de filiação eram os filhos. Que não eram protegidos pelo Estado e ficavam sujeitos a boa vontade de seu genitor, que por sua vez, diante de um erro próprio se protegia na suma do "Patrio Poder", haja vista, como já dito, o que realmente interessava na época era o monopólio patrimonial, família era apenas meios.

A Lei nº 883 de 21 de outubro de 1949, trouxe com sua origem os primeiros nortes da dignidade humana dos filhos nascidos fora de um matrimônio, em sua redação fazia-se possível o reconhecimento dos filhos ilegítimos, bem como, o direito destes de entrar com uma ação de reconhecimento de paternidade. A lei também dispunha sobre direito sucessório, não tão igual para todos os filhos, mas já era um grande avanço para as leis sociais daquela época. Os filhos reconhecidos passavam a ter direito, porém, o direito dos filhos tidos fora do casamento era a metade do que o filho legítimo ou legitimado tinha para receber, e ainda mencionada em seu artigo 4º⁶³ o direito que o filho reconhecido tinha em pedir alimentos, porém em segredo de justiça. Em seu artigo 7º⁶⁴ proibia qualquer referência a filiação ilegítima, de pessoa a quem interessa, no registro de nascimento, devendo ser feita remissão a lei.

Zeni ressalta:

“Se dissolvida a sociedade conjugal pelo desquite, tornava-se possível reconhecer os filhos havidos fora do casamento, segundo o que determinava o Decreto-Lei nº 4.737/42. Em 1949, pela Lei nº 883/49, permitiu-se a qualquer dos cônjuges o reconhecimento de filho havido fora do casamento, e ao filho era dada a possibilidade de ação para buscar seu reconhecimento. (ZENI, 2009, p. 69)

Em 1977, houveram mais mudanças relevantes dentro do Direito Civil, com o advento da Lei 6.615/77, conhecida como a “lei do divórcio”, trouxe para a seara do Direito a possibilidade do reconhecimento de paternidade do filho gerado fora do casamento por testamento cerrado⁶⁵, bem como equiparou o direito de herança a todos os filhos.

Em citação:

“Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio), que alterou a Lei 883/49, pela inclusão de parágrafo único ao seu artigo 1º, possibilitando que

63 Art. 4º Para efeito da prestação de alimentos, o filho ilegítimo poderá acionar o pai em segredo, de justiça, ressalvado ao interessado o direito à certidão de todos os termos do respectivo processo.

64 Art. 7º No Registro Civil, proibida qualquer referência a filiação ilegítima de pessoa a quem interessa, far-se-á remissão a esta Lei.

65 O testamento cerrado é o testamento particular, escrito e assinado pelo próprio testador, ou por escrito por outra pessoa, e assinado por ele (não é permitida a assinatura “à rogo”), será entregue ao tabelião, na presença de 2 (duas) testemunhas, para aprovação e registro.

qualquer dos genitores, ainda que casado com outrem e na constância deste casamento, pudesse reconhecer filho extraconjugal, desde que por testamento cerrado; no artigo 2º, igualou-se o direito à herança dos filhos consanguíneos [sic] de qualquer natureza (HIRONAKA, 2000)

Em 1984, a Lei 883/49 sofreu mais alterações significativas, incorporando em seu corpo redativo a possibilidade que reconhecimento de filhos havidos fora do casamento de conjugue separado a mais de 05 (cinco) anos.

E afim, em 1988 houve a promulgação da constituição que encontramos hoje, e com ela veio mudanças abruptas para o direito de família.

O legislador preocupou-se em não mais pautar a família nos ditames patrimoniais e sim decorrentes de laços de afeto, com foco na dignidade da pessoa humana de seus integrantes, logo, o conceito de formação de família não era mais atrelada ao de casamento e como consequência, surgiu novas perspectivas em relação a filiação.

2 FILIAÇÃO EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Todo indivíduo procriado já nasce com direitos e deverem dentro do meio em que vive, fatores estes que ditarão seu lugar dentro de um grupo social, sejam eles externos ou dentro da própria família, deixando claro que família também deve ser compreendida como grupo social. Daí então, a importância da filiação.

Maria Helena Diniz define com maestria o conceito de filiação⁶⁶: "Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida"

Já é sabido que em vários momentos históricos, a filiação dependia unicamente da vontade do pai, onde era tido como soberano dentro do grupo social família, ou seja, a aceitação e rejeição daquele novo membro dependia unicamente do aceite do *pater*⁶⁷. E a medida que a ideia de continuação da espécie se fortalecia dentro da sociedade, mais a noção de *pater família* de concretizava. Lembrando que, antes a família era a base econômica do meio social, não se construía uma família com base no amor, construía-se uma família com o único propósito de poder, logo, aquele com membros puros e capazes de "levar" o nome da família por gerações se sobressaía,

⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol.5, p.372

⁶⁷ Pater família: Significa "Pai da família". É uma nomenclatura utilizada para definir a ideia pai soberano.

es então o porquê de filhos havidos fora do casamento e filhos adotivos não eram facilmente aceitos.

No Brasil esse ideal não era diferente, tendo na própria Constituição de 1916 a distinção para filhos, classificando-os como filho legítimos, legitimados e ilegítimos. Sendo, portanto, legítimos, aqueles que eram nascidos dentro da constância do casamento; os legitimados eram aqueles advindos de pessoas não casadas, que após a concepção contraíram núpcias; e os ilegítimos (ou impuros) eram os filhos nascidos fora do casamento, como já visto.

Em 1938, com o advento da nova Constituição, começaram a se formar as primeiras noções de família como entidade que merece ser protegida⁶⁸, desta forma trazendo em discussão o direito de filiação em relação aos ilegítimos.

Já em 1988, surgiu a nossa "Constituição humanizada", baseada em princípios norteadores da proteção à família. Nesse modelo de constituição, que é a que conhecemos hoje, a divisão de filiação antes imposta pela constituição de 1934 foi totalmente excluída, passando a adotar a ideia de basta ser filho para ser reconhecido, estando proibida qualquer tipo de discriminação em relação à filiação.

Neste sentido Renata Nepomuceno e Cysne (2008, p. 200) enfatiza que:

"A Constituição de 1988 trouxe, para o foco das preocupações a proteção da pessoa humana, abandonando a prioridade antes dedicada ao patrimônio, e assim, a família deixou de ser baseada unicamente no casamento, e como consequência [*sic*], a filiação adquiriu novas perspectivas"

Desta forma, tendo a Constituição da República consagrado o princípio constitucional da igualdade entre todos os filhos e da dignidade da pessoa humana, foram derrubadas as distinções discriminatórias até então existentes, vedando qualquer diferenciação entre os filhos. O artigo 227, parágrafo 6º da Carta Magna é o dispositivo que traduz tal progresso, ao dizer que: "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação."

3 RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE

⁶⁸ A proteção à família estava disposta no artigo 107 da Constituição de 1934, assim dispondo "A família está sob a proteção especial do Estado e repousa sobre o casamento e a igualdade jurídica dos sexos; a lei civil, porém, estabelecerá as condições da chefia da sociedade conjugal e do pátrio poder, e regulará os direitos e deveres dos cônjuges"

Ante do já exposto, não resta dúvida que uma das maiores revoluções trazidas pela Constituição de 88, no que tange a família, está na não distinção entre filho. Tal novidade só foi possível através da ideia de que o princípio da igualdade e da isonomia devem ser utilizados para interpretação e criação das normas infraconstitucionais, desta forma, sempre será observado o social maior que é a família, porém, não mais no sentido econômico, mas no sentido moral.

Contudo, vale citar, que mesmo havendo a supremacia da igualdade entre filhos, o código Civil, que é posterior a Lei Maior, ainda concede presunção de paternidade apenas para filhos frutos do casamento, mas essa é uma “barreira” que será rompido brevemente.

Maria Berenice Dias, sobre tal desconformidade assinala (2010, p.368):

“Imperativo, portanto, que o Código Civil abandonasse a velha terminologia que os diferenciava. Os filhos nascidos na constância do casamento eram chamados de legítimos, enquanto os frutos de relações extrapatrimoniais eram pejorativamente rotulados de ilegítimos. Ainda assim, limitou-se o legislador a excluir as palavras legítima e ilegítima, reproduzindo, no mais, com ligeiros retoques e pequeníssimos acréscimos, o que dizia o Código Anterior. Os filhos decorrentes do casamento - antes tratados no capítulo "Da filiação legítima" - agora estão no capítulo "Da filiação" (CC 1.596 a 1.606). Os havidos fora do casamento - que constavam no capítulo "Do reconhecimento dos filhos ilegítimos" - estão referidos no capítulo "Do reconhecimento dos filhos" (CC 1.607 a 1.617).”

Independentemente de imperfeições legislativas, o que vale expor é que a equidade⁶⁹ entre os filhos é vital para o reconhecimento de paternidade e por consequência o exercício pleno e justo da qualidade de filho.

Em sentido prático e estrito, o reconhecimento de paternidade é regulamentado por legislações infraconstitucionais específicas, como a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), Lei nº 8.065/92 (que regulamenta a investigação de paternidade em relação a filhos havidos fora do casamento e dá

⁶⁹ No mundo jurídico, o termo “equidade” é o respeito pelo direito de cada pessoa, adequando a norma ao caso concreto, pelo que se considera justo. É a apreciação e julgamento justo em virtude do senso de justiça imparcial, visando a igualdade no julgamento.

outras providências) e o próprio código civil de 2002 em seus artigos, que vai do 1.607 ou 1.617.

O reconhecimento *per si*, é um ato utilizado para declaração filiação extramatrimonial, para estabelecer relação *quo* de pai e filho e por conseguinte prestar os efeitos jurídicos dessa relação.

Ademais, antes de adentrarmos ao ponto foco desde artigo é importante lembrar que independente da espécie de reconhecimento de paternidade, ou seja, aquela voluntária⁷⁰ ou judicial⁷¹, o ato que reconhece a paternidade sempre terá o mesmo efeito, em nome do princípio constitucional da equidade.

E a saber, também cabe ressaltar, que uma vez dada o caráter de paternidade, o feito é irrevogável, conforme art. 1.610 do Código Civil 72, salvo quando houver vício do consentimento ou erro quanto a real filiação biológica, fator que pode gerar ação anulatória de paternidade.

3.1 RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE VOLUNTÁRIO

A questão do reconhecimento filial é algo muito delicado em qualquer parte do mundo e no Direito brasileiro não seria diferente.

Em apertada síntese, a forma voluntária de reconhecer um filho é como o próprio nome já aduz, é algo que parte da vontade. Ou seja, é um meio colocado para os pais que eles possam reconhecer seus filhos por querência.

O código civil atual ressalta em seu corpo relativo, no artigo 160973, que o reconhecimento voluntário poderá ser feito:

70 Quando o reconhecimento surge por vontade do pai.

71 Mediante investigação de paternidade.

72 Art 1.610 do Código civil de 2002: O reconhecimento não poderá ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento.

73 Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

No próprio termo de nascimento, nesse caso, o pai comparecerá ao cartório para declarar a sua paternidade.

Por escritura pública ou particular, devendo ser arquivada em cartório, no caso do reconhecimento post mortem, é possível que seja reconhecida a paternidade consanguínea (após a confirmação de tipagem) e até mesmo a socioafetiva, quando a disposição de ultima vontade foi o reconhecimento de um indivíduo.

Por testamento, como já supracitado, é plenamente possível que haja reconhecimento por testamento, respeitando a *prima facie*⁷⁴ do direito sucessório que é a disposição de última vontade do falecido; por manifestação direta e expressa diante do juiz ainda que o reconhecimento não haja sido objeto único e principal do ato que o contém, geralmente faz-se em casos de filhos havidos fora do casamento, ou reconhecimento tardio⁷⁵ ou até mesmo socioafetivo.

Vale lembrar, que esse tipo de reconhecimento é na verdade uma confissão voluntária de paternidade no qual declara determinada pessoa como seu filho.

3.2 RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE JUDICIAL

De acordo com Silva⁷⁶: “o reconhecimento forçado ou judicial é um ato legítimo do Estado, independente da vontade do pai, assim, o Estado chama para si não só a tarefa de investigar a paternidade como de declarar o réu pai do autor”.

Em situações de reconhecimento judicial, caso o pai demonstre não querer reconhecer a paternidade, a genitora deverá ir até um cartório e apontar o suporte pai, caso o filho seja maior, ele mesmo poderá apontar seu suposto pai. O juiz mandará notificar o suposto pai para que se manifeste e após irá propor uma ação de investigação de paternidade e assim seguirá.

Após a sentença do juiz e reconhecida a paternidade, a genitora ou o filho maior, deverá procurar um cartório de registro civil para que seja feita uma nova certidão de nascimento.

3.3 SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO DA AÇÃO

74 Prima facie: Primeira vista.

75 Termo usado para casos em que o reconhecimento de paternidade é feito após a maioridade.

76 SILVA, Jose Luiz Mônaco da. O Reconhecimento de Paternidade. São Paulo. Livraria e Editora Universitária de Direito. ,2001.

Em regra geral, a legitimidade ativa será o autor da ação ao par que, a legitimidade passiva será o réu. Sem a legitimidade, que é uma das condições da ação, o juiz seria obrigado a extinguir o feito.

Luz⁷⁷ diz: “Até o advento da lei 8.560/92, a legitimidade ativa para ação pertencia exclusivamente ao filho, mediante representação ou assistência da mãe se fosse menor. Constitua-se portanto, em direito personalíssimo, ex: VI do art.363 código civil”.

Em suma, podemos dizer que três entes serão legítimos para propor o reconhecimento de paternidade: O Nascituro, o filho e o Ministério Público.

O Nascituro é aquele que ainda não nasceu, mas já possui personalidade para o mundo jurídico, podendo ingressar em ação sendo representado pela mãe.

O filho, que poderá ingressar tanto representado pela mãe, quanto por própria autonomia, se for maior.

O Ministério Público, por sua vez, nem sempre teve legitimidade para propor a açã discutida, somente a partir da lei 8.560/92 é que obteve autorização para ingressar com a investigação de paternidade.

Já no sujeito passivo, encontra-se o pai, claro! Em vida ou falecido.

3.4 EFEITOS DO RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE

Independente da forma que foi feito esse reconhecimento de paternidade, os efeitos seão sempre os mesmos, com as mesmas garantias e com os mesmos direitos. Ressaltando os direitos iguais entre os filhos (art 227 Constituição Federal).⁷⁸

⁷⁷ LUZ, Valdemar P. da. Curso de Direito de Família. Caxias do Sul, RS: Mundo Jurídico, 1996.

⁷⁸Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Resta claro que os direitos e o vínculo de filiação só serão desfrutados após o reconhecimento. O principal efeito do reconhecimento é a relação de parentesco entre pai e o filho.

Classificam-se os efeitos em sete tópicos; o estado, o nome, a relação de parentesco, o poder familiar, os alimentos, a sucessão e a não retroação.

4 POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE POST MORTEM

Quando se fala em reconhecimento de paternidade post mortem, se tem duas vertentes para começarmos a criar uma linha de raciocínio sobre o tema ofertado: a primeira é a situação é quando há evidências da paternidade e a segunda é quando o suposto pai falece sem deixar evidências concretas.

Quando há material fático, que traz provas inequívocas sobre a paternidade, teremos uma facilidade no bojo do processo de reconhecimento, pois a prova ou até mesmo a querência do *de cujus*⁷⁹ encontra-se em evidência. Talvez você deve está de perguntando, "se o de cujus sabia que era pai de fato da criança nascida, porque não registrou a criança de pronto?". Uma pergunta óbvia, mas devemos lembrar que há situações em que o pai falece antes mesmo do nascimento da criança ou, como já existe no Brasil, quando a mãe ganha o direito de fazer fertilização *in vitro*⁸⁰ através do material coletado e congelado do pai. Cabe lembrar, também, que dentro do gênero de reconhecimento de paternidade post mortem, há a espécie/ possibilidade de ser considerada a socioafetividade entre os envolvidos que não necessariamente segue os parâmetros da filiação. É possível, por exemplo, que haja reconhecimento de paternidade post mortem de um avô em relação a um neto, de um padrasto em relação a um enteado e etc... desde que seja comprovada o animus do querer do *de cujus* e a socioafetividade entre o requerido e o requerente.

Em suma, tem-se a segunda situação decorrente de reconhecimento de paternidade post mortem que é aquele em que o suposto pai faleceu sem deixar provas inequívocas do vínculo de paternidade. Nesse caso o primeiro pensamento nos parece simples, fazer a exumação do corpo, coletar material pessoal e fazer exame comparativo de DNA, porém, a solução não é simples quanto parece. De fato, o exame de DNA resolveria o problema, todavia, há outros fatores determinantes que impedem que devem ser observadas antes de mais nada.

79 De cujus: expressão utilizada para se referir a indivíduo falecido.

80 Fertilização in vitro: Forma de reprodução assistida.

Deve-se ter em mente os direitos personalíssimos do próprio morto, cabendo lembrar a existência do princípio da dignidade da pessoa humana que também se aplica ao ser falecido. A exumação é um procedimento muito invasivo que mexe com o emocional dos entes próximos ao morto, ou seja, na maioria das vezes a família do suposto pai, diante da ausência de provas, proíbe esse tipo de procedimento. Sem contar, que suponhamos que a família aceite a exumação, o processo até um resultado final é moroso demais, podendo levar meses, além de custoso e tudo dependerá do perito. Há até casos de indeferimento em primeiro e em segundo grau do pedido justificando o alto custo do procedimento.

Outro fator importante de citar sobre a exumação é que o resultado final do exame é um procedimento meio e não um procedimento fim, ou seja, o resultado do exame não vincula a sentença transitada e julgada do processo, isso porque, no exame de DNA de um ser vivo a margem de acerto é de 99,9% e em um ser morto não há estimativa, tudo dependerá da capacidade do perito, do equipamento disponível e do estado de decomposição do morto, fatores que podem acarretar em um resultado infrutífero, já que é uma forma de prestação de serviço sem fiscalização.

Para tanto, deve-se esclarecer que para esse tipo de investigação de paternidade os doutrinadores adotam duas grandes correntes. A primeira roga que a investigação de paternidade é inerente a direitos personalíssimos indisponíveis, defendendo que o processo deve sempre seguir a busca da verdade real, admitindo amplitude probatória e assistência judiciária integral. Já a segunda corrente tem uma defesa mais restrita, alegando a limitação do corpo probatório e defendendo que mesmo essencial e em nome da economia processual, nem todas as formas periciais devem ser abraçadas pela assistência judicial.

Com efeito, já sabemos que a exumação seria uma forma de simples de comprovar a paternidade, mas não é única. Dentre as possibilidades, cito as mais comuns:

a) Teste de irmandade: Se dá quando o investigado deixou outro filho além do investigante. É um tipo de procedimento que pode ou não colocar fim no processo, pois o mesmo 99,999% de margem de acerto, o que se comprovado ascendente comum poria fim ao procedimento judicial, porém, se houver dominância de genes da mãe, o resultado poderá dar inconcluso, o que exigiria a produção de outro meio de prova admitido em juízo para resolução da controvérsia.

Alguns doutrinadores e especialistas contraindicam o método de irmandade pois há a probabilidade de o outro filho não ser legítimo, o que resultaria em um exame de incompatibilidade, mas não porque o investigante não é filho legítimo do investigado, mas porque não há ligação biológica com o outro filho.

b) Material anatomopatológico: É um exame que compara geneticamente o DNA do investigante com o DNA do investigado retirado de amostras de tecido humano resultantes de biópsias⁸¹.

Não há lei regulamentando o tempo que este material deve ficar armazenado, no entanto, devido ao Parecer Jurídico nº 33 da Sociedade Brasileira de Patologia recomenda-se que este material fique armazenado pelo prazo de 20 (vinte) anos, a fim de que todos os tipos de prescrições, (incluindo interrupções) sejam atingidos quando este material seja descartado.

Biopsia geralmente é feita em indivíduos com câncer, tumor e etc... Logo, se o investigado morreu por algum desses fatores é muito provável que tenha havido esse procedimento anteriormente.

c) Exame de DNA já existente: Na hipótese de o investigado já ter feito exame de DNA para comprovar filiação de outro filho.

Como procedimento comum, os laboratórios costumam deixar o material armazenado pelo prazo 5 (cinco) anos, que pode ser reutilizado por decisão judicial.

Caso não seja possível a realização do exame com o material genético deixado, é possível a comparação direta de DNA com os dados brutos armazenado nos softwares de análise laboratorial.

Também é de valência explanar que o reconhecimento de paternidade post mortem não se restringe apenas ao reconhecimento de filhos consanguíneos, é plenamente possível que peça tutela do Estado para reconhecimentos de filhos ligados pela afetividade.

É muito comum encontrar famílias eudomonistas⁸² ou reconstituída⁸³ que criam uma relação de afeto com determinado indivíduo e desejam levar esse *intimus* para o mundo jurídico. Um exemplo muito corriqueiro é o caso de avós que criam seus netos uma vida inteira e desejam filia-los, nesses casos, como não é possível se utilizar de exames para comprovação desta paternidade, o que será requerido no bojo do processo de reconhecimento serão testemunhas que afirmem que a última vontade do ente falecido era tornar-se pai do requerente.

Em 2017 houve um caso muito peculiar no Pará, que acabou ganhando as mídias do Estado. O fato se dava da seguinte forma: A mãe do requerente teve o

⁸¹ A biópsia é um procedimento cirúrgico que retira um determinado tecido ou célula de um paciente para posterior análise laboratorial sobre a evolução da doença ou características particulares.

⁸² Família afetiva, formada por uma parentalidade socioafetiva.

⁸³ Família reconstituída é aquela em que pais que têm filhos e se separam, e eventualmente começam a viver com outra pessoa que também tem filhos de outros relacionamentos.

relacionamento fortuito com um colega de faculdade. Quando o mesmo ficou sabendo da gravidez inesperada. Mudou-se de Estado e nunca mais voltou para reconhecer a paternidade do menor que estava sendo gerado. O menino veio a nascer, porém, a mãe da criança, ainda nova, decidiu continuar os estudos para que no futuro pudesse dar uma vida de conforto para o menor, deixando a criança com os avó maternos. Assim, viveu o requerente, sabendo da existência de sua mãe, que vira e mexe voltava para passar um tempo com ele, mas tendo nos avós a figura material de pai e mãe.

Após 22 a avó do requente veio a falecer e alguns anos depois o avô também partiu deste mundo, contudo, todos sabiam da relação de amor que existia entre os três e da vontade que os avó sentiam em adotar o menino cuidado por eles.

Foi então que o requerente tomou a decisão de entrar com uma tutela jurisdicional pedindo o reconhecimento de paternidade post mortem. Tendo como confirmação dos fatos alegados pelo autor o testemunho dos próprios tios e da própria mãe. Desta forma, a decisão foi acatada em primeira instância, reconhecendo o requerente como filhos de seus próprios avós, passando a ter o direito de concorrer o espólio sucessório, com sua mãe e tios.

A Constituição Federal em vigor, apesar de determinar especial atenção e proteção do Estado à família, não traz em seu texto nenhum artigo que trate especificamente do instituto do reconhecimento de paternidade.

4.1 DEMANDA PROCESSUAL DE RECONHECIMENTO

Sabemos que toda pessoa tem o direito de filiação, não só para que surja uma relação de afeto, mas que se concretize efeitos jurídicos oriundos dessa filiação.

O Reconhecimento de paternidade pode se dá de duas formas: de forma voluntária ou judicial.

A voluntária é quando o próprio pai reconhece a paternidade e perfilha⁸⁴, ao par que, a judicial se dá por meio de uma investigação de paternidade ou por instrumentos probatórios de reconhecimento.

O primeiro passo para se conseguir um reconhecimento de paternidade post mortem é entrar com processo de investigação de paternidade. No pólo ativo da ação deve vir o filho em questão, se maior de 18 anos, poderá pleitear em nome próprio e se menor de 18 anos, a mãe deverá abrir a ação representando o filho menor.

84 Reconhecer legalmente o filho.

Ana Carolina Borges⁸⁵, salienta:

“A ação de investigação de paternidade tem natureza declaratória e imprescritível, isto é, não prescreve; pode ser proposta a qualquer momento. Os efeitos da sentença que declara a paternidade são os mesmos do reconhecimento voluntário e também “*ex tunc*”

É importante lembrar, que o processo pode ser aberto em qualquer idade.”

Após aberta a ação, haverá uma fase instrumental de apresentação probatória, nesse momento o juiz pedirá que se proceda o exame de DNA, se o suposto pai ainda tiver vivo, mas se a ação for post mortem, se usará um dos métodos já discutidos previamente neste artigo, ou quantos bastarem.

Se o método escolhido for o indireto, como o DNA por irmandade ou ancestralidade, o juiz marcará data e local para que seja feita a coleta do exame e posteriormente a divulgação do resultado.

Finalizada a fase probatória, haverá a possibilidade de fechar o processo com resolução de mérito com base nas provas adquiridas, porém, se os exames periciais pedidos não forem capazes de atestar essa paternidade, o processo seguirá seu curso normal, em rito ordinário e se houver sentença negatória transitada e julgada, é direito do suposto filho acionar o duplo grau de jurisdição, inclusive apresentando todas as provas em direito admitidos.

Cabendo lembrar que há hipóteses de reconhecimento de paternidade post mortem onde não será possível comprovar a paternidade por meio de exame de DNA, por exemplo, como que é o caso de reconhecimento post mortem socioafetivo. O que será utilizado como matérias probatórias nesses tipos de contendas serão testemunhos de pessoas próximas aos envolvidos que atestem os laços de afetividade entre as partes e/ou documentos que exponha a disposição de vontade do próprio de cujus em querer perfilhar o autor.

Nos casos de reconhecimento de paternidade post mortem, podem atuar no pólo passivo⁸⁶, avôs, padrastos, tios, irmãos e etc... A quem tiver uma relação de amor tinha como paternal reconhecida pelas duas partes.

⁸⁵ BORGES, Ana Carolina. Formas de reconhecimento de paternidade: Voluntária ou Judicial.

⁸⁶ É a parte de quem ou contra quem se invoca um direito

5. CASOS CONCRETOS

Como já é sabido, o reconhecimento de paternidade post mortem já não é uma novidade, muito se tem falado sobre o assunto e cada vez mais estão surgindo demanda desde bojo nos Tribunais.

Um caso que chamou muita atenção, foi o da paranaense Katia Leneneir.

Katia era casada a cinco anos com Roberto Niels, durante esses cinco anos o casou vinha tentando engravidar naturalmente, até que no quinto ano de casamento Roberto descobriu que estava com câncer avançado e teria que recorrer as sessões de quimioterapia. Cientes do desejo de ter filhos, os médicos aconselharam Roberto a congelar seus sêmens, já que no período da quimioterapia a produção do mesmo seria comprometida e devido ao câncer, a probabilidade de ficar estéril era muito significativa contudo, no curso do tratamento, Roberto veio a falecer.

Entretanto, ainda levada pelo desejo do casal de ter filhos, Katia procurou o laboratório para iniciar o processo de inseminação de sêmen congelado do marido falecido, por sua vez, o laboratório informou que não poderia fazer o procedimento já que houver qualquer tipo de autorização do *de cujus* para utilização do material coletado. Como na época, a legislação era omissa em relação a isso, Katia resolvei procurar o judiciário.

A 13ª vara cível de Curitiba/PR, por meio de uma liminar, acatou o pedido de Katia e autorizou que a mesma pudesse usar a técnica de inseminação artificial, mesmo sem autorização do falecido.

Já em Brasília, o entendimento foi diferente, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal entendeu que a utilização do material genético violaria o princípio da autonomia da vontade do de cujus⁸⁷

Apesar que resoluções diferentes, o que se vê em ambos os casos é que o mais importante não era o uso ou não do material genético do *de cujus*, mas sim a vontade do mesmo. Não devemos esquecer que mesmo morto, o indivíduo faz jus ao

87 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n.º 820873-20080111493002APC, Relatora: NÍDIA CORRÊA LIMA, Relator Designado: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Revisor: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 03/09/2014, Publicado no DJE: 23/09/2014. Pág.: 139. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/informativos/2014/informativo-de-jurisprudencia...>>. Acesso em: 08/01/2018

princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, seus direitos personalíssimos permanecem vivos, bem como sua vontade.

Diante disso, faço citar um segundo caso ocorrido no Distrito Federal.

João (Nome fictício) foi criado pelos avós desde muito pequeno, apesar de ter pai e mãe vivos, passou a reconhecer e chamar seus avós respectivamente de pai e mãe devido a ausência de seus pais biológicos. Era de notório conhecimento de todos do convívio dos envolvidos a reciprocidade entre neto e avós e o desejo de ter João como filho, após a morte do avô, foi aberta ação de reconhecimento de paternidade socioafetiva e deferida justamente com base na disposição de última vontade do falecido.⁸⁸

Esses são alguns casos que tiveram maior visibilidade, mas nesta seara o índice de ações envolvendo reconhecimento de paternidade post mortem vem aumentando nos Tribunais Brasileiros.

Além do caso já supracitadamente comentado, ocorrido em Belém do Pará, do jovem que foi reconhecido como filho de seus próprios avós.

Um exemplo de que as relações humanas são mais importantes do que a aplicabilidade de leis cruas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo exposto, não resta dúvida que o Direito de Família sofreu grandes mudanças ao longo dos anos, mudanças estas vieram somar no tange ao conceito familiar. Vimos que na legislação atual, família ganhou status que prioridade, sendo aquela que ressaltará a dignidade da pessoa humana e o Direito Civil, propriamente dito, recebeu uma roupagem mais humanizada.

O momento não poderia ser o mais propício, onde cada vez mais está se discutindo no meio social as relações de gênero, de casamento, de paternidade, filiação e etc...Conceitos novos em costumes antigos.

Sabe-se que as relações interpessoais se movem com tamanha velocidade, que nem mesmo o Direito, que estuda e se pauta nessas relações consegue acompanhar. Mas é fato que muito tem-se avançado no que diz respeito aos novos ideais de sociedade.

88 TJDF-APC:20140710224323, Relator: SILVA LEMOS, Data do Julgamento: 30/09/2015, 5º Turma Cível, Data da Publicação: Publicado no DJE: 19/10/2015, Pág.:327.

Nosso meio já conseguiu se acostumar e ultrapassar várias barreiras que antes não eram toleradas, como a união de pessoas do mesmo sexo, a ideia de que existe família em uma relação de concubinato e até mesmo a igualdade entre filho e o direito de reconhecimento paterno.

Família, não se escolhe 100%, afinal ela nos é dada pelas escolhas de nossos ancestrais e também pelas escolhas que fazemos. Somente nesse ponto que podemos interferir e escolher, no mais devemos aceitar e conviver com as consequências jurídicas das decisões já realizadas no passado.

Claro que se houver convivência, respeito e amor tudo fica mais fácil. Não havendo, será mais uma relação estagnada, ditada pelo que determina a Lei e subdesenvolvida no canto mais remoto, apesar de persistente do pensamento humano, afinal é difícil esquecer a existência de um familiar tão próximo como um filho ou um irmão.

O que se deve entender é que na maioria das contendas envolvendo relações supracitadas extrapola-se a barreira jurídica e atingem o cerne dos indivíduos envolvidos.

No caso do reconhecimento da paternidade, por exemplo, aduz um sentimento de querer ser filho de alguém, e não apenas restrito a um reconhecimento burocrático que gera efeitos jurídicos.

Na maiorias das vezes se tem o “querer” chamar aquele individuo de pai ou o “querer chamar aquele indivíduo de filho, se tem a vontade de efetivar na leis dos homens aquele sentimento paternal que já era existente em uma relação de avô e netos ou de padrasto e enteado, por exemplo.

O importância da humanização do reconhecimento de paternidade se faz presente não apenas ao que tange o direito sucessório ou direito e deveres em vida, mas suprir a necessidade íntima de fortalecer o laço de afeto já existente e quando fala-se em post mortem, a ideia não é diferente, pois o que está em relevância é a relação socioafetiva, o direito de ser pai ou filho e não os efeitos ramificáveis do direito.

Desta forma, baseado em um direito civil constitucionalizado, cito não só ser plenamente possível o reconhecimento da paternidade post mortem, como ressaltar ser um ato humanizado, tendo vista todos os pontos já mencionados que o mesmo representa.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Glauco. **Justiça autoriza professora a usar sêmen de marido morto no Paraná.** Disponível em: << <https://ferrazbar.jusbrasil.com.br/artigos/373308084/o-reconhecimento-juridico-da-fertilizacao-in-vitro-post-mortem-e-os-seus-efeitos-sucessorios>>>. Acesso em: 08/01/2018.

BORGES, Ana Carolina. **Formas de reconhecimento de Parternidade: voluntário ou Judicial.** Disponível em: <https://www.webartigos.com/artigos/formas-de-reconhecimento-de-paternidade-voluntaria-ou-judicial/59796> Acesso em: 12/04/2018

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n.º 820873, 20080111493002APC, Relatora: NÍDIA CORRÊA LIMA, Relator Designado: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Revisor: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 03/09/2014, Publicado no DJE: 23/09/2014. Pág.: 139. Disponível em: << <http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/informativos/2014/informativo-de-jurisprudencia...>>>. Acesso em: 08/01/18

Código Civil Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm Acesso em: 12/04/18

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 9. ed. São Paulo, SP: Revista Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol.5, p.372

DINZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 5 v.

Disponível em.: << <https://anapaulapaixao.jusbrasil.com.br/artigos/214674021/o-reconhecimento-de-paternidade-na-legislacao-brasileira-vigente>>> Acesso em.: 22/12/2017

Disponível em.: << <https://jus.com.br/artigos/7397/o-direito-de-ser-filho-e-a-constituicao-de-1988>>> Acesso em: 19/12/17

Disponível em.: <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/641/363> Acesso em.: 10/01/2018

Disponível em.: << <http://direitofamiliar.com.br/voce-sabia-que-existem-varios-tipos-de-familia/>>> Acesso.:08/01/2018

Disponível em: << <http://siteantigo.sbp.org.br/publicacoes/pareceres.aspx?id=43>>> Acesso em: 22/12/17

Disponível em: << <http://www.artigos.com/artigos-academicos/14359-reconhecimento-de-paternidade>>> Acesso: 08/01/2017

Disponível em: << <https://advrenataasf.jusbrasil.com.br/artigos/195824552/direito-de-familia-reconhecimento-de-paternidade-em-vida-pos-morte-e-socioafetiva>>> Acesso em: 07/12/2017 às 15:42

Disponível em: << <https://jus.com.br/artigos/51378/o-reconhecimento-juridico-da-fertilizacao-in-vitro-post-mortem-e-os-seus-efeitos-sucessorios>>> Acesso em: 22/12/2017

Disponível em: << <https://www.conjur.com.br/2012-nov-18/exumacao-corpo-feita-teste-dna-inconclusivo>>> Acesso em: 22/12/17

Disponível em: << <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1805/Nocoessobre-o-reconhecimento-de-paternidade>>> Acesso em: 07/12/17

Disponível em: << <https://www.mundoadogados.com.br/artigos/como-funciona-o-processo-de-paternidade>>> Acesso em: 22/12/2017.

Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1511
Acesso em: 12/04/18

Disponível em: https://www.google.com.br/search?dcr=0&source=hp&ei=v_vPWs60AcWcwgSQobKIDg&q=primae+facie&oq=primae+facie&gs_l=psy-ab.3..0i10k1j0i22i10i30k1l3.596.4255.0.5266.13.12.0.0.0.0.398.2119.2-3j4.7.0....0...1c.1.64.psyab..6.7.2115.0..0j35i39k1j0i131k1j0i30k1j0i10i30k1.0.1ZVwuVR EF7E
Acesso em: 12/04/18

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Dos filhos havidos fora do casamento. in **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 40, 1 mar. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/528/dos-filhos-havidos-fora-do-casamento/1>>. Acesso em: 10/01/2018

Lei 883/49 Disponível em: << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm>> Acesso: 10/01/2018

SILVA, Jose Luiz Mônico da. **O Reconhecimento de Paternidade**. São Paulo. Livraria e Editora Universitária de Direito. ,2001.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. RESP n.º 526. Relator: Eduardo Ribeiro. Data de julgamento: 18.11.90. DJ de 19.11.90, p.260.

TJDF-APC:20140710224323, Relator: SILVA LEMOS, Data do Julgamento: 30/09/2015, 5º Turma Cível, Data da Publicação: Publicado no DJE: 19/10/2015, Pág.:327. Disponível em.: < < <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/245152232/apelacao-civel-apc-20140710224323> > > Acesso em.: 08/10/2018

ZENI, Bruna Schindwein. A evolução histórico-legal da filiação no Brasil. **Direito em Debate**, 2009. Disponível em:

ZENI, Bruna Schindwein. A evolução histórico-legal da filiação no Brasil. **Direito ;em Debate**, 2009.

PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

LARISSA DE PAULA XAVIER DE FIGUEIREDO:

Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pela Escola Paulista de Direito – SP. Graduada em Direito pela Universidade de Braz Cubas – Mogi das Cruzes/SP. Advogada e mediadora de conflitos.

RESUMO: No presente artigo trataremos a respeito dos julgados referente a prisão civil do devedor de alimentos durante a Pandemia da COVID-19. Trataremos dos dois entendimentos divergentes da 4ª Turma do STJ que entendeu que durante a pandemia de Covid-19, deve-se assegurar prisão domiciliar aos presos em decorrência de dívidas alimentícias e a 3ª Turma do STJ também do ano de 2020 que proferiu acórdão concluindo que durante a pandemia de Covid-19 deve-se suspender a prisão civil dos devedores (e não assegurar a prisão domiciliar).

PALAVRAS CHAVES: Direito de família. Execução de alimentos. Prisão civil. Alimentante devedor. COVID-19.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Dos conflitos familiares 3. Da Prisão do devedor de alimentos. 4. Prisão civil do devedor de alimentos durante a pandemia da Covid-19. 5. Análise do julgado pela prisão domiciliar – 4ª Turma do STJ e CNJ. 6. Análise de julgado pela suspensão da prisão civil – 3ª Turma do ST. 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO.

O presente artigo tem como finalidade fazer uma breve análise comparativa entre os julgados da 4ª Turma do STJ bem como do entendimento do CNJ e o da 3ª Turma do STJ do ano de 2020. A situação permeia sobre como fica a prisão civil do devedor de alimentos durante a pandemia da Covid-19.

Preliminarmente, faremos uma breve conceituação sobre as ações de família, trazendo à tona a ação de execução de alimentos, suas características e alguns requisitos principais. Abordaremos a seguir a prisão civil do devedor de alimentos. Logo adiante, adentraremos no estudo dos julgados propriamente ditos, conforme mencionado no parágrafo anterior.

Em síntese, traremos as principais fundamentações que levaram as decisões das referidas Turmas a entenderem de forma divergente, de forma que entendamos que um caso pode ter divergências de opiniões em um mesmo Tribunal.

2. DOS CONFLITOS FAMILIARES

Inicialmente, é importante mencionar que a respeito dos conflitos familiares deve-se ter devida cautela, atentando-se a possuir uma visão panorâmica dos institutos e das regras processuais, tendo em vista que o Direito de Família envolve elementos subjetivos que, embora tenham sido olvidados por considerável tempo pelo ordenamento jurídico, têm impacto considerável no desenrolar das relações familiares e de sua composição, como amor, afeto, desafeto e convivência.

Quanto aos alimentos, cumpre salientar que são prestações pagas de tempo em tempo para suprir as necessidades de quem não pode munir-se de elementos para satisfazê-las, é o que diz Sebastião de Assis Neto. Aduzindo ainda o mesmo autor que serão obrigados a fornecer alimentos "*os parentes consanguíneos até segundo grau, cônjuges ou companheiros, sendo que deverão contribuir de acordo com a necessidade do alimentando mantendo sua condição social, e de acordo com suas possibilidades*".

Ademais, alguns autores destacam como trinômio alimentar a "*proporcionalidade, necessidade e possibilidade*" como subdivide Maria Berenice Diniz, ou ainda a "*necessidade, possibilidade e razoabilidade*" como diz Paulo Lôbo.

Importante mencionar, ainda, que o Código Civil não cuidou dos procedimentos referentes à Ação de Alimentos, estando estes regulados no Código de Processo Civil e na Lei nº 5.478/68.

Em suma, a execução de alimentos de uma execução por quantia certa, com previsão de uma forma especial, tendo em vista o direito tutelado do alimentado. Notadamente, cumpre mencionar que se os alimentos foram fixados através de decisão judicial e o devedor não cumpre, cabe o cumprimento de sentença, previsto nos artigos 528 a 533 do CPC, mas se a definição dos alimentos ocorreu em um título executivo extrajudicial preceder-se-á ao Processo de Execução, nos termos dos artigos 911 a 913, este último é o relevante para o presente trabalho.

3. DA PRISÃO DO DEVEDOR DE ALIMENTOS.

No presente artigo trataremos do processo de execução destacando que os credores de alimentos, via de regra, pleiteiam nelas as prestações recentes não pagas, por esse procedimento, caso o devedor de alimentos não pague, nem justifique seu atraso, o juiz poderá decretar a sua prisão civil pelo prazo de um a três meses, desde que requerido pelo alimentante.

Observa-se que nesse caso o devedor, ora executado será intimado pessoalmente para pagar e terá prazo de três dias para pagar o débito, provar que o

fez, ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo, e caso não o faça o juiz mandará protestar o título e decretar-lhe-á a ordem de prisão (artigo 528, §3º).

Art. 528 §3º CPC - Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

Esse protesto seguirá a lógica de inscrever o devedor nos cadastros de crédito (SPC, SERASA, e afins) conforme descrito no artigo 528, §1º CPC.

Art. 528, §1º CPC - Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuar-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517.

Essa prisão será cumprida em regime fechado, mas com o devedor separado dos presos comuns (artigo 528, §4º CPC) "*§4º A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns*".

Além disso, a prisão é não compensatória, ou seja, o período preso não serve como "quitação" das parcelas vencidas, a única função da prisão civil é compelir o réu a pagar (artigo 528, §5º CPC) "*§5º O cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas*". Sendo que o período máximo de prisão é de três meses.

4. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

A pandemia decorrente da Covid-19 levou os governos a adotarem uma série de medidas de isolamento a fim de conter a transmissão da doença. Uma das medidas referia-se a transmissão da doença entre as pessoas presas, tendo em vista a total precariedade de higiene e as superlotações nos ambientes prisionais o que poderia ser um caos. Sendo assim, o CNJ editou a Recomendação nº 62/2020 para que os Tribunais e magistrados adotassem medidas preventivas contra a propagação da infecção pelo novo coronavírus no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

Nesse sentido, passou-se a analisar a questão das prisões civis decorrentes de atraso no pagamento da pensão alimentícia, se poderiam continuar a ser decretadas ou, se ante ao risco à saúde pública, seria mais adequado suspendê-las enquanto perdurasse os efeitos da pandemia.

Feito uma breve contextualização acerca da pandemia e dos riscos à saúde pública nas prisões passo para a análise dos julgados do corrente ano da 4ª Turma do STJ sobre a relatoria do ministro Raul Araújo, julgado em 05 de maio de 2020 (Info 671), observando a Recomendação 62/2020 do CNJ e o julgado da 3ª Turma do STJ, sobre a relatoria do ministro Ricardo Villas Boas Cuerva, julgado em 26 de maio de 2020 (Info 673) acerca da possibilidade ou não da prisão do devedor de alimentos durante o período da Pandemia ocasionada pelo Covid-19.

5. ANÁLISE DO JULGADO PELA PRISÃO DOMICILIAR – 4ª TURMA STJ E ENTENDIMENTO DO CNJ.

Após apresentação do caso passo para análise do julgado proferido pela 4ª Turma do STJ do ano de 2020 que proferiu acórdão concluindo que durante a pandemia de Covid-19, deve-se assegurar prisão domiciliar aos presos em decorrência de dívidas alimentícias.

O entendimento é de que ante ao contexto atual de grave pandemia é desaconselhável a manutenção do devedor em ambiente fechado, insalubre e potencialmente perigoso.

“Assim, ante ao iminente risco de contágio pelo Covid-19, em como em razão dos esforços expendidos pelas autoridades públicas em reduzir o avanço da pandemia, é recomendável o cumprimento da prisão civil por dívida alimentar em prisão domiciliar.” STJ. 4ª Turma. HC 561.257-SP, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 05/05/2020 (Info 671).

Ademais a Recomendação 62/20202 do CNJ caminha no mesmo sentido ao aduzir que os magistrados com competência cível devem considerar a colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívida alimentícia, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus.

6. STJ: ANÁLISE DE JULGADO PELA SUSPENSÃO DA PRISÃO CIVIL – 3ª TURMA.

Após apresentação do caso em concreto, e da análise do julgado em 2020, passo a destacar o mais recente entendimento, diverso do julgado pela 4ª Turma do STJ mencionado no item anterior, proferido pela 3ª Turma do STJ também do ano de 2020, que proferiu acórdão concluindo que durante a pandemia de Covid-19 deve-se suspender a prisão civil dos devedores (e não assegurar a prisão domiciliar).

Analisou-se que em virtude da pandemia causada pelo Covid-19 admite-se, excepcionalmente, a suspensão da prisão dos devedores por dívida alimentícia em regime fechado, visto que o direito à prisão domiciliar é medida que não cumpre o

mandamento legal e que fere, por vias transversas, a própria dignidade do alimentando.

Essa foi a justificativa apresentada pela 3ª Turma do STJ para que não fosse substituído o encarceramento pelo convívio social. Sendo que ainda alegou-se por fim, que

A excepcionalidade da situação emergencial de saúde pública permite o diferimento (adiamento) provisório da execução da obrigação cível enquanto durar a pandemia.

A prisão civil suspensa terá seu cumprimento no momento processual oportuno, já que a dívida alimentar remanesce íntegra. Essa medida resguarda a dignidade do alimentando que, em regra, é vulnerável.

STJ. 3ª Turma. HC 574.495-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 26/05/2020 (Info 673).

Depois das decisões abordadas anteriormente, foi sancionada a Lei 14.010/2020 que criou o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) e que adotou a mesma solução jurídica da 4ª Turma do CNJ e previu que até 30 de outubro de 2020 a prisão civil por dívida alimentícia, prevista no artigo 528 §3º e seguintes da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), deverá ser cumprida exclusivamente sob a modalidade domiciliar, sem prejuízo da exigibilidade das respectivas obrigações.

Nesse sentido, a 3ª Turma do STJ teve que modificar seu entendimento para adequar ao novo regramento. Logo, depois da Lei nº 14.010/2020 não há dúvidas: o cumprimento da prisão civil por dívida alimentar até 30 de outubro de 2020 é feito exclusivamente sob a modalidade domiciliar, sem prejuízo da exigibilidade das respectivas obrigações.

No entanto a questão relevante atualmente paira sobre a possibilidade de prisão civil em regime fechado do devedor de alimentos após a data de 30 de outubro de 2020, tendo em vista que a Pandemia pelo coronavírus no Brasil está longe de encerrar. Nas palavras de TARTUCE (2020)

Entendo que, mantidas as razões fáticas que fundamentaram a elaboração da lei, a prisão não é possível nestes moldes, devendo-se dar preferência à modalidade domiciliar e a outras medidas para a efetivação do recebimento da dívida.

Nesse sentido, entendendo que a prisão em regime fechado não deve ser aplicada até o fim das medidas de distanciamento social, do Tribunal:

"impetração em face de decisão que decretou a prisão do paciente e a inscrição no cartório de protestos do pronunciamento judicial. Prisão que, por conta da excepcionalidade do momento com a pandemia do COVID-19, deve ser suspensa até o encerramento das medidas de isolamento social. Decisão judicial mantida, quanto ao protesto, não sendo desnecessário pedido da parte (art. 528, § 1º, CPC). Expedição de salvo-conduto determinado. Ordem concedida para esse fim" (TJSP, HC 2213075-93.2020.8.26.0000, Acórdão n. 14190576, Presidente Prudente, Terceira Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Carlos Alberto de Salles, julgado em 28/11/2020, DJESP 04/12/2020, p. 2404).

Ou, ainda, na mesma linha:

"Ordem de prisão civil do devedor, com cumprimento suspenso enquanto pendentes as medidas de contenção social decorrentes da pandemia de Covid-19. Cabimento" (TJSP, Agravo de instrumento n. 2141712-46.2020.8.26.0000, Acórdão n. 14194762, Monte Alto, Nona Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Galdino Toledo Júnior, julgado em 30/11/2020, DJESP 04/12/2020, p. 2627)

Porém, na própria Corte Paulista há divergência a respeito do tema, podendo ser destacado o seguinte acórdão, que possibilitou a prisão civil em regime fechado do devedor de alimentos, tendo em vista o término do prazo previsto no RJET:

"Cumprimento de sentença. Conversão do regime de prisão do devedor em domiciliar diante da pandemia de Coronavírus. Irresignação. Acolhimento parcial. Fundamentos e natureza jurídica da ordem que impedem, como regra, a prisão domiciliar do devedor de alimentos. Término do prazo estabelecido na lei 14.010/2020 que afasta a imposição legal dessa espécie de prisão. Ordem, ao que consta, ainda pendente. Cabimento do cumprimento do saldo de prisão mediante o encarceramento do executado. Agravo provido em parte" (TJ/SP, Agravo de instrumento n. 2144146-08.2020.8.26.0000, Acórdão n. 14194763, São Paulo, Nona Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Galdino Toledo Júnior, julgado em 30/11/2020, DJESP 04/12/2020, p. 2628).

Logo, observa-se que essa é uma interessante questão que ainda precisa ser cautelosamente analisada no âmbito dos Tribunais no ano de 2021 e que durará enquanto permanecer o regime de pandemia.

7. CONCLUSÃO.

Ante todo o exposto, entende-se que as Turmas do STJ por vezes divergem de opinião, no presente caso tratamos de como ficaria a questão da prisão do devedor de alimentos durante o período da Pandemia de Covid-19 no Brasil.

O entendimento da 4ª Turma do STJ e do CNJ, conforme amplamente demonstrado no presente artigo, foi de que deveria ser aplicada a prisão domiciliar aos presos por dívidas alimentares tendo em vista a situação precária do sistema prisional no Brasil e os riscos para a saúde pública e a proliferação do coronavírus. Já a 3ª Turma do STJ teve entendimento diverso, admitindo-se, excepcionalmente, a suspensão da prisão dos devedores por dívida alimentícia em regime fechado.

Ante a gravidade da situação foi publicada a Lei 14.010/2020 que criou o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) e adotou a mesma solução jurídica da 4ª Turma do CNJ e previu que até 30 de outubro de 2020 a prisão civil por dívida alimentícia deveria ser cumprida exclusivamente sob a modalidade domiciliar, sem prejuízo da exigibilidade das respectivas obrigações.

No entanto, infelizmente passado o prazo previsto na lei, ainda não foram encontradas formas concretas de conter a Pandemia, sendo certo que a questão que paira no ar é ainda pela permanência ou não da prisão domiciliar do devedor de alimentos após o prazo definido em lei. Essa, portanto, essa uma das principais apostas para 2021 visto que não se sabe ao certo até quando a Pandemia se perdurará.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORBA, Mozart. Diálogos sobre o Novo CPC. 5ª Ed. Editora Juspodivm, 2018.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. Estatuto da criança e do adolescente: Lei 8069/90. 11ª Ed. Editora Juspodivm, 2018.

BRASIL. Código Civil de 2002. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 28 de dez. 2020.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Acesso em: 28 de dez. 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 28 de dez. 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Como fica a prisão civil do devedor de alimentos durante a pandemia da Covid-19?. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/dcae59eb2aed882ae1452bf903cb8263>>. Acesso em: 28 dez 2020.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 5ªEd. Editora RT, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias. Editora Saraiva, 2008.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. Vol. 5. Direito de Família. 7ª Ed. Editora Forense, 2016.

NETO, Sebastião de Assis. JESUS, Marcelo de. MELO, Maria Isabel de. Manual de Direito Civil, Volume Único. 5ª Edição, Editora Juspodivwm, 2016.

TARTUCE, Fernanda. Processo Civil no Direito de Família: Teoria e Prática. 2ª ed. Editora Método, 2017

TARTUCE, Flávio. Famílias e Sucessões Em 2020 – Um ano de pandemia e de decisões em casos difíceis. Colégio Notarial do Brasil, 2020. Disponível em <https://www.cnbsp.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MjA0ODI=>. Acesso em 28 dez 2020.

O PRAZO EM DOBRO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA E A NECESSIDADE DE SEU RECONHECIMENTO AOS ENTES PRIVADOS DISPOSTOS NO ART. 186, §3º, DO CPC

CAIO DEBIAZZI: Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogado e ex-integrante do Núcleo de Prática Jurídica “D. Paulo Evaristo Arns”, da faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Resumo: O presente trabalho versa sobre a prerrogativa do prazo processual em dobro conferida à Defensoria Pública e a possibilidade jurídica de sua extensão a entidades de natureza privada dispostas no CPC de 2015, em benefício dos usuários do serviço de assistência jurídica gratuita, analisando ainda a jurisprudência do STJ e do TJ-SP sobre o assunto.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Prazo em dobro. Defensoria Pública. Entidades privadas. Convênio.

Sumário: 1. Introdução; 2. A visão jurisprudencial do prazo em dobro à luz da Lei 1.060/50; 3. A visão jurisprudencial do prazo em dobro à luz do CPC de 2015; 4. O prazo em dobro e o acesso à justiça pela população hipossuficiente assistida por entidades privadas dispostas no art. 186, §3º, do CPC; 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A previsão expressa da existência da Defensoria Pública na Constituição Federal de 1988 está intimamente ligada à efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça, insculpido no artigo 5º, XXXV, da Carta Magna. Afinal, não há como se pensar em pleno acesso à justiça se não houver o fornecimento de instrumentos pelo Estado que garantam a proteção e o exercício de direitos à toda a população, inclusive em relação à sua parcela hipossuficiente, que não possui condição financeira de arcar com as custas de um processo judicial e honorários de um advogado, sem prejuízo do seu próprio sustento e de sua família.

Em outras palavras, pela nossa Constituição Federal, limitações de ordem financeira não podem ser traduzidas em limitações de direitos e impedimento de recebimento da prestação jurisdicional.

No entanto, é notório que a Defensoria Pública enfrenta diversos problemas estruturais que a impedem de absorver a totalidade da enorme demanda de casos a ela submetidos: número insuficiente de defensores públicos concursados em relação à população hipossuficiente de cada região; falta de estrutura material (computadores, prédios, salas etc.) para exercício dos trabalhos; falta de outros profissionais para auxílio e complemento da assistência prestada (estagiários, profissionais de psicologia, de serviços social, urbanistas etc.); extensão do território de atuação, entre outros.

Ante tal cenário, a fim de assegurar o direito fundamental ao acesso à justiça da população mais vulnerável e cumprir com os ditames da Constituição Federal, tornou-se comum que a Defensoria Pública busque “parceiros” que possam realizar a mesma função que lhe é incumbida pelo artigo 134, *caput*, da CF, qual seja, “a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados”.

Por meio de convênios com a OAB, com entidades públicas e privadas que prestam assistência jurídica gratuita, e ainda com núcleos de prática jurídica de faculdades de Direito, a Defensoria Pública consegue transferir parte de sua demanda a terceiros e não deixar que haja pessoas necessitadas sem o resguardo de seus direitos, de forma gratuita.

Não obstante a possibilidade jurídica e a necessidade dessa transferência da função constitucional de defesa dos hipossuficientes a outras entidades privadas e públicas que não a Defensoria Pública, sempre houve nos tribunais controvérsias quanto à equiparação, entre defensores públicos e advogados conveniados, em relação a certas prerrogativas atribuídas pela Lei Complementar 80/1994i aos primeiros. Um exemplo emblemático é a concessão do *prazo em dobro* para a realização dos atos processuais.

Sendo assim, o presente trabalho analisará a viabilidade jurídica da concessão do prazo em dobro em favor de entes privados que exercem a função pública de prestação de assistência jurídica gratuita, à luz do Novo Código de Processo Civil e de princípios constitucionais.

2. A VISÃO JURISPRUDENCIAL DO PRAZO EM DOBRO À LUZ DA LEI 1.060/50

Anteriormente à vigência do Novo Código de Processo Civil de 2015, os pedidos de concessão de prazo em dobro pelos advogados não integrantes da carreira de Estado, mas que faziam as vezes da Defensoria Pública em determinado local, eram realizados com base na Lei 1.060/50, que dispõe em seu artigo 5º, §5º:

“§ 5º Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, **contando-se-lhes em dobro todos os prazos**” (grifo nosso).

No entanto, mesmo com tal previsão legal, as decisões dos Tribunais de Justiça se mostravam bastante conflitantes sobre o tema, ora concedendo, ora negando as prerrogativas do prazo em dobro aos advogados conveniados, por interpretações divergentes sobre o mesmo dispositivo supracitado.

Vejamos algumas dessas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a respeito do tema:

“Agravo de Instrumento. Autores beneficiários de assistência judiciária. Convênio celebrado entre a Procuradoria Geral do Estado e o Escritório Modelo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Prazo em dobro. Admissibilidade. Art. 5º, §5º, da Lei n.º 1.060/50 c.c. o art. 10 das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de São Paulo. Recurso provido” (TJSP, Agravo de instrumento nº 9035986-23.2004.8.26.0000, Rel. Carlos Stroppa, 4ª Câmara de Direito Privado, j. 14/02/2006)

“Assistência Judiciária - Prazo em dobro - Advogado integrante do Núcleo de Prática Jurídica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em convênio firmado com a Procuradoria do Estado de São Paulo - Atividade que, in casu, é equivalente a de Defensor Público - Aplicação do benefício de prazo em dobro - Admissibilidade - Recurso provido” (AI nº 7067672900, Relator Cunha Garcia, 20ª Câmara de Direito Privado, d.j 09/05/2006)

“ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. Núcleo de prática jurídica Universidade particular de ensino. Prazo simples. Advogado que, para ter direito ao prazo em dobro, deve integrar serviço de assistência judiciária mantido pelo Estado. Inteligência do art. 5º, § 5º da Lei 1.060/50.” (TJSP; Agravo de Instrumento 0041374-45.2013.8.26.0000; Relator (a): Reinaldo Caldas; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I - Santana - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/06/2013; Data de Registro: 21/06/2013)

“PRAZO EM DOBRO. Pretensão à concessão do prazo em dobro. Inadmissibilidade. Irrelevância do fato de a parte estar sendo assistida por advogado integrante de Departamento Jurídico de Universidade que tem convênio com a Defensoria Pública. Inaplicabilidade, ao caso, do disposto no artigo 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/50. Precedentes jurisprudenciais desta Corte e do Col. Superior Tribunal de Justiça. Decisão mantida. Recurso improvido, por maioria.”(TJSP; Agravo de Instrumento 2024822-68.2013.8.26.0000; Relator (a): João Camillo de Almeida Prado Costa; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/10/2013; Data de Registro: 07/04/2014

De fato, não havia na Constituição Federal ou no CPC um dispositivo mais claro que pudesse dirimir a dúvida gerada sobre o tema, de modo que, em grande parte das vezes, os pedidos acerca de tais prerrogativas eram negados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Essa negativa advinha do entendimento majoritário de que somente entidades *de natureza pública* poderiam ter prazo em dobro. Ou seja, somente poderia ser considerado cargo *equivalente* ao do defensor aquele que integrasse assistência judiciária *mantida pelo Estado*, como por exemplo a Procuradoria de Assistência Judiciária, órgão da Procuradoria Geral do Estado que, no estado de São Paulo, prestava assistência jurídica gratuita antes da implementação da Defensoria Pública pela lei Complementar 988/2006.

Tratava-se, portanto, de questão com alta carga interpretativa a respeito do artigo 5º, §5º, da Lei 1.060/50. Afinal, não foram ali especificadas quais entidades poderiam ser beneficiadas com a dobra do prazo e quais não poderiam.

3. A VISÃO JURISPRUDENCIAL DO PRAZO EM DOBRO À LUZ DO CPC DE 2015

Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), houve previsão expressa do prazo processual em dobro em favor da Defensoria Pública, em seu artigo 186, *caput*. Mas não só. Também houve previsão expressa de outras entidades que deveriam ter essa prerrogativa, por exercerem atividades equivalentes: os núcleos de prática jurídica das faculdades de Direito reconhecida na forma da lei e entidades que prestam assistência jurídica gratuita em convênio com a Defensoria Pública. Vejamos:

“Art. 186. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais.

(...)

§ 3º O disposto no caput aplica-se aos escritórios de prática jurídica das faculdades de Direito reconhecidas na forma da lei e às entidades que prestam assistência jurídica gratuita em razão de convênios firmados com a Defensoria Pública” (grifo nosso).

Após finalmente o CPC tratar sobre o assunto e especificar os beneficiários do prazo em dobro além da própria Defensoria, o tema não deveria mais suscitar polêmica na doutrina e na jurisprudência. O dispositivo é claro ao conceder o mencionado benefício a *todos* os núcleos de prática jurídica de faculdades de Direito reconhecidas e às entidades que prestam assistência jurídica gratuita em razão de convênios com a Defensoria, sem particularizar qualquer exceção ou diferenciação entre ente público ou privado dentro das duas possibilidades.

Contudo, não é o que vem ocorrendo na prática. O que deveria ser entendimento pacífico, por simples interpretação literal do dispositivo, ainda é objeto de intensas divergências jurisprudenciais dentro do próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE COBRANÇA – AGRAVANTE REPRESENTADO POR NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DE ENTIDADE PARTICULAR DE ENSINO SUPERIOR – PRAZO EM DOBRO – POSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DO ART. 186, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.” (TJSP; Agravo de Instrumento 2267183-09.2019.8.26.0000; Relator (a): Eduardo Siqueira; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/03/2020; Data de Registro: 12/03/2020)

“LOCAÇÃO – Despejo por falta de pagamento e cobrança – Pretensões julgadas procedentes – Advogado não pertencente aos quadros da Defensoria Pública – Inaplicabilidade do prazo em dobro previsto no artigo 186, § 3º, do NCPC – Precedentes do STJ – Revelia reconhecida com acerto – Inadimplemento incontroverso – Retomada autorizada pelo artigo 9º, III, da Lei do Inquilinato – Encargos sucumbenciais corretamente distribuídos – Verba honorária fixada em R\$ 1.000,00 que não comporta redução – Verba honorária advocatícia majorada para R\$ 1.200,00, a termo do disposto no artigo 85, parágrafo

11, do NCCP – Apelação não provida.” (TJSP; Apelação Cível 1000190-64.2018.8.26.0664; Relator (a): Sá Duarte; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro de Votuporanga - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/07/2020; Data de Registro: 06/07/2020)

Por sua vez, o STJ continua sistematicamente negando a prerrogativa aos núcleos de prática jurídica mantidos por universidades particulares, ainda que em convênio com a DPE e preenchendo duplamente os requisitos previstos no art. 186, §3º, do CPC:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA INTERPOSTA APÓS O LAPSO DE QUINZE DIAS. CONTAGEM DO PRAZO EM DIAS ÚTEIS. INAPLICABILIDADE DA REGRA PREVISTA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **PRAZO EM DOBRO. NÚCLEOS DE PRÁTICA JURÍDICA DE INSTITUIÇÃO DE ENSINO PRIVADA. IMPOSSIBILIDADE. INTEMPESTIVIDADE. REGIMENTAL DESPROVIDO.** 1. É intempestivo o agravo em recurso especial interposto após o decurso do prazo de 15 (quinze) dias, nos termos do art. 994, VI, c/c o art. 1.003, § 5º, e art. 1.042, todos do CPC, c/c o art. 3º do CPP. 2. **Para valer-se da prerrogativa da contagem de prazos em dobro, deve, o advogado, integrar o quadro da assistência judiciária organizado e mantido pelo Estado, não se aplicando tal benesse aos defensores dativos, aos núcleos de prática jurídica pertencentes às universidades particulares e ainda, aos institutos de direito de defesa.** 3. No caso, a parte teve ciência da decisão que não admitiu o recurso especial em 8.10.2019, iniciando-se o prazo recursal em 11.11.2019, primeiro dia útil subsequente, e o agravo foi interposto apenas em 10.12.2019, portanto, fora do prazo legal. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no AREsp 1662910/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 04/08/2020) (grifo nosso)

Como observado, o argumento para a negativa se manteve o mesmo de outrora: entendem os Ministros que haveria uma distinção pela lei entre entidades públicas e privadas, e que somente as públicas fariam as vezes da Defensoria. Consequentemente, só estas fariam jus ao prazo dobrado.

Perceptível também, pela leitura completa dos julgados, que os magistrados pouco adentram na discussão sobre o motivo da existência do prazo em dobro aos

defensores e o porquê os entes privados não fariam jus a ele. A discussão cinge-se meramente a respeito da natureza jurídica do ente que presta o serviço de assistência jurídica gratuita.

Com efeito, o posicionamento do STJ supramencionado e ainda de parte do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo quanto à prerrogativa do prazo em dobro não coaduna com a redação literal do dispositivo 186, §3º, do CPC, tampouco pode sobreviver a uma interpretação teleológica da norma. Há que ser perquirido o motivo da existência do prazo em dobro na legislação e o porquê de sua identificação também no caso da prestação de serviços por entidades particulares.

4. O PRAZO EM DOBRO E O ACESSO À JUSTIÇA PELA POPULAÇÃO HIPOSSUFICIENTE ASSISTIDA POR ENTIDADES PRIVADAS DISPOSTAS NO ART. 186, §3º, DO CPC

Como já mencionado, o artigo em nenhum momento realiza qualquer tipo de diferenciação entre entidades de caráter público ou privado. Não contém as expressões “faculdades públicas de direito” ou ainda “entidades mantidas pelo Estado”, como muitas vezes entendem os tribunais estaduais e o STJ.

Tal interpretação restritiva dada pelo STJ modifica substancialmente o significado da norma, criando requisitos inexistentes no NCPC. Quisesse o legislador conceder a prerrogativa somente a entes públicos, certamente haveria introduzido tal especificação. No entanto, não há qualquer palavra ou expressão que possa conduzir a tal conclusão.

Portanto, afirmar que o dispositivo permite o prazo dobrado somente a entes públicos é, na verdade, realizar interpretação *contra legem*.

Muito além da questão meramente literal do texto legal, cabe ainda uma reflexão acerca do porquê o NCPC positivou o conteúdo do art. 186, §3º, e o porquê tal prerrogativa não se limita apenas a faculdades *públicas* de Direito ou entidades assistenciais mantidas *pelo Estado*, devendo ser aplicada a todas elas, sem exceção.

De plano, pode-se afirmar que os reiterados pedidos de prazo em dobro por parte dessas entidades, inclusive particulares, não se mostram um simples “capricho” ou intenção de obter privilégio processual indevido, mas possuem motivos bem delineados.

Tais motivos devem ser analisados sob dois prismas: 1) do próprio funcionamento, logística de atendimento e estrutura das entidades assistenciais em convênio com a Defensoria Pública e núcleos de prática jurídica; e 2) dos interesses dos usuários dos serviços de assistência jurídica gratuita.

Quanto ao primeiro, é importante esclarecer que a estrutura organizacional das entidades conveniadas não é tão diferente da Defensoria, contando com as mesmas dificuldades enfrentadas pela instituição pública. Ou seja, altíssimo número de processos para um quadro diminuto de profissionais, que devem fazer atendimento dos usuários, comparecer às audiências e elaborar as peças processuais.

É necessário lembrar que, em geral, tais convênios transferem centenas ou milhares de processos, tornando a logística de atendimento dos usuários diferente de um atendimento convencional por um advogado particular.

Como regra, deve haver atendimentos *presenciais pré-agendados* para coleta da versão dos fatos do usuário, de documentos, fornecimento de explicações pelo advogado etc., pois não se mostra faticamente viável a comunicação por telefone, e-mail ou aplicativos de celular para atender um número tão elevado de pessoas.

Deve-se considerar ainda que o público alvo são pessoas hipossuficientes, que muitas vezes sequer possuem computador, e-mail, plano de telefonia ou de internet, o que torna a comunicação com o advogado ainda mais árdua.

Por outro lado, as entidades conveniadas recebem remuneração abaixo dos valores de mercado, já que padronizada pela própria Defensoria em virtude de seu orçamento. Ou seja, quanto menor a remuneração, maiores os problemas estruturais e de logística dos conveniados.

Nesse ponto, é importante ainda realizarmos uma distinção entre o convênio feito com as entidades mencionadas no art. 186, §3º, do CPC, e o realizado com a OAB.

Enquanto neste o advogado cuida de processos pontuais repassados pela Defensoria, podendo ainda verter grande parte do seu tempo para cuidar de processos particulares, naquele a instituição exerce, via de regra, *exclusivamente* a função de patrocínio dos interesses dos hipossuficientes, função esta que deveria competir ao Estado. Deve ainda atingir metas estipuladas pelo convênio, o que não acontece no caso do convênio com a OAB.

Sem prejuízo disso, os núcleos de prática jurídica de faculdades de Direito possuem a função adicional de fornecer orientação de estágio, da prática da advocacia para os estudantes, o que pressupõe que estes também elaborem peças processuais para posterior correção pelos advogados orientadores. Sem dúvida essa função acarreta uma necessidade de prazos mais elásticos e foi uma das razões da inclusão dos núcleos de prática jurídica como beneficiários do prazo em dobro pelo CPC.

Assim, se a prerrogativa do prazo em dobro está diretamente ligada à estrutura ainda precária e incipiente da Defensoria Pública para cuidar dos interesses de grande volume de usuários necessitados e também à logística de atendimento, que requer mais tempo para colheita de informações necessárias ao processo, igualmente as entidades que realizam o *mesmo trabalho*, possuem demanda de milhares de processos repassados pelo convênio e pouca estrutura, deveriam fazer jus a mesma prerrogativa, visto que inseridas na mesma situação.

Porém, a maior razão para a concessão do prazo em dobro não está na instituição considerada em si mesma, mas sim em relação aos usuários que necessitam do serviço de assistência jurídica gratuita.

Há que se esclarecer que os assistidos por entidades conveniadas, públicas ou privadas, *não possuem o livre arbítrio* de optar pela Defensoria Pública ou por aquela instituição.

Em realidade, sempre comparecem à Defensoria e posteriormente são reencaminhados para os conveniados, em data pré-determinada pelo ente público. Assim, os usuários não podem comparecer diretamente nestas instituições, sem que haja um ofício de encaminhamento pela própria da Defensoria Pública.

Como então penalizar reflexamente tal usuário hipossuficiente com um prazo menor para os atos do seu processo pelo fato de que o Estado não possui condições de absorver toda a demanda populacional, tendo que delegar tal função a particulares? Ora, não teriam os entes particulares, neste caso aventado, o direito ao prazo em dobro para o *benefício da própria pessoa vulnerável*, que foi diligente e compareceu à Defensoria para que esta atuasse no seu processo?

Não possui o usuário culpa pela falta de estrutura estatal e existência de um convênio do Estado com núcleos de prática jurídica e outras entidades privadas. Deve ele ter os mesmos benefícios que teria caso fosse atendido diretamente pela Defensoria, e não reencaminhado. Afinal, se houver perda de prazo de uma defesa ou recurso, o maior prejudicado será a própria parte, e não o advogado ou entidade conveniada.

O atual entendimento do STJ gera então uma situação contraditória e desigual. Aquele cidadão hipossuficiente que comparece à Defensoria e tem a "sorte" de não ser reencaminhado para entidade conveniada privada será atendido diretamente e ainda terá os benefícios do prazo em dobro. Já aquele que não tem essa "sorte" será reencaminhado no dia marcado pela própria DP, deverá passar por nova triagem econômico-financeira, certamente perderá dias de prazo e ainda não terá os benefícios do prazo em dobro.

E ainda mais. Existe grande possibilidade de que pessoas inseridas em ambas as situações acima descritas litiguem entre si, gerando-se evidente desequilíbrio processual.

Basta imaginar um caso prático no qual autor e ré litigam pela guarda do filho em uma ação de divórcio. Se ambos não puderem arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, procurando a Defensoria Pública, uma das partes será diretamente atendida e terá prazo em dobro. A outra, visando evitar colidência de interesses no patrocínio da causa, será reencaminhada a ente conveniado, público ou privado, perdendo dias de prazo, e terá apenas prazo simples, caso a instituição não seja estatal.

Tal diferenciação não pune os entes privados. Pune, em realidade, o usuário que ali busca amparo, já que a outra parte, que possui exatamente a mesma condição econômico-financeira que a sua, terá mais tempo para produzir provas, elaborar seus argumentos, enriquecer a descrição dos fatos, e isto inegavelmente resvala na confrontação de seus direitos materiais.

Enfim, a diferenciação se mostra verdadeira afronta ao princípio constitucional da *isonomia*, e tudo isso por uma ineficiência do próprio Estado, que não possui estrutura para fornecer assistência jurídica gratuita prevista na Constituição Federal para toda a população.

Jamais deve ser ignorado que a função de prestar assistência jurídica gratuita é atribuída pela CF ao Estado. Se este não possui condições de fornecer o serviço para todos os hipossuficientes por conta própria e necessita repassar a sua função constitucional a terceiros, devem ser também transmitidos os *instrumentos legais* disponíveis para a maior efetividade no cumprimento do direito fundamental ao acesso à justiça. E sem dúvida um dos instrumentos é o prazo em dobro.

Caso contrário, estar-se-ia repassando o problema a particulares sem as armas adequadas para enfrentá-lo.

O que se conclui é que, para a concessão do prazo em dobro, não deve ser considerado *quem* presta o serviço, mas sim *como* e *para quem* se presta, já que, repita-se, o benefício não é para o advogado, mas sim para a própria parte hipossuficiente.

5. CONCLUSÃO

O argumento de que somente entidades estatais fariam jus à prerrogativa parte de um princípio equivocado, na medida em que presume que somente entidades estatais teriam dificuldades ou particularidades que ensejariam a

necessidade de prazos processuais maiores, quando na verdade tais dificuldades estão ligadas ao trabalho que se faz, e não à natureza jurídica da pessoa que o faz.

Destarte, o que se pode absorver da interpretação do art. 186, §3º, do NCPC é que todos os núcleos de prática jurídica de faculdades de direito e entidades que prestam assistência jurídica gratuita em convênio com a Defensoria Pública, sejam elas públicas ou privadas, possuem a prerrogativa do prazo em dobro, pela função social que desempenham, pela sua estrutura de funcionamento e peculiaridades do trabalho realizado, destacando-se ainda que o artigo não comporta interpretação restritiva.

O MICROSSISTEMA BRASILEIRO DE INSOLVÊNCIA SOB A PERSPECTIVA CRÍTICO-ESTRUTURALISTA

MARCO AURÉLIO FERREIRA COELHO:

Mestrando em Direito. Pós-Graduado em Direito Empresarial. Advogado, especialista em Direito Empresarial, com atuação voltada à Administração Judicial, Falências e Recuperação Judicial.

Resumo: O presente artigo, valendo-se da pesquisa bibliográfica, tem como objetivo central expor alguns dos fundamentos da Teoria Crítico-estruturalista e como ela pode ser aplicada aos processos de insolvência regidos pela Lei 11.101/05, na expectativa de torná-los mais eficientes e igualitários. Atualmente, apenas 1% das empresas em crise que buscam a Recuperação Judicial conseguem chegar ao final do período fiscalizatório bienal cumprindo com todas as suas obrigações, o que evidencia uma falha do ordenamento jurídico de insolvência e um sério problema normativo, bem como, jurídico-econômico. A partir da concepção de que todos os fenômenos são formados por estruturas, analisar os procedimentos de insolvência pela ótica da teoria crítica, pode fornecer bases e subsídios eficientes que cumpram com os preceitos constitucionais da ordem econômica do Brasil e, conseqüentemente, provocar mudanças no cenário atual.

Palavras-chave: Insolvência. Estruturalismo. Eficiência. Recuperação Judicial.

Abstract: This article, using bibliographic research, has the central objective of exposing some of the fundamentals of the Critical-structuralist Theory and how it can be applied to insolvency proceedings governed by Law 11.101 / 05, in the hope of making them more efficient and effective. egalitarian. Currently, only 1% of companies in crisis seeking judicial reorganization are able to reach the end of the biennial inspection period, fulfilling all their obligations, which shows a flaw in the insolvency legal system and a serious regulatory, as well as, legal- economic. From the conception that all phenomena are formed by structures, analyzing insolvency procedures from the perspective of critical theory, can provide efficient bases and subsidies that comply with the constitutional precepts of Brazil's economic order and, consequently, bring about changes in the scenario current.

Keywords: Insolvency. Structuralism. Efficiency. Judicial Recovery.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Insolvência sob a Ótica Da Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial. 3. Os Interesses Envolvidos no Processo de Insolvência Como Elemento Estrutural. 4. A Estrutura do Poder na Recuperação Judicial. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O estruturalismo é uma abordagem científica e filosófica inicialmente cunhada na segunda metade do século XX, a qual, foi mais precisamente aplicada ao estudo voltado aos campos da linguística, cultura, sociologia e antropologia.

Partindo da premissa de que todo e qualquer fenômeno é formado pela relação de elementos interligados, cada um com seu devido grau de importância na cadeia de relações, exercendo, então, um padrão de dependência e equivalência entre si, é possível afirmar que todos os fenômenos são formados estruturas.

No campo do Direito não poderia ser distinto. Tratando-se de uma ciência evolutiva e dinâmica, cujo objetivo é regular as relações e condutas humanas por meio da positividade das regras e das normas, claramente se observa a existência de estruturas inter-relacionadas, cujo fim é proteger os direitos juridicamente tutelados.

Desse modo, tanto quanto possível, o estruturalismo jurídico vem sendo utilizado para analisar a complexidade das relações desenvolvidas dentro das ramificações abarcadas pelo Direito, inclusive, do Direito Comercial.

O objetivo do presente artigo, por meio de uma análise estruturalista, é demonstrar possíveis falhas e problemas que vem tornando os processos de recuperação judicial e falência ineficientes, em razão de vícios normativos, empresariais e culturais, existentes no sistema de insolvência brasileiro.

Pretende-se inicialmente, apresentar algumas das ideias centrais trazidas pela Teoria Crítico-estruturalista do Direito Comercial, com intuito de formar uma base introdutória ao tema abordado. Em segundo momento, o pensamento desenvolvido está ligado a estrutura formada pelos interesses envolvidos nos processos de insolvência e o papel social da empresa.

Ao final, será analisada a relação entre a estrutura de poder estabelecida no procedimento de recuperação judicial e as possíveis ineficiências que decorrem do poder desproporcional atribuído a determinados agentes específicos envolvidos nas negociações e na administração da empresa em crise.

2. A INSOLVÊNCIA SOB A ÓTICA DA TEORIA CRÍTICO-ESTRUTURALISTA DO DIREITO COMERCIAL

O direito em se tratando de uma ciência social, cujo objetivo primaz é regular as relações públicas e privadas através do positivismo estabelecido pela criação das normas, é amplamente passível de ser estudado pela ótica estrutural e pela teoria

crítica, haja vista que, é formado por cadeias de fenômenos interligados que, juntos, constroem os alicerces do chamado estruturalismo jurídico.

Partindo deste viés, observa-se que ao longo do tempo, em virtude de evoluções sociais e pessoais constantes, o direito tem sido utilizado como meio de instrumentalização de outras ciências sociais aplicadas. Explico. A norma, por si só, introduzida através do direito, é ou deveria ser utilizada como base para orientar os demais fenômenos ligados às demais áreas da sociedade, como por exemplo a economia, a política, o meio ambiente, a educação etc.

Pois bem. A Lei como um instrumento normativo, não se presta tão somente a proteger um bem jurídico tutelado, mas a partir disso, pautar determinadas decisões em outras esferas. Entretanto, a letargia do direito proveniente do aspecto puramente positivista que limita as interpretações à literalidade da lei, não é capaz de acompanhar todas as transformações cotidianas, tornando-se até certo ponto insuficiente, abrindo brechas para interpretações distorcidas aquém do limite da norma.

Assim, da forma como aplicado, o direito parece então fundamentalmente um instrumento de manutenção das estruturas econômicas e sociais existentes⁸⁹. No entanto, quando falamos em estruturalismo jurídico, não nos referimos simplesmente a estrutura interna do direito em si, representada pelo positivismo, ou por seu olhar sancionatório, mas, sim, as relações geradas por ele, ora em caráter econômico, ora em caráter valorativo.

Por outro lado, analisando essas afirmações baseadas na realidade, certo é que, o atual ambiente econômico é extremamente institucionalizado, havendo de fato uma sobreposição do império do poder econômico em detrimento do poder jurídico, à medida que o direito tem sido utilizado dramaticamente como um instrumento de serviço do poder econômico, logo, o poder econômico não mais está sujeito ao direito.

Todavia, esse mesmo poder tem se valido do direito como mecanismo de defesa de seus próprios interesses, ou seja, a economia tem se tornando a principal orientadora das normas. Este fenômeno é que o estruturalismo jurídico visa subverter: olhar o direito nas linhas da sociedade como um todo e, a partir disso, rememorar o peso do direito nas estruturas institucionais e sociais.

89 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Novo Estruturalismo Jurídico: uma alternativa para o direito?** Revista Dos Tribunais. Vol. 926/2012.

Em meio a tantas discussões, para Calixto Salomão Filho, precursor da Teoria Crítico-estruturalista do Direito Comercial⁹⁰, algumas destas estruturas desestabilizadoras estão associadas ao conservadorismo institucionalizado, que lhes permite manter as vigas de sustentação, evidentemente presentes no Direito Comercial contemporâneo, campo do conhecimento em que se tem verificado a aceitação e até mesmo a valorização do poder econômico como dominante.

A partir de uma teoria crítico-estruturalista, o Direito Comercial tem a possibilidade de renovar-se e, de certo modo, proteger-se das investidas de grandes dominadores do mercado. Como consequência disso, a economia tornar-se-ia mais eficiente, enquanto o direito passaria a exercer o papel de protagonista no desenvolvimento igualitário do mercado, à medida que readquire sua importância e um novo significado, pois posiciona-se não como passivo observador e receptor de dados do cotidiano econômico-empresarial, mas sim como um instrumento de transformação.

Sob essa perspectiva, especialmente em relação ao direito comercial, haveria a possibilidade de visualizar as relações como um todo, além da norma, o que enseja em uma real valoração do direito dentro de um determinado sistema, seja ele institucional, mercadológico ou econômico, flexibilizando o caráter positivista e, então, abrangendo um número maior de relações sem abandonar sua teleologia.

Assim, enxergar e estudar o direito como uma estrutura, sendo parte de uma estrutura maior, qual seja a estrutura social, a norma assumiria uma posição diametralmente oposta da que vem sido utilizada no atual cenário jurídico-econômico, deixando de ser mera ferramenta de instrumentalização econômica do legislador, retomando sua predominância em face dos detentores dos bens de capital.

Para tanto, a contribuição do Direito deveria se voltar à implementação de uma agenda que busque impactar diretamente a realidade socioeconômica de determinado ambiente ou comunidade, sobretudo porque, depende da intervenção legislativa direta sobre determinadas estruturas ideologicamente arraigadas e, na mesma medida, nos institutos jurídicos que as protegem.

Contudo, a ideia de se adotar um modelo crítico do direito e de seu papel, não deve estar ligada a uma errônea tentativa de planejamento ou definição dos resultados do processo econômico, mas, sim, à finalidade de proteger valores que

⁹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do Direito Comercial**. São Paulo: Marcial Pons, 2015

são essenciais à criação de um caminho mais igualitário de desenvolvê-lo, que esteja voltado ao crescimento com objetivo definido em prol da sociedade.

Aproximando essa reflexão teórica ao campo da insolvência, não é necessário aprofundar-se no mundo das Recuperações Judiciais para identificar que o atual sistema concursal brasileiro, regido pela Lei 11.101/05, tem sido totalmente utilizado em prol de uma pequena parcela do empresariado, além de favorecer os interesses de alguns em detrimento de outros, o que conseqüentemente resulta no desequilíbrio da balança que sopesa os objetivos esperados da legislação falimentar.

A evolução do direito concursal no ordenamento jurídico brasileiro, iniciou-se com a transição e substituição do Decreto Lei 7661/45, antiga Lei da Concordata, pela atual Lei de Recuperação e Falência (11.101/05), onde o legislador buscou apresentar um novo microsistema de insolvência no Brasil, colocando os credores em papel de maior destaque no âmbito da Recuperação Judicial, assim como, regulamentou o processo falimentar.

Tendo como pedra angular o princípio da preservação da empresa, a égide do emprego dos trabalhadores e a manutenção da fonte produtora, a expectativa entorno da nova lei era absolutamente relevante, tendo em vista que, a atividade privada é a maior favorecida quando uma legislação fornece subsídios e condições especiais de pagamentos dos credores, além de suspender as execuções em face do devedor pelo período de 180 dias (*stay period*), a fim de possibilitar sua reorganização e negociação das diretrizes do plano de soerguimento.

Sob essa perspectiva, estaríamos diante da norma perfeita. Mas nem tudo são flores. Ao longo dos anos, verifica-se que o procedimento regido pela LRF tem se tornado ineficiente, à medida que, apenas 1% das empresas que entram em Recuperação Judicial conseguem chegar final do período bienal de fiscalização do poder judiciário e continuar cumprindo com todas as disposições previstas em seu Plano de Recuperação Judicial aprovado pelos credores em assembleia geral⁹¹.

Ao que tudo indica, apesar dos esforços empregados para tornar o procedimento mais célere, a aplicação da norma tem sofrido um revés ao longo do tempo por diversos fatores, arborizando na busca despretensiosa da recuperação pela via judicial, sem que haja uma tentativa previa de reestruturação interna com auxílio de profissionais especializados ou negociação prévia com os credores.

91 Dados Extraídos do Observatório de Insolvência do Núcleo de Estudos de Processos de Insolvência (NEPI), da PUCSP e da Associação Brasileira de Jurimetria – ABJ. São Paulo, 2017.

Eis o ponto chave de nossa abordagem. Partindo da teoria crítico-estruturalista aplicada ao âmbito da insolvência, fato é que, analisando o procedimento concursal sob a perspectiva estrutural, composta pelos interesses do devedor, dos credores, do fisco e da sociedade, seria totalmente viável reestabelecer o equilíbrio de forças durante o processamento do pedido, o que traria inúmeros benefícios aos envolvidos: efetiva recuperação do devedor e da fonte produtora, recuperação do crédito discutido na demanda, geração de empregos, arrecadação regular de impostos etc.

A partir da concepção de que estruturas são formadas por elementos chave e, nesse caso, temos como elemento chave o soerguimento da empresa, o caminho para retomada da efetividade seria enxergar o campo da insolvência como um todo, onde certamente cada peça possui sua devida importância. Os credores, por exemplo, podem aprovar o plano de recuperação judicial e permitir que a empresa continue suas atividades, em contrapartida, tem o poder de rejeitar o plano e, então, levar a empresa a falência.

O devedor, por sua vez, tem em suas mãos o poder de negociação, a capacidade de controle da empresa em crise e, ainda, a capacidade de direcionar as decisões a serem tomadas durante o cumprimento das obrigações assumidas no ato do deferimento do processo recuperacional. Entretanto, é cediço que havendo o descumprimento de tais obrigações o devedor está fadado à bancarrota.

Assim, vejamos: uma estrutura como a que é desenvolvida durante o processo de Recuperação Judicial, totalmente interligada por uma relação de dependência entre os indivíduos envolvidos, não deve, tão somente, servir aos interesses e privilégios da própria empresa em recuperação, mas deve ter como objetivo principal o resultado positivo que o soerguimento da atividade proporciona à sociedade.

Noutro ponto, à falência como parte integrante do microsistema da insolvência, possui um papel não menos importante se comparada ao instituto da recuperação, principalmente pelo fato de que seu objetivo central é a eliminação de empresas inviáveis do mercado, abrindo espaço para a criação de novas fontes produtoras. Analisando por este ângulo, a falência é medida que se impõe como necessária ao desenvolvimento socioeconômico.

Logo, dentro dessa estrutura, extirpar empresas economicamente inviáveis, produz efeitos interessantes a toda a cadeia produtiva, pois, possibilita a venda de ativos por uma única via, permite o recebimento do crédito pelos credores em sua totalidade sem a aplicação de deságios e, além do mais, possibilita que o devedor ao final do período de suspensão quando do encerramento da falência, retorne ao

mercado e reinicie suas atividades na medida que lhe couber, fazendo uso do chamado *fresh start*.

Portanto, observar o direito como uma estrutura, em específico o direito concursal e comercial, nos faz enxergar além da aplicação pura da norma, possibilitando a utilização do poder jurídico de forma mais efetiva, sem submissão ao poder econômico, deixando de lado o caráter positivista em sentido estrito, permitindo, assim, que a maioria dos interesses sejam alcançados e, também, vistos como objeto de estudo para aprimorar a efetividade da aplicação da legislação vigente.

3. OS INTERESSES ENVOLVIDOS NO PROCESSO DE INSOLVÊNCIA COMO ELEMENTO ESTRUTURAL

Apesar dos esforços do legislador quando da criação do atual diploma falimentar, em realocar os credores numa posição de predominância e protagonismo perante o devedor, com objetivo de permitir o soerguimento da empresa e proporcionar a recuperação dos créditos devidos de maneira ágil, a realidade dos processos de recuperação em tramite perante o poder judiciário brasileiro, ressalvadas algumas exceções, não permite constatar que tal pretensão tenha sido plenamente alcançada.

De todo modo, não seria razoável afirmar que a política legislativa ditada pela LRF seja lesiva, levando em consideração que abarca princípios e diretrizes que, se aplicadas com a devida destreza, podem gerar bons frutos ao mercado, aos quotistas ou acionistas, aos trabalhadores e a sociedade como um todo.

A proteção aos interesses, perseguida pelo legislador no ato da edição da norma, ora abarca interesses do devedor, ora abarca interesses do credor, "o que releva a existência de um movimento pendular, que oscila na proteção dos polos da relação de direito material. Trata-se do que Fábio Konder Comparato chamou de dualismo pendular na proteção dos interesses dos credores ou dos devedores".⁹²

Observa-se neste aspecto, que a lei em determinado momento protege mais o credor, enquanto em outros pontos mais o devedor; o consumidor e o fornecedor, o inquilino e o locador; e assim por diante. Não obstante, pode-se dizer que tal fenômeno também se verifica em relação ao aplicador do Direito, logo, não apenas a própria lei toma partido na proteção de um dos polos da relação de direito material,

92 COSTA, Daniel Carnio. **Recuperação judicial de empresas – As novas teorias da divisão equilibrada de ônus e da superação do dualismo pendular**, 2017. <disponível em: <https://www.editorajc.com.br/recuperacao-judicial-de-empresas-as-novas-teorias-da-divisao-equilibrada-de-onus-e-da-superacao-do-dualismo-pendular>>

mas há uma forte pretensão de que o intérprete da lei a aplique em favor de um dos lados da relação em detrimento do outro, a depender do caso concreto.⁹³

Complementando a linha de raciocínio traçada até aqui, anota-se a seguinte lição introduzida por Rodrigo Bróglia Mendes⁹⁴, Professor Doutor da Universidade de São Paulo:

“Os dois objetivos que informaram a política legislativa (LRF) consistem, de um lado, propiciar a recuperação da empresa em crise e, de outro, permitir segurança na satisfação dos créditos garantidos, barateando o custo do dinheiro e facilitando a concessão de crédito. **Esses objetivos são comuns nos regimes de insolvência e chegou-se a sustentar que, historicamente, verifica-se um movimento pendular entre estas duas políticas legislativas.** O regime da Lei nº 11.101 pretendeu prestigiar esses dois objetivos simultaneamente, **mas existem certos casos em que eles podem se apresentar em conflito**”. (g.n).

Apesar de algumas críticas que a doutrina vem apontando acerca do dualismo pendular implícito na legislação falimentar, não há dúvidas que a LRF possui elementos que devem ser analisados aquém do olhar positivista, ou seja: o fato da norma preservar interesses de ambas as partes envolvidas no procedimento, realça a ideia de que existe uma relação de codependência entre os envolvidos, de modo que, estruturalmente, se um dos lados não tiver os seus interesses atendidos, todo o processo de recuperação está fadado ao insucesso.

Vejamos. O procedimento da Recuperação Judicial é revestido de natureza negocial entre credor e devedor, portanto, para que sua estrutura seja preservada, a lei fornece subsídios ao soerguimento da empresa (art. 50, LRF), os quais, devem ser utilizados pelo devedor para que deixe a situação de crise. Assim observamos que o interesse do devedor no pedido de processamento está em maior evidência nesse momento, proporcionando maior proteção aos controladores e acionistas, mesmo que de modo subjetivo.

⁹³ *Op. Cit.*

⁹⁴ MENDES, Rodrigo Octavio Bróglia. **Regime de insolvência e recuperação de empresa no Brasil. Especialmente a questão dos credores garantidos.** In. Miguel Pestana de Vasconcelos (coord.), Falência, Insolvência e recuperação de empresas – I. ° congresso de Direito Comercial das Faculdades de Direito da Universidade do Porto, de S. Paulo e de Macau, Porto, FDUP, 2016.

Enquanto do outro lado, temos os trabalhadores da empresa em crise, cujo interesse é a manutenção da atividade produtora e conseqüentemente a preservação de seus postos de empregos e salários, ainda neste ponto, destaca-se o fato de que os credores trabalhistas não estão sujeitos aos deságios (descontos) em seus créditos quando submetidos à Recuperação Judicial, além do famigerado pensamento arraigado nessas situações, de que antes o recebimento ínfimo de uma parcela de seu crédito durante o curso da recuperação, do que nenhum recebimento se houver a quebra da sociedade empresária pela insuficiência de recursos ou ativos.

Em outro nível estrutural, estão os credores de modo geral, onde o interesse maior está ligado ao recebimento dos créditos constituídos em face do devedor, o que representa uma parcela importante da cadeia, de modo que, havendo a recuperação do crédito, o ciclo produtivo se mantém estável, evitando que novas empresas enfrentem dificuldades e superendividamento – o credor de alguém, também é devedor de alguém.

Outrossim, ainda que não submetido aos efeitos da Recuperação Judicial, o crédito público de natureza fiscal sofre os efeitos desta indiretamente, ao passo que, o recolhimento de tributos faz parte do ecossistema comercial, enquanto uma empresa improdutiva não poderá gerar riquezas e terá pela frente fortes dificuldades de fluxo de caixa e auferimento de receitas, assim, não priorizará o pagamento de impostos, deixando o fisco à mercê do sucesso do soerguimento para que o ciclo retome seu curso natural, resultando em prejuízo direto ao interesse público pela ausência de investimentos.

De mais a mais, a verdade que permeia os processos de insolvência atualmente regidos pela Lei 11.101/05, é que há um desequilíbrio nos interesses protegidos pela própria legislação, isso porque, em grandes casos os interesses dos acionistas, sócios controladores ou administradores, ganham papéis de destaque em face ao interesse público, dos trabalhadores e dos credores, cujo único objetivo a ser atingindo nessas situações, ao menos pelo enfoque empresarial, é a retomada do lucro.

Sopesado isso, para melhor entendimento da discussão acerca do tema, vale destacar a lição doutrinária de Sheila Neder Cerezetti⁹⁵:

“cabe notar que um interessante paralelo pode ser traçado entre (os) dois ramos do direito empresarial - quais sejam: o direito societário e o direito concursal. Constata-se que em

95 CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial de sociedades por ações**. Ed. Malheiros – São Paulo, 2012. Pag. 237.

ambos se contrapõem duas principais teorias. Mas não é só. **O fato é que o confronto entre as duas teorias nos dois campos jurídicos fundamenta-se na mesma questão: quais os interesses dignos de tutela(?)** sendo que tanto no direito societário quanto no direito concursal uma das correntes advoga uma limitação aos interesses patrimoniais, ao passo que a outra amplia o panorama. **As funções de uma lei de insolvência podem ser resumidas no esforço pela maximização do valor dos ativos para satisfação dos credores ou podem dizer respeito à criação de um fórum em que todos os interesses abrangidos pela crise empresarial são levados em consideração e encontram respeito mútuo, na busca de uma solução à crise** (g.n).

Exatamente por conta dessa discussão que a teoria crítica pode ser aplicada aos processos de insolvência, à medida que, o equilíbrio estrutural entre os interesses envolvidos no procedimento, deve decorrer da aplicação da norma, objetivando tanto quanto possível a eficiência da recuperação, a qual deve estar atrelada à maximização da proteção dos interesses.

Logo, se os interesses dos envolvidos não estiverem equilibrados, a estrutura da recuperação judicial e da falência estará totalmente comprometida e nunca será possível alcançar o objetivo maior do legislador, conforme se tem visto, em razão do baixo índice de empresas que conseguem o soerguimento ao final do período fiscalizatório bienal, ou o baixo índice de empresários que conseguem fazer uso do *fresh start*, em razão da inefetividade dos processos de falência.

Assim, se observarmos a estrutura dos processos falimentares e de recuperação judicial pelo viés estruturalista, haveria a possibilidade de tornarmos o processo mais equânime, que coloca os interesses dos envolvidos em patamar de igualdade e, portanto, seria obstada qualquer tentativa utilização do poder judiciário para atendimento de interesses puramente institucionalistas.

4. A ESTRUTURA DO PODER NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O antigo decreto falimentar (7661/45), predecessor da atual Lei de Recuperação Judicial e Falências (LRF), o qual regia o instituto da concordata, possuía uma estrutura individualista, muito distante da que temos hoje com a Lei 11.101/05. Pode-se dizer que, o maior avanço em relação a normativa substituída, é a atribuição de mais poder e maior protagonismo aos credores submetidos aos efeitos da Recuperação Judicial.

Todavia, tal protagonismo é realmente verdadeiro e eficiente? Os credores possuem tanto poder quanto esperado pelo legislador? No primeiro momento, ao ler tais questionamentos, a primeira e imediata resposta que vem a nossa mente é: Sim. Ora, os credores possuem o poder de aprovar e rejeitar o plano de recuperação judicial, o que poderá afetar, nada mais, nada menos, que diretamente no futuro da empresa em crise, seja possibilitando seu soerguimento, seja levando-a falência.

Ocorre que, na medida que o direito concursal foi evoluindo, um novo “porém” passou a rondar os processos recuperacionais. A recíproca das afirmações acima, até certo ponto são verdadeiras. A boa intenção do legislador resultou, sim, na atribuição de maiores poderes aos credores positivamente falando, diferentemente do que se via nos processos regidos pela Lei da Concordata.

Em contrapartida, a realidade observada nos processos de insolvência atualmente, é que os credores, apesar dos indistintos poderes que lhes foram conferidos, não possuem tantos poderes quanto se imagina, pois, respectiva autonomia não os acompanha do início ao fim dos processos recuperacionais, limitando-se, tão somente, até a realização da assembleia de credores, onde terão a oportunidade de votar o Plano de Recuperação Judicial elaborado pela própria devedora, na forma que melhor atenda aos seus interesses.

Sabemos, contudo, que dos envolvidos nos processos de recuperação judicial, a única participante detentora de elementos suficientes para propor formas de negociação e reestruturação é a própria empresa em crise, cenário este que tende a ser modificado com a entrada em vigor das alterações a serem realizadas pela Lei 14.112/20, a qual prevê a possibilidade dos credores proporem o Plano de Recuperação Judicial, medida que ainda gera certa insegurança dentro do âmbito da insolvência, pela ausência de diretrizes e orientações básicas de como essa ferramenta será utilizada pelos mesmos.

No entanto, tal discussão não é objeto deste artigo, do mesmo modo que, não se pretende neste momento esgotar toda a temática aqui abordada, porém, não se pode desprezar, como já dito anteriormente no segundo tópico, que a atual LRF possui uma inclinação pró-devedor, o que implica em um desbalanceamento no ambiente de negociação entre os credores e a recuperanda.

Isso porque, o controle da empresa em recuperação judicial permanecerá com os sócios, acionistas, administradores e/ou controladores, não levando em consideração que estes agentes podem ser os responsáveis por todas as dificuldades enfrentadas pela empresa o que, conseqüentemente, a levou ao estado de insolvência, não deixando alternativa senão a busca pelo poder judiciário.

A respeito disso, não se justifica recuperar um empreendimento vitimado pela má-fé de seus titulares, ou procurar soerguer, pela via processual, esta empresa e entregar sua gestão novamente a seus antigos titulares, além disso, não se imagina em um ordenamento que preze pela segurança jurídica, um modelo onde o poder público assumiria a gestão de tais empreendimentos, retornando à então superada concepção de Estado-empresário.

Assim, podemos afirmar que a posição ocupada pelo administrador da devedora na recuperação judicial, “à qual corresponde a inclinação “pró-devedor” da Lei, justifica-se diante do pressuposto de que determinados titulares de interesses, especificamente trabalhadores e fornecedores de bens e serviços, usualmente não costumam se beneficiar da decisão de liquidação da empresa”.⁹⁶

Diante disso, a estrutura de poder conferida pelos processos de recuperação judicial, onde o poder de controle permanece com o corpo de executivos e administradores, é equânime do ponto de vista negocial? Dito isto, as decisões que serão tomadas após o deferimento e processamento do pedido realmente atenderão aos interesses de todos os envolvidos no procedimento?

Sob essa perspectiva, nos parece que o desequilíbrio causado pela manutenção dos administradores no topo da estrutura de poder da devedora, é o propulsor de inúmeros problemas desencadeados durante o processo de recuperação judicial, tendo em vista que, esses responsáveis, possuem maiores privilégios em relação a extração de capital da empresa insolvente, além de serem detentores de poder para realizar a contratação de empréstimos financeiramente suicidas, ou, ainda, em alguns casos, adquirem tempo hábil para o desvio de recursos e riquezas da fonte produtora.

Para ilustrar a gravidade desta estrutura de poder desbalanceada no âmbito do processo de insolvência, relembremos a I. lição de Deborah Kirschbaum⁹⁷:

A menos que devidamente monitorada, a administração de uma empresa tomadora excessivamente endividada pode acabar desperdiçando os recursos tomados com projetos de alto risco, sob a expectativa de que somente tais projetos possam produzir nível de retorno capaz de repagar as dívidas

⁹⁶ KIRSCHBAUM, Deborah. **A Recuperação Judicial no Brasil: Governança, Financiamento Extraconcursal e Votação do Plano**. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

⁹⁷ *Op. Cit.*

e ainda algum excedente para os sócios. **A tomada de riscos excessivos em empresas muito endividadas representa um potencial de claro agravamento das perspectivas de insolvência.** Assim, em situações de elevada alavancagem financeira, ainda que solvente a sociedade, **os sócios são encarados como agentes cujo maior incentivo é expropriar a riqueza da empresa.** O argumento contrário à preservação dos direitos societários na recuperação judicial segue essa linha de raciocínio. O Direito deve então procurar oferecer instrumentos que contrabalancem tais incentivos (g.n).

Não visualizamos em um horizonte tão próximo, uma forma possível da atual política legislativa que rege o microsistema de insolvência brasileiro obter meios e recursos suficientes para combater a concentração de poder da empresa em crise, podendo ser considerado, inclusive, como um dos fatores contribuintes para a inefetividade dos processos de recuperação judicial, o que inspira uma série de questionamentos e pressupõe, ainda, a possibilidade do cometimento de abusos.

Assim sendo, sob essa perspectiva, é importante avaliar até que ponto são compensados pela tentativa de recuperação de empresas, os custos do procedimento e da alocação de poder na estrutura recuperacional, somente esta ponderação é capaz de instruir o juízo sobre a adequação da norma à realidade brasileira e, a partir disso, avaliar possíveis alternativas aos conceitos adotados pela Lei.

Alguns autores, defendem a ideia de que a alocação de poder, assim como a possibilidade de controle da empresa em crise, poderia ser conferida aos demais agentes envolvidos no processo de recuperação judicial: credores, administrador judicial e auxiliares. Obviamente, tais alternativas ainda encontram muita resistência no âmbito dos procedimentos recuperacionais. Qual a possibilidade de uma sociedade empresária, endividada, conferir a terceiros alheios o poder de controle? Quais seriam os custos, os repasses de informações e os aspectos patrimoniais de acionistas ou quotistas? Não há, infelizmente, uma resposta definitiva para solucionar estes problemas.

É preciso compreender, que apesar dos avanços dos programas de integridade empresarial (*Compliance*), o sistema econômico é povoado por pessoas e empresas de todos os tipos, cabendo ao poder judiciário, na medida do possível, obstar o uso do instituto da recuperação judicial para práticas contrárias aos preceitos da Lei Regente, assim, a alocação estrutural do poder não seria um problema do ponto de vista protetivo/normativo, pois os interesses envolvidos estariam devidamente protegidos.

Certamente, os problemas relacionados a práticas fraudulentas decorrentes das relações de poder não estão vinculados tão somente à estrutura da insolvência, práticas fraudulentas decorrem do mundo corporativo e social em todas as esferas.

Parafraseando Eduardo Goulart Pimenta⁹⁸, cabe ao legislador definir mecanismos e institutos para coibir as condutas fraudulentas que devem ser punidas e ao Poder Judiciário sancionar rigorosamente tais condutas por meio deles, como por exemplo a desconsideração da personalidade jurídica, a responsabilização civil de administradores e controladores de sociedades, a responsabilização pessoal de sócios em face da irregularidade das sociedades e assim por diante. Um rigoroso sistema punitivo da fraude e da má-fé no meio empresarial é quem mais pode contribuir para afastar pessoas desonestas que se valem dos processos recuperacionais para proteção de seus próprios interesses.

Desse modo, podemos concluir que a realocação de poder em processos de recuperação judicial é fator relevante para o desenvolvimento do atual modelo de recuperação de empresas no Brasil.

Ademais, no microsistema de insolvência, analisar o procedimento pela teoria crítica nos mostra a importância de cada elemento dentro da cadeia estrutural, o qual anseia por reformas condizentes com a realidade brasileira, principalmente pelo cenário de reiteradas crises econômicas, inviabilizando empresas e levando-as ao encerramento das atividades, logo, proporcionar meios efetivos para a recuperação de empresas viáveis é medida que deve atender principalmente aos preceitos da ordem econômica constitucional.⁹⁹

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro das exposições que foram traçadas aqui, observamos que o Direito Comercial, mais precisamente no campo da Insolvência, possui eixos interrelacionados capazes de formarem estruturas e, portanto, estão propícios de

98 PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação Judicial de Empresas: Caracterização, Avanços e Limites**. Revista de Direito GV. Vol. 2. Pag. 151-166. São Paulo, 2006.

99 **Art. 170 CF/88**. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. **Parágrafo único**. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

serem analisados pela teoria crítica. Cabe ressaltar que, a ideia central da teoria crítica do direito comercial, é proporcionar um ambiente de discussão que permita o Direito evoluir como ciência, sem que o poder jurídico se subverta ao poder econômico.

Podemos concluir que, o ordenamento jurídico de insolvência brasileiro tem sofrido um revés ao longo do tempo, levando em consideração o baixo índice de soerguimento das empresas em crise que buscam a Recuperação Judicial. Como vimos, isso se dá por inúmeros fatores como: o favorecimento de alguns interesses em detrimento de outros durante o procedimento e do período fiscalizatório; o desbalanceamento da alocação de poder após o deferimento do pedido e o uso indiscriminado do instituto para tentativa de práticas fraudulentas, causando sua banalização.

Portanto, cabe a todos os operadores do direito no âmbito prático e acadêmico, assim como, as empresas responsáveis pelo desenvolvimento econômico nacional, buscarem alternativas eficazes para que o direito concursal brasileiro evolua e atinja os preceitos constitucionais da ordem econômica, além de proporcionar um ambiente de recuperação eficiente a todas as estruturas empresariais em momento de dificuldade.

6. REFERÊNCIAS

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial de sociedades por ações**. Ed. Malheiros – São Paulo, 2012.

COSTA, Daniel Carnio. **Recuperação judicial de empresas – As novas teorias da divisão equilibrada de ônus e da superação do dualismo pendular**, 2017. <disponível em: <https://www.editorajc.com.br/recuperacao-judicial-de-empresas-as-novas-teorias-da-divisao-equilibrada-de-onus-e-da-superacao-do-dualismo-pendular>>

KIRSCHBAUM, Deborah. **A Recuperação Judicial no Brasil: Governança, Financiamento Extraconcursal e Votação do Plano**. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

MENDES, Rodrigo Octavio Bróglia. **Regime de insolvência e recuperação de empresa no Brasil. Especialmente a questão dos credores garantidos**. In. Miguel Pestana de Vasconcelos (coord.), Falência, Insolvência e recuperação de empresas – I. ° congresso de Direito Comercial das Faculdades de Direito da Universidade do Porto, de S. Paulo e de Macau, Porto, FDUP, 2016.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação Judicial de Empresas: Caracterização, Avanços e Limites**. Revista de Direito GV. Vol. 2. Pag. 151-166. São Paulo, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do Direito Comercial**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. **Novo Estruturalismo Jurídico: uma alternativa para o direito?** Revista Dos Tribunais. Vol. 926/2012.

CORREA, Fernando; NUNES, Marcelo Guedes; SACRAMONE, Marcelo; WAISBERG, Ivo (coord.) – **Observatório de Insolvência do Núcleo de Estudos de Processos de Insolvência (NEPI), da PUCSP e da Associação Brasileira de Jurimetria – ABJ**. São Paulo, 2017. <Disponível em: <https://abj.org.br/cases/insolvencia/>>

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: DA PROTEÇÃO NORMATIVA À EFETIVA CONCRETIZAÇÃO

MATEUS OLIVEIRA TEIXEIRA: Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em Direito Administrativo pela PUC-MG e em Direito Constitucional pela Univali. Servidor do Tribunal de Contas da União (TCU) desde 2015. Advogado OAB-DF.

Resumo: O artigo analisa o direito fundamental à saúde, a partir de uma leitura pragmática dos entendimentos jurisprudenciais predominantes a respeito desse direito. Ao longo da pesquisa, observou-se que os Tribunais aplicam a reserva do possível como o argumento principal de barreira à concretização do direito à saúde. Desse modo, destacou-se que, comparado ao direito alemão, o direito brasileiro aplica a ideia de reserva do possível de forma equivocada. Por fim, apontou-se a necessidade de participação e controle popular na alocação dos recursos públicos relativos à saúde, como forma de concretização do supramencionado direito fundamental.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais, Direito à Saúde, Reserva do Possível, Recursos Públicos, Participação Popular

Sumário: 1. Introdução – 2. Proteção Normativa do Direito à Saúde – 3. Eficácia Social do Direito à Saúde – 4. Conclusão

1 – Introdução

Os direitos fundamentais, como é cediço, possuem uma gramática ampliada. Qualquer pessoa é capaz de, minimamente, elaborar alguma consideração a respeito do que se entende por direito fundamental. Talvez pelo fato de que a carga valorativa desses direitos (fundamentais) gravitem em torno de conceitos diretamente relacionados a vida em si, como, por exemplo: a liberdade, a dignidade, a saúde, a educação, a proteção e a paz.¹⁰⁰

100 Paulo Bonavides entende que a tarefa precípua dos direitos fundamentais é: "Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana" (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 374).

Fala-se, também, na divisão entre direitos fundamentais e direitos humanos. Os primeiros são exercidos pelas pessoas em relação ao Estado.¹⁰¹ A seu turno, os direitos humanos são os encontrados nas cartas internacionais. Tal divisão, entendemos, não se mostra frutífera. No limite, direitos humanos e direitos fundamentais servem ao mesmo propósito: garantir, do ponto de vista normativo, ao ser humano¹⁰², direitos essenciais, construídos a partir de um processo reflexivo e dialético. Ainda, não cabe o argumento segundo o qual os direitos fundamentais se apresentam apenas na relação entre as pessoas e o Estado. No Brasil, consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial, no âmbito das relações privados, há que se observar os direitos fundamentais (eficácia horizontal e diagonal dos direitos fundamentais).

Se os direitos fundamentais servem ao único propósito de garantir, a qualquer ser humano (utilizando o termo jurídico, qualquer “pessoa”), os direitos básicos, elementares, sem os quais a vida não prospera na plenitude que a experiência humana exige, há que se estabelecer o elemento normativo que atribui força vinculante a esses direitos. Trata-se, pois, da Constituição Federal, fonte medular da ordem jurídica, lente a partir da qual se enxerga todo o ordenamento jurídico de um determinado Estado.¹⁰³

Assim, a Constituição Federal contém o catálogo dos direitos fundamentais (art. 5º e art. 6º, principalmente). A Carta Política não dá apenas publicidade a tais direitos, vai além, os torna obrigatórios, cogentes. Para dizer que nenhuma ação ou omissão, de agente público ou privado, pode alicerçasse no menosprezo aos supramencionados direitos. Contudo, há direitos fundamentais que exigem um

101 É o que esclarece Luís Roberto Barroso, ao afirmar que: “(...) quando se fala em centralidade dos direitos fundamentais, o que está em questão são os deveres de abstenção ou de atuação promocional do Poder Público” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 93-94).

102 Conforme expõe Costas Douzinas: “Todos os seres humanos são sujeitos jurídicos, constituídos pela totalidade dos reconhecimentos legais e das relações jurídicas” (DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. 1. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 242).

103 Na percuciente explicação de Luís Roberto Barroso, “(...) o Direito contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, onde desfruta não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica. Compreendida como uma ordem objetiva de valores²⁴⁸ e como um sistema aberto de princípios e regras, a Constituição transforma-se no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 110-111).

comportamento ativo por parte do Estado. Exigem, em verdade, uma prestação de fazer. São os chamados direitos sociais, direitos fundamentais de segunda dimensão.

A doutrina e a jurisprudência, quando analisam o cumprimento das normas constitucionais que proclamam os direitos sociais, tendem a construir argumentos para socorrer o Estado do seu dever constitucional de dar concretude aos direitos sociais. É o que ocorre, por exemplo, com a teoria do reserva do possível, comumente utilizada para negar socorro às pessoas em situação de necessidade.

Tal temática ganha relevo quando se analisa, no particular, o direito à saúde, direito fundamental, conforme constitucionalmente albergado. Se, sob os auspícios da Constituição, a saúde é a todos garantida, sob as lentes da realidade, apenas os mais favorecidos a ela têm acesso adequado e digno.¹⁰⁴

Nesse aspecto, o presente trabalho analisará, de maneira singela, a proteção normativa conferida ao direito fundamental à saúde, traçando as disposições constitucionais e infraconstitucionais pertinentes. Após, será analisada a eficácia social do direito, com ênfase no comportamento jurisprudencial a respeito da temática. Por fim, algumas propostas de ações voltadas para a concretização do direito fundamental à saúde serão formuladas.

2 - Proteção Normativa do Direito à Saúde

A Constituição Federal, em seu art. 6º, diz que são direitos sociais: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. Resgatando o comando em destaque, especificamente quanto ao tema objeto deste trabalho, o art. 196 vem celebrar que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Nesse mesmo sentido, o art. 198 determina que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade

104 Norberto Bobbio aponta para o fato de que: "O campo dos direitos do homem – ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem – aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação" (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 72).

para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e III - participação da comunidade.

O art. 200 estabelece as competências do Sistema Único de Saúde, sem afastar a ampliação do rol por lei específica, quais sejam: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Dando concretude ao art. 200, a Lei nº 8.080/90 regula as ações e serviços de saúde, executados isolado ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado. Dispõe o art. 2º, da lei em comento, que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. O diploma vai além e diz, no art. 7º, que no âmbito do Sistema Único de Saúde, é garantida a universalidade de acesso (art. 7º, I) e a integralidade de assistência (art. 7º, II).

A Lei nº 8.080/90, ao tempo em que proclama e regulamenta direitos relacionados à saúde, também estabelece restrições ao implemento desses direitos, conforme precisa observação de Gabriel Ducatti Lino Machado:

A Lei nº 8.080/1990, no entanto, limita os serviços. De acordo com o art. 19-M, estão à disposição, no âmbito do SUS, para assistência terapêutica, medicamentos, produtos de interesse para a saúde e procedimentos terapêuticos. Estão excluídos, conforme o art. 19-T, medicamentos e produtos que não ou ainda não tenham sido autorizados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), assim como procedimentos experimentais. Entretanto, nem todos os medicamentos, produtos e procedimentos autorizados estão à disposição para o tratamento de doentes, mas somente aqueles que, em suma, constem de um catálogo elaborado pelo Executivo. (...) *No*

*Brasil vige, em outras palavras, uma proibição com reserva de permissão.*¹⁰⁵

(Grifos nossos)

Assim, sob o aspecto normativa, o direito à saúde é um direito de cunho social, dever do Estado, conforme proclame constitucional. Em sede infraconstitucional, é regulamentado, principalmente, pela Lei nº 8.080/90, que, para além dos consideráveis avanços, estabelece restrições aos serviços prestados no âmbito do Sistema Único de Saúde.

3 - Eficácia Social do Direito à Saúde

A despeito da proteção conferida pelos normativos acima destacados, mormente em âmbito constitucional, o direito fundamental à saúde é, no mais das vezes, objeto de sensíveis restrições por parte do Estado. O argumento central para esse desiderato é de cunho econômico. Fala-se em restrição de recursos e, nesse passo, da incidência da reserva do possível.

A reserva do possível, em matéria de direitos fundamentais, tem aplicação individual. Ou seja: a sua incidência guia-se pelo caso concreto, não pela consideração em tese de que determinado direito sofrerá limitação pela ausência em abstrato de recursos financeiros. Essa é a concepção adotado no direito Alemão.¹⁰⁶

Sucedo que, no Brasil, inverte-se essa lógica. A reserva do possível, aqui, é um argumento posto, bem dizer: funciona como um trunfo a favor do Estado. Descaracteriza-se as peculiaridades do caso concreto para dar vigor à tese já definida de que não há recursos (dinheiro) para socorrer as pessoas de todas as chagas do mundo da vida. Portanto, nem toda pretensão, no âmbito da saúde, será viável, em que pese ser possível.

Por essa razão, a jurisprudência brasileira já se consolidou no sentido de ser impossível, em qualquer hipótese, o Poder Judiciário obrigar o Estado a fornecer medicamentos experimentais.¹⁰⁷ A seu turno, para a concessão de medicamentos não incorporados em atos normativos do Sistema Único de Saúde, faz-se necessária

105 MACHADO, Gabriel Ducatti Machado. *O direito fundamental a serviços de saúde no Brasil*. Revista de Direito Administrativo, v. 277, n. 2, p. 79, maio./ago. 2018.

106 MACHADO, Gabriel Ducatti Machado. *O direito fundamental a serviços de saúde no Brasil*. Revista de Direito Administrativo, v. 277, n. 2, p. 79, maio./ago. 2018.

107 STF. *Recurso Extraordinário nº 657.718/MG*. Relator: Min. Marco Aurélio.

a presença cumulativa dos seguintes requisitos: a) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde; b) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; c) existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, observados os usos autorizados pela agência.¹⁰⁸

Para os casos em que não há registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, em regra, torna-se inviável o fornecimento de medicamento por meio de decisão judicial. Contudo, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu uma exceção para essa hipótese: quando ocorrer mora irrazoável da Agência Nacional de Vigilância Sanitária em apreciar o pedido de registro do fármaco, considerando que tenham ocorrido, cumulativamente, o pedido de registro do medicamento no Brasil, a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior e a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.¹⁰⁹

O argumento vital que legitima as conclusões jurisprudências supramencionadas, além do argumento formalista amparado nos arts. 19-M e 19-T, da Lei nº 8.080/90, é o da reserva do possível, na concepção segundo a qual o Estado é desprovido de recursos ilimitados. Porém, como observa Emerson Affonso da Costa Moura:

O que frustra a realização dos direitos fundamentais sociais não é a falta de recurso, mas a opção política de não alocar verbas destinadas às prestações relativas àquele direito, sendo o argumento da exaustão orçamentária utilizado para encobrir as escolhas trágicas, que na prática são decisões políticas que excluíram a tutela de direito.¹¹⁰

(Grifos nossos)

108 STJ. *Recurso Especial nº 1.657.156/RJ*. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura.

109 STF. *Recurso Extraordinário nº 657.718/MG*. Relator: Min. Marco Aurélio.

110 MOURA, Emerson Affonso da Costa; PEDROSA, Mateus. *Direito fundamental à saúde, reserva do possível e fornecimento de medicamentos: análise do julgado proferido no RE nº 566.471 do Supremo Tribunal Federal*. Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 13, n. 41, p. 253, jul./dez. 2019.

Assim, é válido deduzir que a limitação das prestações de medicamentos (ainda que tais não pertençam à lista do Sistema Único de Saúde e sejam, também, experimentais), quando, no caso concreto, se fizer presente o binômio necessidade para a manutenção da vida e a indisponibilidade de custeio pelo seu titular ou obrigados legais, não é uma medida dotada de justiça, no sentido de dar concretude às promessas constitucionais. É, portanto, uma violação direta ao direito à vida e ao direito a uma vida com saúde.¹¹¹

4 – Conclusão

Sabe-se que a normatividade da lei, para ser aplicável no mundo dos fatos, necessita de recurso materiais, porquanto, conforme ensina Costas Douzinas: "(...) *possuir um direito em termos abstratos não significa muito se os recursos materiais, institucionais e emocionais para a sua concretização não estão disponíveis*".¹¹²

Mas não é, de igual modo, desprezioso afirmar que o direito à saúde não é um favor, nem uma concessão, tampouco uma faculdade; ele traduz uma conquista irrefutável dos povos em todas as suas amplitudes.¹¹³ Nesse aspecto, quando a Constituição Federal fala em direito à saúde, ela se dirige às pessoas, posto que os seres inanimados não ostentam o elemento indispensável para a incidência do direito fundamental à saúde: a vida. Apenas os seres humanos, as pessoas, porque vivas e pertencentes ao mundo dos fatos, podem exigir do Estado prestações de serviços de saúde.¹¹⁴

No tocante ao fornecimento de medicamentos, matéria que mais tem assoberbado o judiciário, nesse quadro, não pode ser observada, exclusivamente, sob

111 MOURA, Emerson Affonso da Costa; PEDROSA, Mateus. *Direito fundamental à saúde, reserva do possível e fornecimento de medicamentos: análise do julgado proferido no RE nº 566.471 do Supremo Tribunal Federal*. Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 13, n. 41, p. 253, jul./dez. 2019.

112 DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. 1. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 240.

113 NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Pressupostos constitucionais do direito fundamental à saúde*. Fórum Administrativo – Direito público – FA, Belo Horizonte, ano 7, n. 76, p. 7-26, jun. 2007.

114 É o que observa Gabriel Ducatti Lino Machado: "(...) direito fundamental à saúde se preocupa com a saúde da pessoa individual; medidas e serviços de saúde, sejam preventivos ou terapêuticos, são sempre executados para que aproveitem a pessoas individuais" (MACHADO, Gabriel Ducatti Machado. *O direito fundamental a serviços de saúde no Brasil*. Revista de Direito Administrativo, v. 277, n. 2, p. 84, maio./ago. 2018).

o prisma da reserva do possível, em que pese ser cediço o fato de que não há recursos ilimitados, conforme já salientado.

A concessão ou não de determinado fármaco, ou o custeio de serviço específico de saúde, para além das condicionantes legais já estabelecidas (Lei nº 8.080/90), tem que levar em conta as circunstâncias do caso concreto. A reserva do possível se observa na análise particular, na valoração do caso. Não é, portanto, elemento prévio, já preconcebido.

Assim, como primeira proposta para dotar de concretude o direito fundamental à saúde, deve-se partir do pressuposto fundamental segundo o qual o titular do direito à saúde é o indivíduo, a pessoa, o ser de carne e osso. As peculiaridades do caso concreto é que, a partir desse olhar humano e consciente, poderão traçar o destino do pleito formulado.

Outro aspecto de relevo que merece fazer parte dessas considerações construtivas a respeito da efetividade do direito à saúde, é a alocação participativa dos recursos públicos para execução de políticas públicas de saúde. Ou seja, trazer a comunidade para o debate em torno da alocação do dinheiro que será despendido pelo Estado para dar concretude ao direito fundamental em comento. Nesse caso, a comunidade atuaria não como sujeito passivo, mas como personalidade ativa que participa das escolhas governamentais.

Por fim, se a todos que, de algum modo, participam do processo de aplicação das normas sobre o direito à saúde, faz-se necessário o desenvolvimento de um olhar humano e consciente; e, para a alocação dos recursos públicos a comunidade deve ser consultada, com voz de força e vigor; também faz-se necessário que a comunidade participe ativamente do controle das ações de saúde. A participação cidadã deve percorrer todo o traslado da política pública de saúde, do planejamento à execução. O controle das ações é fundamental para evitar argumentos sempre usuais, mas desprovidos de amparo fático, como é o caso da reserva do possível.

Quando os destinatários participam do planejamento, do controle e da execução, de modo real e verdadeiro, é possível, a nosso ver, dar concretude ao direito fundamental à saúde, vez que, desse modo, constrói-se os recursos materiais, institucionais e emocionais para a concretização do direito fundamental à saúde.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. 1. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

MACHADO, Gabriel Ducatti Machado. *O direito fundamental a serviços de saúde no Brasil*. Revista de Direito Administrativo, v. 277, n. 2, p. 79, maio./ago. 2018.

MOURA, Emerson Affonso da Costa; PEDROSA, Mateus. *Direito fundamental à saúde, reserva do possível e fornecimento de medicamentos: análise do julgado proferido no RE nº 566.471 do Supremo Tribunal Federal*. Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 13, n. 41, p. 253, jul./dez. 2019.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Pressupostos constitucionais do direito fundamental à saúde*. Fórum Administrativo – Direito público – FA, Belo Horizonte, ano 7, n. 76, p. 7-26, jun. 2007

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

CAMILLA DE SOUSA BRANDÃO FLEURY CURADO: Mestranda em função social do direito pela FADISP. Especialista em direito tributário e em direito notarial e registral. Graduada em direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Analista Judiciário.

RESUMO: Este artigo traz à discussão o fenômeno da constitucionalização do direito privado, que propõe a aplicação de todo o ordenamento jurídico a partir da lente da Constituição, com a efetivação dos valores nela consagrados. Destacam-se os principais pilares de sustentação que fundamentam esse movimento e, a partir dessas bases, faz-se uma análise crítica de aspectos que devem ser reavaliados, sob pena de se colocar em risco a objetividade e a previsibilidade dos julgados, necessárias à garantia do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Constitucionalização do direito privado – evolução – pilares de sustentação – objeções.

Sumário: 1. Introdução; 2. Conceituação; 3. Evolução do Constitucionalismo; 3.1. Na Inglaterra; 3.2. Nos Estados Unidos; 3.3. Na França; 3.4. A Experiência Alemã; 3.5. A reconstitucionalização do Brasil; 4. Transformações do direito constitucional; 5. Pilares de sustentação da constitucionalização; 5.1. Centralidade e unidade da Constituição; 5.2. Supremacia e normatividade da Constituição; 5.3. Eficácia dos direitos fundamentais; 5.4. Teoria da norma e da interpretação jurídica; 5.5. Realização da dignidade da pessoa humana; 6. Objeções; 6.1. Aumento de *hard cases*; 6.2. Carência de método; 6.3. Banalização da dignidade da pessoa humana; 6.4. Excesso de paternalismo estatal; 6.5. Protagonismo judicial; 7. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo se inicia com o processo histórico de evolução do direito constitucional, em busca de demonstrar como ocorreu o surgimento do movimento de constitucionalização do direito privado.

Observa-se que a transformação do direito constitucional aconteceu de forma lenta e gradual, intensificando-se, notadamente a partir da Segunda Guerra Mundial, a influência das normas constitucionais sobre os demais ramos do direito.

No Brasil, esse fenômeno passou a ser denominado por alguns autores como filtragem constitucional, eis que todo o ordenamento jurídico passou a ser lido e interpretado por meio da lente constitucional, com a irradiação dos valores consagrados na Constituição.

Essa teoria da constitucionalização encontra sua sustentação em alguns pilares que direcionam a aplicação da norma no caso concreto, dentre eles estão a centralidade e a unidade da Constituição, a supremacia e a normatividade das normas constitucionais, a eficácia dos direitos fundamentais, a teoria da norma e da interpretação jurídica e a realização da dignidade humana.

Apresentadas as bases nas quais se sustenta o fenômeno da constitucionalização do direito, passa-se à análise de críticas impostas ao movimento, expondo os principais aspectos sujeitos a necessários aperfeiçoamentos.

Ressalta-se, nesse contexto, um aumento de hard cases, uma carência de método na aplicação das normas constitucionais, uma banalização da dignidade da pessoa humana, um excesso de paternalismo estatal e um protagonismo judicial.

É um movimento que, apesar de toda a sua aceitação, não está imune a críticas, que devem ser pensadas e analisadas a fim de se buscarem parâmetros para aplicação objetiva e previsível das normas constitucionais.

2 CONCEITUAÇÃO

A noção de constitucionalização que aqui será tratada está relacionada a um efeito expansivo das normas constitucionais por todo o sistema jurídico, que tem como característica essencial a releitura do direito privado à luz da Constituição.

Os valores e os comportamentos previstos nos princípios e nas regras passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.

Essa constitucionalização, além de repercutir na atuação dos três Poderes, reflete também nas relações particulares, limitando a autonomia da vontade, notadamente em institutos como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, atrelando-a a valores constitucionais e ao cumprimento de direitos fundamentais.

3 EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO

Este processo de constitucionalização do direito privado reflete o próprio processo histórico de evolução do direito constitucional, alcançado pela sociedade na busca de respostas aos problemas e às necessidades postas.

Relevante, pois, no estudo desse processo de constitucionalização, a análise da história do constitucionalismo, bem como da sua transformação ocorrida ao longo do tempo.

É importante partir da premissa de que a noção de constitucionalismo é bastante remota, eis que na antiguidade encontra-se o berço de ideias essenciais para o reconhecimento dos direitos humanos e posteriormente dos direitos fundamentais e:

foi no período medieval, por meio da afirmação dos costumes e tradições (portanto, pelo direito costumeiro), que foram estabelecidas regras gerais de organização política, já a partir do século V. O próprio termo constituição (que já aparecia na obra de Aristóteles) era relacionado, na época, a uma noção empírica, não normativa, que resultou da simples transposição da descrição natural do processo de dominação dos territórios e de seus habitantes e do desenvolvimento histórico das relações de poder para a linguagem jurídica e política, onde passou a constituir um conceito também normativo, do dever ser. Ademais, a utilização do termo constituição nos escritos políticos da Antiguidade e mesmo na fase seguinte, do Medievo, costumava – em muitos casos – designar um modo de organização política ideal da sociedade, como dão conta as obras do próprio Aristóteles (ao identificar e propor uma tipologia das formas de governo), mas especialmente a ficção da República, de Platão, a Cidade de Deus, de Agostinho, entre outras¹¹⁵.

Com o renascimento urbano europeu, no século XI, e o surgimento da burguesia, formada por comerciantes, iniciou-se a decadência do feudalismo e, por consequência, o desenvolvimento do capitalismo.

A partir de então, a organização típica do período medieval, antes descentralizada em feudos, cede lugar, por meio de um processo centrípeto, a um poder político centralizado nas mãos do monarca.

Começaram a surgir, posteriormente, correntes filosóficas, como as de Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant, que serviram de base para as ideias iluministas e para o surgimento das primeiras Constituições escritas. Nota-se, a partir desse período, uma superioridade da lei em relação aos costumes, bem como um deslocamento da soberania do príncipe para a soberania nacional.

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Diante do fortalecimento do capitalismo, a burguesia surgiu como a classe mais promissora e empreendedora da sociedade, o que contrastava com o seu distanciamento do poder político. Diante desse cenário, eclodiram no século XVIII movimentos revolucionários que contestavam os privilégios da monarquia, notadamente a Revolução Francesa:

*(...) eclodida em 1789, foi, sem dúvida, o mais profundo e impactante (consideradas as suas proporções e repercussão) entre os movimentos revolucionários. Além de ter sido uma revolução social de massa, mais radical do que as que a precederam e que a seguiram (exceção feita aos movimentos revolucionários ocorridos na Rússia e na China, no século XX), foi a única de caráter ecumênico, é dizer, seus ideais foram concebidos para revolucionar o mundo, diferentemente da revolução norte-americana, cujo acontecimento centrou-se nos Estados Unidos e nos países nela envolvidos*¹¹⁶.

Cabe destacar, diante desse contexto, que, apesar da ideia de Constituição, como forma de organização da sociedade política, remontar à antiguidade, a noção moderna de uma Constituição jurídica, como forma de expressão de um poder constituinte formal, consolidou-se apenas a partir do final do século XVIII, com as Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789).

Embora existissem, antes do surgimento das constituições jurídicas modernas, regras jurídicas, até mesmo consolidadas em documentos, regendo as relações de poder político, tais regramentos não refletem a ideia moderna de Constituição normativa nascida no final do século XVIII.

Relevantes documentos, como a Magna Carta Inglesa (1215) e notadamente as declarações de direitos inglesas do século XVII, eram muito diferentes da ideia de constituição como lei fundamental de uma sociedade, que possui, dentre várias características, a qualidade de norma hierarquicamente superior, cuja história está diretamente associada à limitação normativa do poder político e à garantia de direitos fundamentais.

Considerando que o constitucionalismo moderno advém desses movimentos revolucionários ocorridos na Inglaterra, nos Estados Unidos e na França, analisar-se-ão essas três experiências, bem como o constitucionalismo alemão, por

¹¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ser a principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional, em razão da Lei Fundamental de Bonn promulgada em 1949.

3.1 NA INGLATERRA

O processo constitucional inglês ocorreu de forma gradativa e cumulativa, no decorrer de várias gerações. Em um primeiro momento, permitiu o desenvolvimento das instituições feudais, o que resultou no fortalecimento do poder político dos barões, com a promulgação, em 1215, da *Magna Charta Libertatum*, documento este que posteriormente foi influenciado pelo Parlamento, mesmo que controlado pelo rei.

A colisão entre o Parlamento e o poder monárquico ficou mais intensa no século XVII, provocando, no ano de 1628, a promulgação da Petição de Direitos (*Petition of Rights*), que estabelecia limitações concretas ao poder do Rei Carlos I. Ocorre que este,

A despeito dos compromissos assumidos por força da petição de direitos, dissolve diversos Parlamentos, impõe impostos sem a prévia aprovação pelo Parlamento, o que resulta na criação de um exército pelo Parlamento e no confronto com as forças reais, tudo a desembocar numa guerra civil, que levou à vitória das forças parlamentares e à decapitação do rei, em 1649. Todavia, uma vez instaurada a República, o comandante do exército que derrotou as forças monárquicas, Oliver Cromwell, dissolveu o Parlamento (1652) e iniciou uma espécie de absolutismo (ou ditadura) republicano, além de promulgar um documento que costuma ser considerado como a primeira versão de uma espécie de constituição escrita, que (...) foi a única que a Inglaterra jamais teve (o assim chamado Instrumento of Government, de 1653) e que esteve em vigor por pouco tempo, tendo em vista a morte de Cromwell (1658) e a restauração da monarquia, em 1660, com o retorno do exílio de Carlos II, filho de Carlos I. O caráter efêmero da peculiar experiência inglesa de uma constituição escrita encontra explicação no fato de que, com a morte de Cromwell, a nova ordem logo começou a soçobrar, e o Parlamento, em junção com outras forças políticas e sociais, optou pela restauração da

*monarquia, justamente a forma de governo que havia sido derrubada pela constituição de Cromwell.*¹¹⁷

Mesmo com a reconstituição da monarquia e da Câmara dos Lordes, dissolvidos pela ditadura de Cromwell, o ambiente já era marcado por uma crescente primazia do Parlamento, em que o monarca tinha seus poderes bastante limitados, especialmente com a edição da Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) de 1689.

Este documento, como ápice da revolução gloriosa, pode ser considerado um dos principais momentos do constitucionalismo da Inglaterra, por representar a necessidade de limitação dos poderes do Legislativo e do Rei.

Em suma,

*Em 1660, restaura-se a monarquia e, em 1689, os poderes do monarca se veem limitados pela Revolução Gloriosa, de que deriva a adoção do Bill of Rights, no mesmo ano. O Parlamento marca o caminho para a posição de supremacia, em contrapeso à Coroa. Reafirma-se a titularidade do rei no Executivo, mas o Bill of Rights restringe os poderes reais, na medida em que recusa ao monarca legislar autonomamente e lhe recusa o poder de impor tributos ou convocar e manter o exército sem autorização parlamentar. O princípio da soberania do parlamento assinala ao Legislativo “o direito de fazer ou desfazer qualquer lei que seja; e, mais, [significa] que nenhuma pessoa ou entidade goza de reconhecimento legal para superar ou deixar de lado a legislação do parlamento”. Trata-se de uma forma de governo moderado, que teve em Locke (1632-1704) um atento observador, nas análises que publicou em 1690, sob o título de “Segundo Tratado do Governo Civil”.*¹¹⁸

De acordo com Locke,

o legislador não cria direitos, mas aperfeiçoa a sua tutela, no suposto de que esses direitos preexistem ao Estado; daí o Poder Público não pode afetar arbitrariamente a vida e a propriedade dos indivíduos. Locke se volta contra o perigo da assimilação pela assembleia legislativa dos poderes executivos,

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

*bem como contra os riscos da incorporação dos poderes de legislar pelo Executivo; por isso, opõe-se à monarquia absoluta.*¹¹⁹

Essa evolução para uma supremacia do Parlamento serviu de exemplo para o mundo como um primeiro sistema de liberdades civis e políticas, sendo uma grande contribuição inglesa à história das instituições e ao constitucionalismo.

Não se pode deixar de mencionar, portanto, que a Inglaterra, apesar de não ter uma constituição escrita, já possuía características essenciais desse constitucionalismo moderno, antes mesmo da declaração da independência dos Estados Unidos e da Constituição dos Estados Unidos, promulgadas no final do século XVIII.

Sem deixar, contudo, de levar em conta a importância para a evolução do constitucionalismo,

O modelo inglês constitui uma via peculiar, visto que, além de não ter sido baseado na distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, não contempla o princípio da supremacia da constituição, inexistindo, portanto, um controle de constitucionalidade dos atos legislativos, notadamente por força da adoção do princípio da supremacia parlamentar. Ainda assim, ao longo dos tempos, importantes mudanças foram desenvolvidas no âmbito da atuação parlamentar, o que pode ser ilustrado mediante referência à aprovação, em 1998, pelo Parlamento, da incorporação ao direito interno na Convenção Europeia de Direitos Humanos, o assim chamado Human Rights Act, que opera como parâmetro para a legislação ordinária e pode ensejar uma declaração de incompatibilidade em concreto pelo Poder Judiciário. Além disso, em 2005, foi aprovado o Constitutional Reform Act, reorganizando o Poder Judiciário inglês, mediante o qual foi estabelecida uma separação orgânica entre o Poder Judiciário e o Parlamento,

¹¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

*esvaziando as funções judiciais da Câmara dos Lordes e transferindo funções para uma nova Suprema Corte.*¹²⁰

Verifica-se, diante desse contexto, que o constitucionalismo inglês, apesar de não ter uma tradição de constituição escrita, está em progressiva aproximação aos demais modelos, o que se dá em grande medida pela globalização mundial, que acaba de certa forma aproximando grande parte dos modelos constitucionais.

3.2 NOS ESTADOS UNIDOS

Diferentemente do que ocorria na Europa nesse mesmo período, nos Estados Unidos não se notava uma maior preocupação com o Poder Executivo. O Presidente da República, eleito pelo voto popular, não possuía a mesma relevância que os monarcas do período absolutista.

A desconfiança pairava na atuação descomedida do Poder Legislativo e, nesse contexto, para evitar uma atuação exacerbada do Parlamento, os norte-americanos buscaram manter o equilíbrio entre os poderes.

Essa desconfiança com o Parlamento está intimamente relacionada aos fatores desencadeadores da independência norte-americana, eis que:

*Leis britânicas das vésperas da independência, em especial no que tange à taxaço, provocaram a indignação dos colonos, que as viram como resultado de um parlamento corrompido, que se arrogara poder ilimitado. O Parlamento britânico se assomou aos colonos como força hostil à liberdade. A nova nação deveria precatar-se contra a legislatura propensa às medidas tirânicas.*¹²¹

Foi ainda uma preocupação norte-americana a proteção das minorias, uma vez que dois poderes do Estado advinham do voto popular e necessitava-se de um instrumento que limitasse o poder da maioria que eventualmente agisse de forma abusiva.

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

Esse contexto contribuiu para que se reconhecesse força normativa à Constituição, dando eficácia à limitação dos poderes e, por conseguinte, reconhecendo a supremacia da Constituição perante as leis.

A adoção de um procedimento mais solene e difícil para alteração da Constituição coloca-a em uma posição suprema, no topo da pirâmide normativa, atuando como referência para validade de todas as demais normas.

Em razão da supremacia da Constituição, todos os atos normativos devem ser compatíveis com a Constituição, sob pena de serem declarados inválidos. Daí decorre o controle de constitucionalidade, uma vez que a concepção da Constituição como norma jurídica superior propiciou condições necessárias para que o Judiciário exercesse a função de controlar a validade das leis.

Em razão dessa evolução histórica norte-americana, o constitucionalismo moderno ganhou uma das suas principais características, que foi a possibilidade de reconhecimento de que a Constituição é usada como parâmetro para solução de casos concretos, formando assim a doutrina do *judicial review*.

Há que se mencionar que:

A doutrina do judicial review, contudo, não fez o seu ingresso na História de modo assepticamente cerebrino. Conquanto os "pais fundadores" já considerassem correta a recusa pelos juízes em aplicar leis contrárias à Constituição, o judicial review não chegou a ser instituído expressamente na Constituição norte-americana. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis nos EUA resulta de uma construção pretoriana, armada num tempo de extrema tensão política, no contexto de disputa de Congresso Nacional e o Executivo até as eleições de 1800, e o Republicano (ou Antifederalista) – aquele, não se abstendo de se valer de meios radicais para manter a posição hegemônica.¹²²

A decisão emblemática no exercício do controle de constitucionalidade da Suprema Corte norte-americana ocorreu no notório caso *Marbury v. Madison*.

Em 1803, o então Presidente dos Estados Unidos, John Adams, após perder as eleições para Thomas Jefferson, nomeou partidários como juízes federais antes do fim de seu mandato, e dentre eles estava incluído *Marbury*, nomeado como juiz de

¹²² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

paz do condado de Washington. O cargo não foi assumido em razão da troca de governos e porque Jefferson negou a nomeação.

A questão foi levada à Suprema Corte e o juiz John Marshall analisou a competência para julgar um *writ of mandamus*, inserido por uma lei de 1789, de competência originária da Suprema Corte. Assim, a questão discutida por Marshall era se deveria prevalecer a lei (seção 13, Judiciary Act, 1789) em que se definia a competência da Suprema Corte, ou a Constituição, na qual não havia previsão de competência originária. Marshall decidiu, com isso, que deveria prevalecer a Constituição e que leis incompatíveis com ela são nulas.

Segundo Canotilho,

*qualquer tribunal que tem de decidir um caso concreto está obrigado, em virtude da sua vinculação pela constituição, a fiscalizar se as normas jurídicas aplicáveis ao caso são ou não válidas. O juiz Marshall, no caso Madison v. Marbury, explicou este pensamento da forma que se tornou clássica: "É, sem dúvida, da competência e dever do Poder judiciário interpretar a lei. Aqueles que a aplicam aos casos particulares devem, necessariamente, explaná-la, interpretá-la. Se duas leis se contrariam, os tribunais devem decidir sobre o seu âmbito de aplicação. Assim, se uma lei estiver em contradição com a constituição, e se tanto uma como outra forem aplicáveis ao caso, de modo a que o tribunal tenha de decidir de acordo com a lei desatendendo à constituição, ou de acordo com a constituição rejeitando a lei, ele terá, inevitavelmente, de escolher dentre os dois preceitos opostos aquele que regulará a matéria. Isto é da essência do dever judicial. Se, portanto, os tribunais devem observar a constituição, e se esta é superior a qualquer lei ordinária do poder legislativo, é a Constituição e não a lei ordinária que há-de regular o caso a que ambos dizem respeito*¹²³.

O caso *Marbury v. Madison* demonstra, portanto, um protagonismo do Judiciário, como guardião da Constituição, que é uma norma de hierarquia superior, que se encontra no topo da pirâmide normativa. Diante, portanto, de um conflito entre dois diplomas, o juiz deve aplicar a Constituição às demandas concretas e invalidar qualquer ato que infrinja a norma constitucional. Nessa perspectiva, o

¹²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

Judiciário, na qualidade de intérprete máximo da Constituição, tem o poder de anular os atos dos demais Poderes.

3.3 NA FRANÇA

Ainda que não se possa desprezar a influência norte-americana no momento inicial do constitucionalismo na Europa, o seu desenvolvimento no continente europeu iniciou-se com a Revolução Francesa de 1789.

Foi um período de intensa agitação política e social, que teve grande impacto na história do constitucionalismo. A monarquia absolutista, que governou por séculos o país, entrou em colapso diante da transformação pela qual passou a sociedade francesa.

A crise financeira foi um dos motivos propulsores da Revolução, acentuada com a intervenção do país na guerra revolucionária norte-americana.

Nesse contexto, sob a influência de ideias iluministas, foram convocados os Estados Gerais. O Terceiro Estado, formado pela burguesia, por trabalhadores e por camponeses, rebelou-se, tendo como símbolo desse movimento a Tomada da Bastilha, prisão destinada a nobres.

A Assembleia Constituinte procedeu a uma série de reformas legislativas, como a extinção do sistema feudal e a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Representava uma evidente oposição ao regime absolutista, amparada no direito natural, e apresentava-se como passo inicial para elaboração da primeira Constituição francesa.

No ano de 1791 foi promulgada a primeira Constituição francesa, que, apesar de não se opor à monarquia, repeliu o absolutismo e os privilégios da nobreza e do clero. Não previu expressamente a supremacia formal da Constituição, mas transformou a monarquia em constitucionalista, pondo fim ao regime absolutista.

Relevante diferença entre o constitucionalismo francês e o norte-americano é a supremacia formal da Constituição perante as demais leis e a atuação do Poder Judiciário na análise da validade destas normas. Conforme visto em tópico anterior, essa característica existe no constitucionalismo norte-americano desde o princípio, ao passo que na França tais elementos somente foram incorporados ao longo do tempo, especialmente após a instauração da Quinta República, em 1958.

Há que reconhecer, contudo, que:

a matriz constitucional francesa engendrada no período revolucionário deixou um legado permanente para o

constitucionalismo moderno, até mesmo de modo indireto, visto que o pensamento político francês também teve repercussão nos Estados Unidos, onde algumas ideias tiveram recepção e realização prática em parte distinta da que ocorreu na França, como é o caso, apenas para mencionar um exemplo célebre, do princípio da separação de poderes, que, reconstruído nos Estados Unidos, foi incorporado à gramática constitucional de uma série de Estados que aderiram ao movimento constitucional.¹²⁴

3.4 A EXPERIÊNCIA ALEMÃ

Não obstante as primeiras constituições escritas tenham surgido com o processo de independência das colônias norte-americanas nos Estados Unidos em 1787 e, na França, com a revolução Francesa em 1791, o desenvolvimento do constitucionalismo, por fazer parte da própria evolução da sociedade, ocorreu de forma lenta e heterogênea.

Na Alemanha, apesar de se adotar a ideia de constituição escrita desde 1810, a primeira constituição democrática surgiu com a derrocada da monarquia e a instauração da república, na sequência da primeira guerra mundial. Tratava-se da conhecida Constituição da República de Weimar de 1919, que representava um modelo do constitucionalismo democrático e social contemporâneo.

Embora não se questione as virtudes democráticas da Constituição de Weimar e a sua relevância para o desenvolvimento das instituições políticas, sociais e jurídicas alemãs, a sua aplicação não gozava de ambiente favorável. Apesar de vigorar formalmente por um longo tempo, com a instalação de um regime totalitário, a Constituição de Weimar era aplicada apenas e na exata medida em que não entrasse em conflito com a normativa imposta pelo regime totalitário.

Com a eclosão da segunda guerra mundial, o totalitarismo chegou no seu ápice, mas com a derrota do Estado Nacional-Socialista e da própria Alemanha, os aliados (Inglaterra, EUA, França e URSS) assumiram o poder estatal, bem como as funções de soberania. Após quatro anos da rendição das forças armadas alemãs, em 1949, entrou em vigor a Lei Fundamental, na Alemanha Ocidental, que, por sua vez, formalizou o declínio da ditadura nacional-socialista.

¹²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

A Lei Fundamental veio afirmar o valor da dignidade da pessoa humana, como um comprometimento do povo alemão com os direitos inalienáveis e invioláveis da pessoa humana.

Nesse ambiente, pretendeu-se resgatar a importância de uma ordem de valores não necessariamente prevista no direito positivo, promovendo-se uma reaproximação entre o direito e a filosofia, buscando ir além da legalidade estrita, a partir de uma leitura moral do Direito.

O ser humano passou a ser o principal valor protegido pelo ordenamento jurídico, de modo que,

(...) Tanto a forma de positivação da dignidade humana, na condição de princípio estruturante e acompanhada de um dever expresso de proteção estatal quanto a proibição sem exceção da pena de morte dão conta do quanto os autores da Lei Fundamental quiseram colocar o ser humano no centro da ordem estatal (relembre-se aqui a afirmação do social-democrata Carl Schmidt, no sentido de que “a razão de ser do novo Estado deveria ser o homem, e não o homem a razão de ser do Estado”), refutando toda e qualquer funcionalização do humano em prol do Estado.¹²⁵

Para que se evitasse que as normas da Lei Fundamental tivessem caráter meramente programático, como ocorreu com a Constituição de Weimar, houve a criação de um Tribunal Constitucional Federal, que foi instalado em 1951, dotado de competência concentrada e vinculante a fim de confirmar a supremacia da Lei Fundamental e, notadamente, funcionar como guardião da dignidade humana e dos direitos fundamentais. Para isso foi criada uma reclamação constitucional, garantindo à Lei Fundamental normatividade como Constituição da Alemanha.

Assim,

Na condição de órgão constitucional externo às três funções clássicas estatais e pelas peculiaridades quanto a sua composição (com destaque para o recrutamento dos seus integrantes), competências e atuação, é de se endossar que o Tribunal Constitucional Federal Alemão (Bundesverfassungsgericht) passou a construir uma espécie de

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

“terceira via” da jurisdição constitucional, em relação aos modelos norte-americano e austríaco, que lhe são anteriores. Os princípios estruturantes, da dignidade humana, democracia, federalismo, assim como do Estado de Direito e do Estado Social, foram guindados à condição de limites materiais à reforma constitucional, formando, portanto, o núcleo essência intangível, no sentido da própria identidade da nova ordem jurídico-estatal constituída pela Lei Fundamental, assegurando-lhe, juntamente com a garantia da rigidez constitucional (exigência de processo agravado para alteração do texto da Constituição) e da previsão de um controle de constitucionalidade das leis, a desejada e desejável estabilidade e supremacia normativa, para a qual também tem concorrido de modo decisivo (e não apenas em matéria de proteção de direitos fundamentais), como já, o Tribunal Constitucional Federal.¹²⁶

Esse breve relato acerca do constitucionalismo alemão se mostra, portanto, oportuno diante da inquestionável influência da Lei Fundamental de 1949, juntamente com o constitucionalismo norte-americano, no constitucionalismo contemporâneo, sendo considerada, inclusive, uma das mais influentes em termos de direito comparado, inclusive no caso do direito constitucional brasileiro.

3.5 A RECONSTITUCIONALIZAÇÃO DO BRASIL

A história atribulada do constitucionalismo no Brasil deu origem a sete constituições, promulgadas em 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988. Ocorre que grande parte desses documentos não gozava de efetividade, demonstrando um grande hiato entre a realidade e o texto constitucional.

Somente com a redemocratização do país, promovida pela Constituição de 1988, iniciou-se o marco histórico do novo direito constitucional. A Constituição de 88 serviu de sustentação para a passagem do Brasil de um regime autoritário para um Estado democrático de direito, simbolizando relevante mudança para a realidade jurídica e política brasileira.

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

O novo marco constitucional refletiu os anseios da sociedade por liberdade e democracia, servindo como restauração do Estado democrático no Brasil e reafirmando os direitos fundamentais, consagrados a partir de uma base de valores.

A Constituição de 88, alvo de inúmeras críticas em razão da sua extensão, refletiu os interesses de diversos grupos da sociedade, o que resta demonstrado na quantidade de regras que não necessariamente representam normas materialmente constitucionais.

É inegável, contudo, o avanço trazido pelo nova Carta, notadamente no campo dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, além da criação de vários novos remédios constitucionais, do fortalecimento da independência de instituições como o Ministério Público e do robustecimento de mecanismos de controle de constitucionalidade.

Essa evolução se nota especialmente ao se analisar o processo histórico do constitucionalismo brasileiro:

É verdade que já tínhamos controle de constitucionalidade desde a proclamação da República. Porém, na cultura jurídica brasileira de até então, as constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas, não passando muitas vezes de meras fachadas. Exemplos disso não faltam: a Constituição de 1824 falava em igualdade, e a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1891 instituiu o sufrágio universal, mas todas as eleições eram fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas enquanto ela vigorou o Congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos; a de 1969 garantia os direitos à liberdade, à integridade física e à vida, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam nos porões do regime militar. Nesta última quadra histórica, conviveu-se ainda com o constrangedor paradoxo da existência de duas ordens jurídicas paralelas: a das constituições e a dos atos institucionais, que não buscavam nas primeiras o seu fundamento de validade, mas num suposto poder revolucionário em que estariam investidas as Forças Armadas.¹²⁷

127 SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes *et al.* *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 85-86.

Embora se possa verificar a falta de efetividade de diversas normas constitucionais e a aplicação seletiva da eficácia social de tantas outras, é possível afirmar que a força normativa da Constituição teve reconhecimento no Brasil.

4 TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Percorrido, ainda que de forma sintética, o processo histórico do constitucionalismo que deu ensejo ao desenvolvimento do fenômeno da constitucionalização do direito, analisar-se-ão as principais transformações ocorridas no âmbito do direito constitucional.

Esse processo ocorreu de forma lenta e gradual, considerando desde distantes contribuições, como o reconhecimento de liberdades civis e políticas pelo direito inglês, até a relevante influência norte-americana com o reconhecimento da supremacia da Constituição, conforme analisado em tópico anterior.

A constitucionalização do direito propriamente dita, contudo, ocorreu notadamente a partir do segundo pós-guerra, simbolizada pela Lei Fundamental da Alemanha de 1949 e pela instalação do Tribunal Constitucional Federal em 1951. Movimento este que se reproduziu mais tarde em países subdesenvolvidos, como Argentina, México, Índia e Brasil.

Após o fim da Segunda Guerra, com a derrota de regimes totalitários, que promoveram a barbárie fundada na proteção da legalidade, as novas constituições passaram a criar ou a fortalecer a jurisdição constitucional, adotando mecanismos eficazes para proteção dos direitos fundamentais inclusive em face do legislador.

O constitucionalismo dos demais países da Europa, a partir de então, aproximou-se do modelo dos Estados Unidos, reconhecendo força normativa às normas constitucionais, limitando o exercício do Poder Legislativo e justificando a invalidação de leis.

Para além dessas características do modelo norte-americano, as Cartas Europeias passaram a conter, além dos traços básicos de organização do Estado, um rol extenso de direitos fundamentais, com normas impregnadas de alto teor axiológico, tratando de temas que normalmente não eram tratados pelas constituições, como as relações de trabalho e as de família. Para além de direitos individuais previstos na Constituição norte-americana, muitas passaram a incluir no catálogo de direitos fundamentais também direitos sociais de natureza prestacional.

O direito francês, contudo, apesar de ter contribuído para o estabelecimento do constitucionalismo moderno juntamente com os Estados Unidos, conforme visto acima, teve o processo de constitucionalização tardio e ainda pendente de afirmação,

eis que, tecnicamente não há uma verdadeira jurisdição constitucional. A Constituição de 1958 não previu a possibilidade de controle de constitucionalidade, tendo optado pelo controle prévio realizado pelo Conselho Constitucional em relação a algumas leis. Apesar da ampliação da legitimação para suscitar a atuação do Conselho e da incorporação aos debates constitucionais de discussões a respeito da força normativa da Constituição e do uso da técnica da interpretação conforme à Constituição, esse processo de constitucionalização enfrenta intensa resistência da doutrina tradicional.

No Brasil, em razão do fenômeno da constitucionalização do Direito, todos os principais ramos do direito infraconstitucional são tratados na Constituição, promovendo, assim, a constitucionalização das fontes do direito em relação à matéria tratada. Isso restringe a atuação do legislador ordinário, bem como influencia a leitura feita pelo Judiciário relativamente ao tema constitucionalizado.

Essa liberdade de conformação do legislador no sentido de escolher livremente quais matérias devem estar no texto da Constituição permitiu no caso do Brasil a proclamação de uma Constituição prolixa, que contém, além das matérias tipicamente constitucionais, diversas normas sobre assuntos que não necessariamente precisavam estar na Constituição, como, *v.g.*, a regra que trata do colégio Dom Pedro II. Ademais, há partes dedicadas à economia e à ordem social que tratam dos mais diversos assuntos.

Essa escolha do constituinte por uma Constituição analítica não é imune a críticas feitas por parte da doutrina. Canotilho, revendo suas posições sobre a Constituição dirigente, afirma que “a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só, por si, operar transformações emancipatórias”. Segundo ele, “os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais”.¹²⁸

O Código Civil, que conferia unidade ao ordenamento, chegando a ser chamado de constituição de direito privado, passou a perder influência ao longo do tempo, à medida que havia o seu envelhecimento e, por conseguinte, a formação de um microssistema formado por diversas leis específicas, como é o caso das leis de registros públicos, de locação, de divórcio, de alimentos, dentre outras.

¹²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. XXIX.

A Constituição, nesse contexto, passou a ser o vértice para o qual todos os demais ramos do direito devem se voltar na sua aplicação. Este movimento veio a ser denominado por alguns autores como filtragem constitucional, mecanismo pelo qual “toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados”¹²⁹. Assim, segundo Barroso, Ministro da Suprema Corte, “a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional”.¹³⁰

5 PILARES DE SUSTENTAÇÃO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

A teoria da constitucionalização considera algumas premissas nas quais todo o ordenamento jurídico deve se apoiar para aplicação da norma no caso concreto. No Brasil, pode-se falar que esse modelo se sustenta fundamentalmente em alguns pilares¹³¹, que passarão a ser analisados a seguir.

5.1 CENTRALIDADE E UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

À luz dessa concepção, a aplicação do ordenamento jurídico tem como primado a centralidade da Constituição, que, como norma suprema, condiciona todas as demais normas, assim como todos os Poderes Públicos a estarem em conformidade com suas disposições.

Diante disso, o sistema jurídico se estrutura em torno de uma pluralidade de fontes, que sempre se voltam para o texto constitucional. Segundo Ingo Sarlet,

A forma Código perde o seu caráter de plenitude, próprio do Estado Legislativo, e passa a desempenhar função de centralidade infraconstitucional. Abundam estatutos, legislações especiais e instrumentos infralegais que concorrem

129 BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito* (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), p. 27. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 04/08/2020.

130 Ibid., mesma página.

131 LEAL, Fernando. Seis Objeções ao Direito Civil Constitucional. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 91/150, mai./ago., 2020, p. 128.

*para disciplina na vida social. O ordenamento jurídico adquire feição complexa.*¹³²

O jurista argentino Ricardo Lorenzetti faz uma interessante analogia com o sistema solar¹³³. De acordo com essa comparação, a Constituição seria o sol, ou seja, o centro do sistema, irradiando sua força normativa para os diversos ramos do direito, que fariam o papel dos planetas. O direito privado, nosso objeto de estudo imediato, seria representado pelo “planeta” Código Civil, centro da codificação privada. Em torno do “planeta” Código Civil, gravitariam os diversos satélites, correspondentes aos microsistemas do direito privado, e.g., o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), a Lei de Locação (Lei n. 8.245/1991), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), entre outros.

O ordenamento jurídico, portanto, é composto, segundo Gustavo Tepedino,

*por uma pluralidade de fontes normativas, que apresenta-se necessariamente como sistema heterogêneo e aberto; e daí a sua complexidade, que só alcançará a unidade caso seja assegurada a centralidade da Constituição, que contém a tábua de valores que caracterizam a identidade cultural da sociedade.*¹³⁴

De acordo com Bodin de Moraes,

*a proliferação de legislação esparsa sob a forma de estatutos especializados, por vezes tidos como “microsistemas legislativos”, tornou insustentável afirmar a centralidade do Código diante deste verdadeiro polissistema, que encontra, agora, na Constituição sua unidade sistemática e axiológica.*¹³⁵

¹³² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹³³ LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: RT, 1998, p. 44-45.

¹³⁴ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitário do ordenamento. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/hermeneutica-constitucional-e-sumula-vinculante-normas-constitucionais-e-direito-civil-na-construcao-unitaria-do-ordenamento>. Acesso em: 29 out. 2020.

¹³⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *In*: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito*. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, p. 233.

À luz desse movimento da constitucionalização, a centralidade da Constituição garante a unidade do sistema jurídico, notadamente diante da pluralidade de fontes normativas, ensejando abertura a múltiplas matizes culturais, informadas por valores historicamente determinados, presentes no seio social. 136

5.2 SUPREMACIA E NORMATIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO

O princípio da supremacia da Constituição, outro sustentáculo do movimento, decorre da posição hierárquica das normas constitucionais em relação às demais normas do sistema jurídico. Tal superioridade se dá em razão da distinção entre poder constituinte e poder constituído.

Considerando que toda a Constituição foi elaborada pelo poder constituinte, todas as normas constantes da Constituição, independentemente de seu conteúdo, equivalem-se em termos de hierarquia e são dotadas de supremacia formal em relação às demais normas infraconstitucionais.

Nesse sentido cabe consignar que, "atualmente, não há dúvida de que as Constituições são providas de supremacia formal em relação ao restante do direito interno do país"¹³⁷. Segundo Daniel Sarmento,

Isso não impede que o texto constitucional possua normas cujo teor nada tem de especial ou de tipicamente constitucional. Nossa Constituição Federal, por exemplo, contém detalhes do regime jurídico dos servidores públicos, tais como o prazo de validade de concurso público (CF, art. 37, III), ou do sistema de pagamento, pelo Estado, de suas dívidas decorrentes de decisões judiciais, dispondo extensamente sobre os chamados precatórios (CF, art. 100; e ADCT, art. 33). Tais normas são superiores apenas sob o ponto de vista formal. Nem por isso deixam de limitar e condicionar a atividade legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado. A atividade estatal só é válida na medida em que sejam respeitadas também essas

136 TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil Constitucional e suas Perspectivas Atuais. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo*. Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 363.

137 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

*normas constitucionais, ainda que seu conteúdo não tenha a mesma relevância.*¹³⁸

Essa supremacia constitucional se fixa por meio de dois importantes institutos jurídicos. Um deles é a rigidez constitucional, que exige, para alteração do texto, procedimento mais difícil do que aquele realizado para normas infraconstitucionais. O outro instituto é o controle de constitucionalidade dos atos normativos, que leva à invalidação do ato contrário à Constituição.

Há diversas técnicas que permitem o controle de constitucionalidade, cabendo citar dentre elas as seguintes:

- a) no caso de normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, o reconhecimento da revogação;
- b) na hipótese de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, a declaração de inconstitucionalidade quando incompatíveis;
- c) a declaração de inconstitucionalidade por omissão, com a exortação à atuação do legislador;
- d) a interpretação conforme a Constituição, que permite tanto uma leitura que realize o sentido da norma constitucional, quanto a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto.

O respeito à supremacia da Constituição depende, entretanto, de outro componente que os textos normativos não podem impor e de uma cultura constitucional, por meio de uma adesão da própria sociedade às normas constitucionais, que se identifique e lute pela sua aplicação.

5.3 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Outro pilar de sustentação da constitucionalização do direito privado se liga à eficácia dos direitos fundamentais, decorrente da força normativa desses direitos, que se irradiam por todo o sistema jurídico, fornecendo diretrizes para aplicação e interpretação do direito infraconstitucional.

Em uma acepção ampla, os particulares, juntamente com os órgãos estatais, estão sujeitos a essa força vinculante dos direitos fundamentais. Ao contrário do

¹³⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

direto português, em que há expressa menção à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais:

Na CF/1988, a exemplo do que ocorreu com o Poder Público, o texto constitucional nada dispôs sobre os particulares como destinatários dos direitos fundamentais. Mesmo assim, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, tal possibilidade – de os particulares serem também destinatários dos direitos – nunca foi, como tal, seriamente questionada.¹³⁹

A questão, contudo, que vem sendo mais discutida refere-se aos limites e às possibilidades de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Ainda que não se questione a possibilidade de os particulares serem destinatários desses direitos, há uma controvérsia a respeito do modo como ocorreria essa vinculação.

A doutrina oscila entre aqueles que defendem a teoria da eficácia mediata (indireta) e aqueles que apontam para uma eficácia imediata (direta), além de haver ainda uma posição que defende um caminho intermediário.

Sem adentrar nessas controvérsias, é relevante ressaltar que independentemente da forma pela qual se estenderão os efeitos das normas fundamentais em relação aos particulares, se mediata ou imediatamente, observa-se que entre as normas constitucionais e o direito privado não há um abismo e sim uma relação de complementaridade e de unidade, eis que ao se aplicar uma norma de direito privado também estará se aplicando a própria Constituição.¹⁴⁰

Vem prevalecendo a tese de que, em princípio, há uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais nas relações privadas, sem deixar de destacar que essa aplicação não é uniforme, exigindo soluções diferenciadas.

Em razão dessa ausência de uniformidade, muitos autores vêm se manifestando no sentido de que nas hipóteses de conflito entre direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada deve-se fazer uma análise focada nas circunstâncias específicas do caso concreto. Para isso, deve-se buscar uma

139 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

140 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20, n. 82, abr./jun.1987, p. 46.

aplicação da norma baseada na ponderação, à luz de uma concordância prática, de forma que não haja um sacrifício completo dos direitos fundamentais em jogo.¹⁴¹

O entendimento jurisprudencial brasileiro vem evoluindo nesse sentido de reconhecer a eficácia, até mesmo direta, dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas.

Cite-se, nesse sentido, o paradigmático acórdão do Supremo Tribunal Federal assegurando o exercício do direito de defesa a associado expulso da União Brasileira de Compositores:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO.

As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal.

A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus

¹⁴¹ Conforme sustentado por Ingo Sarlet em SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Nesse mesmo sentido, vide SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. *Ir.* SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*, p. 131-165.

sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88)." (STF, RE 201.819/RJ, Relatora Min. Ellen Gracie, Relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes, Data de julgamento 11.10.2005, 2ª Turma, DJ 27.10.2006).

Releva constatar, ainda, que, nos termos do voto vencedor (Min. Gilmar Mendes) e corroborando o quanto antes afirmado alhures, "Um meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas seriam as cláusulas gerais (Generalklausel) que serviriam de 'porta de entrada' (Einbruchstelle) dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado."

É importante admitir, portanto, que o problema da vinculação das relações particulares à eficácia dos direitos fundamentais vem ganhando bastante relevância, independentemente do direito fundamental em jogo, sustentando o próprio movimento de constitucionalização do direito privado.

5.4 TEORIA DA NORMA E DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

A fim de que a efetividade constitucional atingisse o direito privado e possibilitasse a conformação do direito infraconstitucional com normas constitucionais, os princípios, antes compreendidos como fundamentos para as normas e não como disposições efetivas, passaram a ter força normativa, vinculando os seus destinatários.

A ausência de regras, diante desse novo cenário, não impediria a aplicação direta dos princípios ao caso concreto, abandonando-se o entendimento de que os princípios seriam meros ideais sem eficácia jurídica.

Para isso os princípios passaram a ser traçados como normas que permitiam a interferência tanto no processo de criação quanto no de interpretação do direito, independentemente de concretização legislativa.

Segundo o jurista Paulo Lôbo:

(...) a compreensão revolucionária que se deu nas últimas décadas, com relação ao princípio, foi de tirá-lo do ostracismo, da supletividade a que era relegado pela lei de Introdução e pô-lo no ápice do sistema jurídico. Portanto, hierarquicamente, os princípios estão acima das leis ordinárias, acima de qualquer

*código e toda norma ao ser aplicada não pode ferir ou malferir um princípio constitucional.*¹⁴²

Adotou-se, nesse contexto, uma nova hermenêutica jurídica, em razão da necessidade de resolver tensões entre princípios constitucionais colidentes, marcados por um grande pluralismo axiológico. Deu-se espaço, nesse contexto, ao desenvolvimento da técnica da ponderação, com a utilização habitual do princípio da proporcionalidade no âmbito judicial.

Para legitimar tais decisões, no âmbito de uma sociedade plural e complexa, desenvolveram-se diversas teorias da argumentação jurídica, que passaram a empreender uma leitura moral do Direito, tendo como centralidade os direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética.¹⁴³

Nesse cenário, a clássica separação de poderes, com rígidos limites à atuação do Judiciário, cedeu lugar a um maior protagonismo judicial em defesa de valores consagrados na Constituição. Por outro lado, passou-se a defender restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, com a possibilidade de fiscalização por juízes não eleitos.¹⁴⁴

5.5 REALIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana foi tratada na Constituição de 1988, no título dos princípios fundamentais, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

A expressão dignidade “é empregada seja como uma forma de comportar-se seja como atributo intrínseco da pessoa humana; neste último caso, como um valor de todo ser racional, independentemente da forma como se comporte”, e é com este segundo sentido que a Constituição tutela a dignidade da pessoa humana como fundamento.¹⁴⁵

142 LÔBO, Paulo. Metodologia do direito civil constitucional. *Tr.* RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski *et al.* (org.). Direito civil constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p.24.

143 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

144 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

145 SILVA, Jose Afonso da. “A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia”. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 212 (abr./jun., 1998), p.93.

Nesse contexto, todos os ramos do direito assumem um compromisso valorativo com a realização da dignidade humana, considerado como princípio fundamental e valor supremo do sistema.

Esse reconhecimento da fundamentalidade do princípio da dignidade humana se reflete tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que vem dando aplicação concreta ao princípio em diversas matérias.

A dignidade da pessoa humana é amplamente invocada inclusive nos julgados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em que a dignidade age como parâmetro para interpretação e aplicação do direito constitucional e infraconstitucional, notadamente em casos que se referem à proteção e à promoção dos direitos fundamentais.

A consagração da dignidade humana, diante desse contexto, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais e ao sistema jurídico, que vem provocando uma interpretação de toda a ordem jurídica em conformidade com tal valor.¹⁴⁶

6 OBJEÇÕES

Em razão da supremacia constitucional e demais parâmetros acima tratados, esse movimento de constitucionalização, iniciado no Brasil especialmente após a Constituição de 1988, passou a entender que a Constituição deveria desempenhar e garantir a unidade do direito privado através dos valores nela consagrados.

O fenômeno, diante dessas bases, propõe a superação da dicotomia entre público e privado e a funcionalização dos institutos de direito privado, de modo a atender os fins sociais.

Não há como negar que o movimento possui grande êxito na história do constitucionalismo brasileiro, com influência tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Esse triunfo se deve especialmente à discrepância entre os valores previstos na Constituição de 88 e as bases tradicionais em que se sustentava o direito privado.

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

A grande relevância e adesão ao fenômeno da constitucionalização não o torna, contudo, imune à constatação de certos exageros, que circundam um arriscado caminho que conduz a uma falta de cientificidade, essencial a uma ciência jurídica.

Buscar-se-á expor, nesse contexto, os principais aspectos do movimento sujeitos a possíveis aperfeiçoamentos.

6.1 AUMENTO DE HARD CASES

A escolha metodológica feita pelo movimento de constitucionalização do direito privado exige que as decisões judiciais devam ser coerentes com a tábua axiológica prevista na Constituição, razão pela qual se deve fazer um controle de conformidade constitucional em cada caso.

Nesse sentido, Bodin de Moraes diz que:

*(...) a leitura da legislação infraconstitucional deve ser feita sob a ótica dos valores constitucionais. Assim, mesmo em presença de aparentemente perfeita subsunção a uma norma de um caso concreto, é necessário buscar a justificativa constitucional daquele resultado hermenêutico.*¹⁴⁷

Assim, todas as decisões judiciais devem ser baseadas em normas constitucionais, mesmo que exista regra infraconstitucional regulamentando, de modo que haja uma verificação da resposta oferecida pelas regras com os princípios constitucionais.

Esse comportamento, contudo, provoca um aumento exponencial de casos difíceis, eis que demandas simples muitas vezes se tornam complexas, em razão da colisão de princípios constitucionais decorrente da concretização constitucional.

A centralidade e a superioridade da Constituição, segundo Fernando Leal, conduzem a uma decisão jurídica bastante problemática ao associar os seguintes elementos: o aumento de variáveis ao processo decisório, a justificação até dos mais rarefeitos compromissos constitucionais e um particularismo decisório¹⁴⁸.

A conjugação desses fatores, além de aumentar a complexidade do processo decisório, dificulta a visualização da fronteira entre casos fáceis e difíceis, uma vez

¹⁴⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*. Texto disponível em: <https://pt.scribd.com/document/54647454/A-Caminho-de-Um-Direito-Civil-Constitucional>. Acesso em: 06 de nov. de 2020.

¹⁴⁸ LEAL, Fernando. Seis Objeções ao Direito Civil Constitucional. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 91/150, mai./ago., 2020, p. 132.

que, no processo de conformidade constitucional, manipula-se não apenas o direito infraconstitucional, mas também referenciais vagos, como dignidade humana e função social.

Nesse processo de buscar uma justificativa constitucional, é preciso, entretanto, também localizar todas as normas constitucionais aplicáveis ao caso e não apenas a parte que possa ser útil. No caso da Constituição brasileira, que rege uma sociedade complexa e plural, é necessário reconhecer que os pontos de tensão refletem uma realidade comum nessa harmonização das normas constitucionais.

Identificadas as normas cabíveis, é preciso que haja ainda, antes da própria concretização constitucional, uma fixação do sentido das normas que se pretende aplicar ao caso concreto.

Cabe esclarecer que, nesse processo de aplicação do direito, uma norma constitucional não tem superioridade sobre a outra, eis que “as regras e os princípios desempenham funções diferentes, não se podendo falar, portanto, em primazia de uma norma sobre outra”¹⁴⁹.

A decisão com base em regras tem a função de reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. De acordo com Humberto Ávila, “num conflito, efetivo ou aparente, entre uma regra constitucional e um princípio constitucional, deve vencer a regra”, eis que

a descrição daquilo que é permitido, proibido ou obrigatório diminui a arbitrariedade e a incerteza, gerando ganhos em previsibilidade e em justiça para a maior parte dos casos. Em vez de deixar aberta a solução para uma ponderação posterior a ser feita pelo aplicador, o próprio Constituinte, quando tratou de direitos e garantias, da organização do Estado e dos Poderes, da defesa do Estado e das instituições democráticas, da tributação e do orçamento, da Ordem Econômica e Social, decidiu, na maior parte dos casos, fazer uma ponderação pré-legislativa, definindo, atribuindo, delimitando ou reservando fontes, autoridades, procedimentos, matérias, instrumentos e direitos que, se tivessem sua definição e aplicação vinculadas a

149 ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, nº 17, 2009, p. 3. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2014.

*uma ponderação horizontal destinada a atribuir-lhes algum peso, talvez terminassem sem peso algum.*¹⁵⁰

No caso de regra infraconstitucional, o aplicador apenas deve deixar de aplicar a regra se ela for inconstitucional, não se deve abster de aplicá-la somente por não concordar com a consequência dela advinda.

Casos, portanto, que poderiam ser resolvidos com a aplicação da regra infraconstitucional, são analisados, à luz da constitucionalização, considerando inúmeras variáveis até encontrar a solução adequada. Tal particularismo decisório aumenta o número de casos difíceis, conduzindo a decisões diversas e, por conseguinte, colocando em risco a segurança jurídica, já que situações iguais podem ter decisões diversas.

O que se nota é que, em grande número de decisões, desprezam-se as regras e acaba-se valendo de sentimento pessoal de justiça do julgador, desprezando o sistema jurídico vigente.

6.2 CARÊNCIA DE MÉTODO

A partir da orientação seguida pelo movimento de constitucionalização, que propõe a aplicação dos princípios constitucionais independentemente da existência de regra válida aplicável ao caso concreto, a ponderação passa a ser a técnica preponderante para aplicação do sistema jurídico.

Além do aumento considerável do número de casos difíceis, a ponderação dos princípios, diante de sua amplitude conceitual, conduz a um processo decisório carregado de alta carga de subjetividade.

Esse caminho do sopesamento, ainda que possa representar uma versatilidade na tomada de decisões, desejada na colidência de princípios, pode conduzir à imposição de posicionamentos ideológicos do julgador ou até mesmo justificar uma ausência de argumentação, abstraindo-se da objetividade jurídica que se espera do sistema.

A fim de exemplificar essa elasticidade, Virgílio Afonso da Silva apresenta as ideias de Bockenforde no sentido de:

o sopesamento é a saída fácil para se obter qualquer resposta que se queira. Um dos exemplos usados por Böckenförde ilustra bem isso. Segundo ele, nas provas que aplicava a seus

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 4.

*alunos, se algum problema tivesse que ser resolvido por meio da máxima da proporcionalidade, seus alunos sentiam-se seguros de ter elaborado uma resposta correta sempre que chegavam na terceira etapa - a do sopesamento -, porque sentiam que, neste ponto, qualquer resposta seria justificável*¹⁵¹.

Ao abrir o leque de possibilidades de decisões, os princípios manuseados sem critérios metodológicos oferecem grande risco à garantia dos direitos fundamentais. Mais que ferir os próprios valores constitucionais, como a igualdade, a democracia e a segurança jurídica, as normas constitucionais podem ser instrumentalizadas no sentido de concretizar as ideias particulares de cada julgador, caindo em um subjetivismo indesejado na aplicação do direito.

De acordo com Humberto Ávila:

*Aceita a tese de que os princípios constitucionais devem ser ponderados sempre que puderem servir de fundamento para uma dada decisão, e feita a constatação banal de que, dada a sua abrangência, eles sempre poderão cumprir tal desiderato, perder-se-á, conseqüentemente, parte-se substancial da normatividade do Direito*¹⁵².

Ao se permitir que a ponderação seja feita pelo Poder Judiciário, sem a fixação prévia e antecipada de critérios para sua aplicação, privilegia-se um efeito surpresa ao destinatário da norma, que não pode identificar qual seria o comportamento exigido antes da aplicação da norma ao caso concreto.

Para que se evite esse subjetivismo e se mantenha o caráter orientador do direito, é necessário que sejam fixados critérios objetivos para aplicação do direito, observando-se determinadas balizas.

Inicialmente, deve-se verificar se há regra constitucional a ser aplicada ao caso concreto. Diante da existência de normatização definida por órgão competente,

¹⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). Direito e interpretação: racionalidades e instituições. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 365.

¹⁵² ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, nº 17, 2009, p. 9. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 01/10/2014.

não pode o juiz desconsiderar a opção realizada pelo Poder Constituinte para concretizar a decisão que entender ser a melhor ou a mais adequada à hipótese.

Isso não impede, à luz do art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que o juiz faça uma interpretação no sentido de atender aos fins constitucionais, dentro dos sentidos permitidos pela norma, e orientado pelos princípios constitucionais.

Na ausência de regra constitucional aplicável ao caso, há que verificar se houve a fixação, dentro da própria Constituição, de regras que delimitam a competência do legislador infraconstitucional. Diante do estabelecimento de norma infraconstitucional pelo Poder Legislativo, o aplicador do direito deve dela se valer, desde que válida perante o ordenamento jurídico.

Constatada a inexistência de regra constitucional ou infraconstitucional que se aplique ao caso, ou mesmo diante de regra legal inconstitucional, caberá ao aplicador proceder à ponderação dos princípios constitucionais eventualmente colidentes a fim de concretizar a norma e resolver a demanda posta ao Juízo. Ainda assim, ao realizar o sopesamento é necessário esclarecer os princípios utilizados e, após, fundamentar a ponderação. Para realizar essa justificação é preciso responder os seguintes pontos:

(i) a razão da utilização de determinados em detrimento de outros; (ii) os critérios empregados para definir o peso e a prevalência de um princípio sobre outro e a relação existente entre esses critérios; (iii) o procedimento e o método que serviram de avaliação e comprovação do grau de promoção de um princípio e o grau de restrição de outro; (iv) a comensurabilidade dos princípios cotejados e o método utilizado para fundamentar essa comparabilidade; (v) quais os fatos do caso que foram considerados relevantes para a ponderação e com base em que critérios eles foram juridicamente avaliados¹⁵³.

Ainda que se obedeça a tais parametrizações, é preciso estar ciente de que “não existe método totalmente objetivo, no sentido mais forte da palavra, isto é, em um sentido que pressuponha uma completa exclusão da subjetividade na aplicação

153 ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, nº 17, 2009, p. 12. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 01/10/2014.

do direito”¹⁵⁴. Por isso, ao invés de se falar em ônus da prova, fala-se em ônus argumentativo.

Em busca de alcançar a maior objetividade possível, Virgílio Afonso da Silva propõe um escalonamento na relação entre a realização de um direito e a concretização de outro.

Um primeiro passo seria não se contentar com argumentos frágeis, tipo “prefiro isso, prefiro aquilo”¹⁵⁵. Ao utilizar-se do escalonamento e se desincumbir do ônus argumentativo, com o esclarecimento quanto aos critérios utilizados para as escolhas feitas para a tomada de decisão, pode-se até discordar da justificativa, contudo, há a oportunidade de analisar que determinado argumento foi levado em consideração e identificar qual foi determinante para a condução daquele resultado, permitindo o diálogo e o controle da decisão.

Outro passo é esclarecer, nesse processo de fundamentação, as premissas teóricas das quais se parte para solucionar os casos que envolvem direitos fundamentais.

Um exemplo interessante nesse sentido é o caso *Ellwanger*, julgado pelo STF no Habeas Corpus 82.424. Caso se parta da premissa de que a liberdade de expressão, como direito fundamental *prima facie*, tem maior fundamentalidade do que os outros direitos, há a possibilidade de se justificar que a pessoa publique o que entender, não importa o conteúdo.

Neste caso específico, observa-se a falta de estabelecimento de premissas teóricas, já que, apesar de alguns Ministros terem utilizado o mesmo método – a proporcionalidade, chegaram a conclusões diversas. Alguns entenderam pela maior liberdade de imprensa, ao admitir os livros publicados por *Ellwanger*, que negava o holocausto; enquanto outros Ministros, cujo entendimento restou vencedor, votaram pela restrição da liberdade de expressão, sob a justificativa de que este direito não poderia legitimar discursos de ódio.

154 SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 367.

155 SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 370.

Ainda a respeito da aplicação do direito à liberdade de expressão, no julgamento proferido pelo STF referente à publicação de biografias não autorizadas¹⁵⁶, o Plenário deu prioridade ao direito à liberdade de imprensa ao decidir que é inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais.

Embora esteja associada a um certo grau de subjetivismo, a escolha por determinada teoria dos direitos fundamentais, ou seja, do ponto de partida, é um movimento importante também para garantir o diálogo e o controle nos julgamentos.

Para que seja garantida a objetividade no processo de ponderação e, por conseguinte, resguardada a previsibilidade e a segurança, Virgílio Afonso da Silva elenca outros dois aspectos fundamentais: respeito a precedentes e controle social¹⁵⁷.

O respeito às decisões judiciais adotadas para casos semelhantes conduz a uma menor subjetividade do julgador ao realizar a ponderação e um maior ônus argumentativo. Segundo o autor, “um sopesamento que leva em consideração apenas o texto constitucional sempre tenderá a ser mais subjetivo se comparado a um sopesamento que inclua, como variável fundamental, a história jurisprudencial e os precedentes judiciais”¹⁵⁸.

O controle social é outro aspecto relevante para garantir a coerência e a consistência das decisões judiciais. Aqui se fala do controle exercido por todos, notadamente pela comunidade acadêmica e jurídica e pela imprensa, que concede mais transparência e objetividade, impedindo decisões carregadas de parcialidade.

A observância desses aspectos metodológicos, no processo de sopesamento, é necessária para que se possa fugir do subjetivismo e alcançar a objetividade possível na aplicação das normas constitucionais.

6.3 BANALIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Como um dos pilares de sustentação do movimento de constitucionalização, a dignidade da pessoa humana passou a ser um dos fundamentos para aplicação e

¹⁵⁶ Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815.

¹⁵⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 375.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 377

funcionalização dos institutos de direito privado, notadamente no âmbito do direito civil.

Nesse sentido, o princípio da dignidade humana exerce relevante função no sentido de propiciar uma interpretação extensiva, *v.g.*, de direitos da personalidade, bem como uma compreensão alargada do conceito de família.

Contudo, a amplitude conceitual da expressão, conjugada com a dificuldade de aplicação de uma metodologia adequada, confere à dignidade humana um sentido vazio, eis que “ela está em todo o lugar, mas não se sabe o que ela significa; ela serve para explicar tudo, mas incapaz de orientar efetivamente processos de interpretação e aplicação do direito privado”¹⁵⁹.

Ademais, os aplicadores da norma não se veem preocupados com a adoção de uma metodologia que vise à identificação de um sentido preciso para a expressão.

Não há como negar a relevância e o engajamento para aplicação da garantia da dignidade humana, mas a sua conformação não decorre diretamente do seu reconhecimento. Especialmente diante de uma ordem constitucional complexa, que consagra valores plurais para reger uma sociedade complexa, a dignidade humana pode até mesmo servir para justificar decisões em sentidos opostos em um mesmo conflito.

Assim ocorreu com a decisão proferida pelo STF no caso que envolvia aborto de anencéfalos. Tanto os Ministros que eram favoráveis à interrupção extemporânea da gravidez, quanto aqueles que eram contrários a ela, invocavam, em defesa das respectivas posições, de modo enfático, o princípio da dignidade humana¹⁶⁰.

A utilização retórica da expressão e sem fixação de balizas acarreta, além da banalização da dignidade humana, a sua utilização para justificar, na realidade, uma ausência de fundamentação, o que acaba provocando um efeito inverso do que se pretende, ao esvaziar sua força normativa.

6.4 EXCESSO DE PATERNALISMO ESTATAL

¹⁵⁹ LEAL, Fernando. Seis Objeções ao Direito Civil Constitucional. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 91/150, mai./ago., 2020, p. 141.

¹⁶⁰ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 foi julgada procedente pelo STF para declarar a inconstitucionalidade da interpretação no sentido de que a interrupção de gravidez de fetos anencéfalos é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II do Código Penal.

A premissa teórica de fixar um ponto de partida para aplicação dos direitos fundamentais e da dignidade humana se relaciona com um eventual grau de paternalismo do próprio Estado.

Quanto mais paternalista for uma teoria dos direitos fundamentais, mais restrita se apresenta a autonomia privada. Há um deslocamento do protagonismo do indivíduo para o Estado.

A dignidade como centro em torno do qual deve gravitar os direitos fundamentais exige reconhecimento, preservação e fomento por parte do Estado, especialmente por parte do Poder Judiciário, que tem o ônus de realizar a conformidade constitucional exigida pelo movimento da constitucionalização.

Esse paternalismo se torna arriscado para a autonomia do indivíduo a partir do momento em que o Estado passa a substituir os cidadãos nas suas próprias escolhas.

A coibição, por parte do Estado, de condutas do indivíduo sobre si mesmo que lhe produziram resultados danosos, como a proibição de disposição do próprio corpo prevista no art. 13 do Código Civil, representa um viés de paternalismo fraco que é aceitável.

O reconhecimento de níveis de paternalismo, entretanto, não elimina a necessidade do estabelecimento de "(i) critérios materiais sobre a aceitabilidade de assunções voluntárias de riscos ou danos efetivos, (ii) presunções sobre o exercício consciente da vontade e (iii) regras de distribuição de ônus de prova capazes de definir os limites para a implementação de regulações paternalistas"¹⁶¹.

Não se observa, contudo, no desenrolar do movimento de constitucionalização, uma preocupação especialmente com um paternalismo forte, que conduz a uma restrição da liberdade para realização da dignidade humana e dos direitos fundamentais.

Diante da dificuldade metodológica vista acima para aplicação dos princípios constitucionais, o paternalismo forte passa a ser incentivado pelo fenômeno da constitucionalização, que, ao longo do tempo, acaba restringindo a capacidade dos indivíduos de agirem como seres autônomos e donos das próprias escolhas.

6.5 PROTAGONISMO JUDICIAL

¹⁶¹ LEAL, Fernando. Seis Objeções ao Direito Civil Constitucional. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 91/150, mai./ago., 2020, p. 147.

Em um contexto de conformação constitucional das demandas levadas ao Judiciário e de priorização dos princípios sem a adoção de critérios metodológicos, a adoção de uma nova forma de interpretação jurídica pelo movimento da constitucionalização conduz o Juiz a um papel decisivo no sentido de determinar a resposta constitucional mais adequada ao caso concreto.

Esse protagonismo judicial, decorrente da ausência de textualismo, conjugado com falta de balizas metodológicas e a banalização da dignidade humana, provoca um particularismo decisório, em detrimento da atividade do Legislativo.

Desviando-se da conformidade atribuída aos Poderes pela Constituição e do processo político democrático, o legislador, à luz das premissas do fenômeno da constitucionalização, vem perdendo sua autonomia, tendo sua atuação limitada à constatação do que foi fixado na Constituição.

A relevância do legislador passa a ser atenuada ao se dar prevalência a decisões construídas pelo próprio Judiciário para solucionar casos concretos em busca de conformidade com a Constituição, ainda que as opções legislativas sejam constitucionais.

Observa-se, na prática corriqueira, que “as decisões legislativas, como as disposições do Código Civil, só são vinculantes quando exteriorizam o que o magistrado entende ser a melhor resposta constitucional para o problema”¹⁶².

Constitui um cenário no qual o legislador possui pequena margem de conformação e o Judiciário assume o papel de controlador da qualidade das decisões legislativas.

As decisões judiciais passam a sobrepor as opções legislativas, já que a prática vem demonstrando que os textos legais muitas vezes funcionam apenas como um elemento utilizado pelos Juízes para construir decisões particularizadas para cada caso.

Entretanto, essas concepções radicais,

que endossem a opção por um “governo de juízes” ou que aplaudam o decisionismo judicial, alimentado por uma invocação emotiva e pouco fundamentada de princípios e valores constitucionais, devem, ser evitadas, porque incompatíveis com o ideário do constitucionalismo. Tampouco se deve respaldar a hiperconstitucionalização do Direito, que

¹⁶² LEAL, Fernando. Seis Objeções ao Direito Civil Constitucional. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 91/150, mai./ago., 2020, p. 149.

*suprima o espaço necessário para o desenvolvimento da política majoritária.*¹⁶³

A constitucionalização do direito levada a extremos, de modo a desconsiderar regras ainda que válidas, proporciona um ambiente propício para a criação de padrões de comportamento em cada caso, subvertendo as regras de competência fixadas na Constituição.

7 CONCLUSÃO

A constitucionalização do direito, notadamente no âmbito privado, é um movimento de grande repercussão no mundo, que visa à aplicação do direito infraconstitucional sob a ótica da Constituição.

Suas características se tornaram mais evidentes especialmente a partir da segunda guerra mundial, momento no qual se buscou implementar uma leitura moral dos institutos jurídicos, direcionados pela dignidade da pessoa humana como mandamento nuclear do sistema jurídico.

No Brasil, essa perspectiva de constitucionalização da ordem jurídica ficou mais evidente com a redemocratização do país e a promulgação da Constituição de 1988. Além da previsão de uma extensa gama de direitos voltados para a consagração da dignidade humana, foram adotadas novas técnicas para aplicação e para interpretação do direito à luz da Constituição.

A boa intenção e o sucesso da teoria, que arrebanha inúmeros adeptos, não impede, contudo, a identificação de práticas que dela decorrem e que colocam em risco importantes balizas que se deve ter para a aplicação do direito ao caso concreto, sobretudo aquelas voltadas ao resguardo de um julgamento objetivo e previsível, necessário para garantia do Estado Democrático de Direito.

A exigência de conformação com os princípios constitucionais, independentemente da existência de regras válidas, e a carência de método para aplicação de normas principiológicas, além de provocar um aumento de casos difíceis, desemboca em um campo subjetivo indesejado para a aplicação do direito.

Tais práticas conduzem a uma banalização do princípio da dignidade da pessoa humana, que em grande parte das vezes serve para justificar qualquer decisão

¹⁶³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

e, ao mesmo tempo, é utilizado como forma de encobrir uma ausência de fundamentação.

Essa sistemática vem acompanhada de uma sobreposição do Poder Judiciário sobre os demais Poderes, em desequilíbrio à separação imposta pela Constituição para a busca de um bom desempenho do papel das instituições.

As críticas, entretanto, não visam à retirada da grandeza e da importância do movimento; pretende-se, na realidade, apresentar pontos essenciais que podem colocar em risco a aplicação objetiva e previsível do direito, diante da ausência de parâmetros para aplicação dos compromissos constitucionais.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, nº 17, p. 1-19, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2014.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito* (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 04/08/2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

LEAL, Fernando. Seis Objeções ao Direito Civil Constitucional. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 91/150, mai./ago., 2020.

LÔBO, Paulo. Metodologia do direito civil constitucional. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski *et al.* (org.). *Direito civil constitucional*: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p.24.

LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: RT, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito*. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007.

_____. *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*. Texto disponível em: <https://pt.scribd.com/document/54647454/A-Caminho-de-Um-Direito-Civil-Constitucional>. Acesso em: 06 de nov. de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil*: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes *et al.* As novas faces do ativismo judicial. Salvador: *Juspodivm*, 2011.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*: balanço e crítica. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p. 131-165.

SILVA, Jose Afonso da. "A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia". *Revista de Direito Administrativo*, v. 212 (abr./jun., 1998), p.89.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 82, p. 41-52, 1987.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). *Direito e interpretação*: racionalidades e instituições. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 363-380.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitário do ordenamento. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/hermeneutica-constitucional-e-sumula-vinculante-normas-constitucionais-e-direito-civil-na-construcao-unitaria-do-ordenamento>. Acesso em: 29 out. 2020.

_____. O Direito Civil Constitucional e suas Perspectivas Atuais. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo*. Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, p. 356-371, 2008.

QUINZE ANOS DE VIGÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA

RENATO RAFAEL DE BRITO FELL: Bacharel em Direito, Bacharel em Ciências Militares, Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal, Pós-graduado em Direito Militar, Pós-graduado em Maçonologia, História e Filosofia, MBA em Gestão e Inteligência de Segurança Pública, MBA em Segurança e Defesa Cibernética, Oficial do Quadro Oficiais de Estado Maior da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul.

RESUMO: O presente artigo visa analisar o ocorrido durante os quinze anos de vigência da Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006, popularmente conhecida como lei Maria da Penha. É resultado de uma pesquisa de revisão bibliográfica, do tipo descritiva e qualitativa, realizada por meio de mecanismos eletrônicos e ferramentas de busca, diretamente em repositórios de publicações acadêmicas, periódicos especializados e bibliotecas eletrônicas de órgãos governamentais. O questionamento norteador da pesquisa é o que mudou ao longo dos quinze anos de aplicação da Lei Maria da Penha no país. O objetivo geral é descrever as providências tomadas e a atual situação de proteção à mulher a partir da promulgação da lei. O artigo apresenta um extrato da lei Maria da Penha, um apanhado das políticas públicas e iniciativas do Estado no sentido de proteção à mulher e os movimentos da sociedade civil em busca da mudança da cultura misógina e de violência contra a mulher. O estudo constatou diversas iniciativas e práticas positivas a partir da promulgação da referida lei para garantir proteção e respeito às mulheres, um aprofundamento na discussão do conteúdo, adensamento das análises acadêmicas sobre o assunto e movimentos sociais no sentido educacional acerca da temática. No entanto, fica claro que estamos distantes de uma realidade ideal de respeito e proteção à mulher no Brasil. O número da violência contra a mulher situa-se em patamares preocupantes e inadmissíveis. Foi constatado que as políticas públicas e iniciativas educacionais de enfrentamento do problema estão concentradas nos grandes centros e nas capitais, sendo pouco difundidas – a aplicadas – nas cidades menores e áreas rurais.

Palavras-chave: Mulher. Proteção da Mulher. Maria da Penha. Violência doméstica.

ABSTRACT: This article has as its theme the analysis of the application of Law nº 11.340, of August 7, 2006, as well-known law Maria da Penha. In the last 15 years. It is the result of a bibliographic review research, of the descriptive and qualitative type, carried out through electronic mechanism and search tools, directly in repositories of

academic publications, specialized journals and electronic libraries of government agencies. The guiding question of the research is what was changed in these 15 years of the Maria da Penha Law? And the general objective is described as a step back and the current situation of protection for women since the enactment of the law. The article presents a summary of the Maria da Penha law, an overview of public policies and State initiatives in the sense of protecting women and the movements of society also in the direction of changing the macho culture and violence against women. The research found many positive initiatives and practices from the enactment of the law to guarantee protection and respect for women, a deepening in the discussion of the topic, a thickening of academic research on the topic and movements in education about the topic as well. However, it is also clear that it is still a long way from an ideal reality of respect for women in Brazil and that the number of violence against women is at an all-time high and unacceptable. It was also noted that as policies and initiatives to face the problem have not been internalized and are concentrated in large cities and capitals.

Keywords: Woman. Women Protection. Maria da Penha. Domestic Violence.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Quinze Anos da Lei Maria Da Penha. 2.1 A Lei Maria da Penha. 2.2 As ações do Estado no cumprimento da Lei Maria da Penha. 3. Considerações Finais. 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em agosto de 2021 a Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, completará quinze anos de vigência, e este acontecimento foi a inspiração e a motivação para realizar a pesquisa e redigir este texto. Ciente das devidas proporções e possibilidades, este artigo apresenta um balanço, por certo não exaustivo, do quanto se avançou no sentido de reprimir a violência contra a mulher no Brasil desde a promulgação da referida lei.

A lei Maria da Penha cita-se:

Criam-se mecanismos para coibirem 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. (BRASIL, Lei 11.340. 2006).

Em virtude do cenário atual, surgiu o problema norteador da pesquisa: o que mudou nestes quinze anos de aplicação da Lei Maria da Penha. O objetivo é compreender se efetivamente as mulheres estão mais seguras pela aplicação efetiva da lei, quais foram os mecanismos criados de proteção, se realmente estão funcionando com eficiência e verificar se a violência contra a mulher diminuiu ou aumentou ao longo desses anos.

De acordo com a ideia, foi estabelecido o escopo de relatar as providências tomadas e a atual situação de proteção à mulher a partir da promulgação da lei. Para responder à questão norteadora e cumprir com o objetivo da pesquisa foi empreendida uma revisão bibliográfica, em fontes primárias, legislação e em fontes secundárias, livros, artigos e publicações científicas.

A análise bibliográfica foi realizada por meio de dispositivos eletrônicos e ferramentas de busca como Scientific Electronic Library Online (SciELO), diretamente em repositórios de publicações acadêmicas, periódicos especializados e bibliotecas eletrônicas de órgãos governamentais. A busca foi feita direta e pontualmente sobre o tema da pesquisa, destacando as providências tomadas pelo Estado para a proteção da mulher e diminuição da violência ao longo destes 15 anos da Lei 11.340/06.

Outros aspectos pesquisados foram os movimentos da sociedade a partir da promulgação da lei no sentido do respeito à mulher e os registros de casos de violência após a promulgação da lei, comparativamente ao período anterior a esta legislação. Desta forma foi possível visualizar o quadro geral da eficácia da lei e da real situação da mulher na sociedade brasileira com relação à violência, da qual é historicamente alvo, bem como o quanto ainda há para ser feito.

Tendo em conta a preocupação presente na iniciativa de escrever este artigo são os recorrentes casos de feminicídio no Brasil. Segundo o IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito da Família, somente no primeiro semestre de 2020 foram assassinadas, no Brasil, por questões de gênero, 648 mulheres. Este número indica um aumento de 1,9% em relação ao mesmo período de 2019, conforme dados divulgados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (IBDFAM, 2020, online).

Pode se afirmar que nestes e outros exemplos, é fundamental e urgente uma mudança na cultura, misógina e patriarcal dos brasileiros, por meio de iniciativas educacionais, para que as relações de gênero, a compreensão e o posicionamento do homem em relação à mulher possam então ser modificados.

Por certo, o tema aborda as medidas tomadas pelos órgãos competentes, a questão do acolhimento às vítimas das medidas protetivas, fala ainda sobre o

respeito à mulher e cita algumas iniciativas como a Patrulha Maria da Penha e a Sala Lilás e alguns números e dados, devidamente comentados nas considerações finais.

2. QUINZE ANOS DA LEI MARIA DA PENHA

Após quinze anos de vigência de uma lei feita especificamente para amparar as mulheres da impetuosidade, daquele tipo de violência motivada por questão de gênero, é interessante buscar entender quanto nossa sociedade conseguiu evoluir neste sentido, e como se constituiu nestes quinze anos a guarida às mulheres vítimas de violência. Importante analisar quais foram as medidas tomadas e as iniciativas do poder público para proteger as mulheres e o que diz efetivamente a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha.

Serão abordados alguns pontos determinantes para o discernimento do que foi realizado, em que ponto já evoluímos, e o que ainda nos resta implementar.

2.1 A lei Maria da Penha

A lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, provavelmente seja uma das legislações mais difundidas no país, e ainda assim, ao discorrer sobre ela, não se pode deixar de especificar sua genealogia e principalmente a origem deste nome.

De acordo com Alves (2018, A Lei Maria da Penha Completo), Maria da Penha Fernandes era uma farmacêutica, casada com um professor universitário, Marco Antônio Herendia Viveiros. Em 1983, após a primeira tentativa de homicídio contra ela, em que seu marido desferiu um tiro de espingarda em suas costas enquanto ela dormia, Maria da Penha ficou paraplégica. Ainda no período de recuperação, alguns meses depois, Marco Antônio faz sua segunda tentativa de homicídio, empurrando-a da cadeira de rodas e tentando eletrocutá-la no chuveiro. Embora, a investigação do caso tenha sido iniciada em junho do mesmo ano da segunda tentativa de homicídio, a denúncia só foi apresentada no ano seguinte. O primeiro julgamento só ocorreu após 8 anos, mas em 1991 os advogados de Marco Antônio conseguiram anular o julgamento. Em 1996, Viveiros foi condenado a 10 anos de prisão, mas seus advogados recorreram e depois de 15 anos ainda não havia uma decisão da justiça brasileira. Maria da Penha, com ajuda de ONGs, como o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), obteve êxito em conduzir o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, em 1998, Marco Antônio Herendia Viveiros foi preso. O Estado brasileiro foi condenado, em 2001, por negligência e omissão em relação à violência doméstica, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e uma das punições foi a recomendação para a concepção de uma norma específica sobre a violência doméstica, criada finalmente em 2006.

A regulamentação diz no caput do Artigo 1º da Lei 11.340/2006 diz o seguinte:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir 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 Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. (BRASIL, LEI 11.340/2006).

A legislação possibilita e incentiva a produção de instrumentos para coibir e prevenir a violência contra a mulher. Pontualmente o que se pretende analisar é quais foram os mecanismos criados e se realmente garantem a segurança das mulheres. Merece destaque os termos como “prevenir”, “eliminar” e “erradicar” “todas as formas de violência contra a mulher”.

A lei Maria da Penha assegura à mulher garantias essenciais à pessoa humana, independentemente de suas escolhas ou condições pessoais, e preserva todos os direitos sociais, liberdades individuais e autonomia, conforme (Art. 2º e 3º da Lei 11.340/2006). Ainda nas disposições preliminares, o Estado se compromete a criar mecanismos que garantam tais direitos às mulheres, protegendo-as de discriminação, violência, negligência, exploração, crueldade e opressão, dividindo com a família e sociedade este compromisso.

A violência contra a mulher é configurada nesta lei como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”, cometida no âmbito de relações familiares e afetivas, independente da orientação sexual (Art. 5º Lei 11.340/2006). São formas de violência contra a mulher, portanto, a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, conforme o Art. 7º Lei 11.340/2006.

Para o enfrentamento do problema, a lei estabelece a ação conjunta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no âmbito das políticas públicas, e de ações não-governamentais, que visem iniciativas na área de segurança pública, estudos e pesquisas, respeito nos meios de comunicação, atendimento especializado pelas polícias, campanhas educativas e de conscientização, capacitação de policiais e presença do tema nos currículos escolares em todos os níveis de ensino.

O Capítulo I da lei traz as disposições gerais do regramento e o Capítulo II explicita a forma de ação do poder público na assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar, que será prestada de forma articulada conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.

Já o Capítulo III discorre sobre a forma do atendimento por parte da autoridade policial e seu art. 10º diz que “Na hipótese da iminência ou da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência adotará, de imediato, as providências legais cabíveis”. A mulher tem direito a atendimento especializado, preferencialmente por profissional do sexo feminino, que deverá ter garantia de proteção policial, se for o caso, encaminhamento para atendimento hospitalar, torná-la ciente dos seus direitos, expressos na lei:

Art. 12-A. Os Estados e o Distrito Federal, na formulação de suas políticas e planos de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, darão prioridade, no âmbito da Polícia Civil, à criação de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (Deams), de Núcleos Investigativos de Femicídio e de equipes especializadas para o atendimento e a investigação das violências graves contra a mulher. (BRASIL, Lei 11.340/2006, Art. 12).

Como se pode observar, a Lei estabelece normas sobre o andamento do processo, julgamento e execução de causa cível e criminal nos casos de violência contra a mulher, tanto em relação ao juizado, como em relação ao réu e à vítima. Discorre sobre as medidas protetivas e sobre o prazo de 48 horas para a tomada de providências por parte do juiz que recebe o expediente e o pedido da ofendida.

Sobre a medida protetiva de urgência, o Art. 22 estabelece que, se for constatada a prática de violência contra a mulher, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência: suspensão da posse ou restrição do porte de armas; afastamento do lar ou domicílio da ofendida; proibição e aproximação e contato com a ofendida; restrição ou suspensão de visitas a dependentes menores; estabelecimento de pensão alimentícia; comparecimento do agressor a programa de reabilitação e reeducação; acompanhamento psicossocial do agressor.

Já o Art. 23 se refere às medidas protetivas de urgência em relação à ofendida, visando seu pronto restabelecimento e proteção, bem como de seus filhos e

dependentes, com garantias de segurança e normalidade, de forma a garantir a sua integridade física, moral e patrimonial.

O Art. 24 da lei trata do descumprimento das medidas judiciais e o Art. 25 trata do papel do Ministério Público nos casos de violência contra a mulher. Sobre a assistência judiciária e o atendimento multidisciplinar à ofendida, tratam os Art. 27 ao Art. 32.

Faz-se oportuno mencionar aqui que, além da lei Maria da Penha, existe legislação correlata voltada à proteção e assistência da mulher, como a Lei n 12.227, de 12 de abril de 2010, que cria o Relatório Anual Socioeconômico da Mulher; a Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009, que modifica os artigos 14, 83 e 89 da Lei 7.2010, de 11 de junho de 1984, a Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência; a Lei 11.664, de 29 de abril de 2008, que dispõe sobre a efetivação de ações de saúde que assegurem a prevenção, detecção, tratamento de câncer de colo de útero e de mama no âmbito do SUS – Sistema Único de Saúde; a Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008, que disciplina o direito a alimentos gravídicos, a forma como ele será exercido e dá outras providências, e os Decretos nº 7.393, de 15 de novembro de 2010 (que cria o Ligue 180 – Central de Atendimento à Mulher), Decreto nº 5.390, de 8 de março de 2005 (aprova o Plano Nacional de Políticas para as Mulheres – PNPM, institui o Comitê de Articulação e Monitoramento e dá outras providências), Decreto nº 1.973, de 10 de agosto de 1996 (promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher).

(BRASIL, SENADO FEDERAL, Lei Maria da Penha e Legislação Correlata, 2011).

2.2 As ações do Estado no cumprimento da Lei Maria da Penha

É válido salientar que anteriormente à lei Maria da Penha, mesmo que a Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 226, já assegurasse a assistência à família no sentido de coibir a violência no âmbito das relações familiares, as iniciativas eram escassas, acanhadas para o tamanho do problema.

No entanto ainda que a sociedade buscasse soluções para abrandar, contornar ou mesmo eliminar fatos análogos, certo é que não havia antes da promulgação da Lei Maria da Penha políticas públicas de proteção às vítimas de violência doméstica e tampouco se tratava da relação de pessoas do mesmo sexo. Em razão da generalidade, as vítimas, que, ao denunciarem os agressores precisavam retornar para suas próprias casas em convívio com os mesmos, que já haviam saído do estado de detenção na delegacia por ter efetuado o pagamento da fiança,

o que estimulava o círculo vicioso de impunidade, medo de denúncias e falta de amparo às vítimas. (MAGALHÃES FILHO; MAGALHÃES, 2018, online).

Havia, portanto, um movimento da sociedade organizada em busca de solução, de maior proteção e enfrentamento à violência contra a mulher. No entanto, as ações específicas do Estado em relação à violência contra a mulher não estavam sistematizadas no âmbito da segurança pública e do judiciário. Somente após a promulgação da lei Maria da Penha, no ano de 2006, foi que ações mais efetivas tiveram início no âmbito das Políticas Públicas do Estado.

Até 2003, as Casas-Abrigo e as Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMs) constituíram as principais respostas dos governos (Federal, estaduais e municipais) à questão da violência contra as mulheres. Com a criação da Secretaria de Políticas para as Mulheres/Presidência da República, as políticas públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres foram ampliadas e passaram a incluir ações de prevenção, de garantia de direitos e inclusive de responsabilização dos agressores (combate) com o advento da Lei Maria da Penha. (BRASIL;SNEVM; SPM-PR, 2011, p. 7).

Foi a partir da Lei 11.340/2006 que o Estado se posicionou com foco na proteção da mulher e no combate à violência, ampliando a oferta de serviços que antes eram reduzidos e criando outros que não existiam, tanto no âmbito da Assistência Social, quanto no âmbito da Segurança Pública e judiciário.

No eixo da assistência, a rede de atendimento às mulheres em situação de violência foi redimensionada, passando a compreender outros serviços que não somente os abrigos e as DEAMs, tais como: centros de referência da mulher, defensorias da mulher, promotorias da mulher ou núcleos de gênero nos Ministérios Públicos, juzizados especializados de violência doméstica e familiar contra a mulher, Central de Atendimento à Mulher (Ligue 180), entre outros. (BRASIL; SNEVM; SPM-PR, 2011, p. 7).

A partir daí se percebe, além de todo um aparato institucional que passou a existir, proporcionado pela lei Maria da Penha, também um amadurecimento tanto por parte do Estado quanto por parte da sociedade no tratamento da questão da violência contra a mulher. Este amadurecimento está presente tanto na formulação

quanto na conceituação da rede de enfrentamento à violência e atendimento à mulher.

O conceito de rede de enfrentamento à violência contra as mulheres diz respeito à atuação articulada entre as instituições/serviços governamentais, não-governamentais e a comunidade, visando ao desenvolvimento de estratégias efetivas de prevenção e de políticas que garantam o empoderamento e construção da autonomia das mulheres, os seus direitos humanos, a responsabilização dos agressores e a assistência qualificada às mulheres em situação de violência. Portanto, a rede de enfrentamento tem por objetivos efetivar os quatro eixos previstos na Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres - combate, prevenção, assistência e garantia de direitos - e dar conta da complexidade do fenômeno da violência contra as mulheres. (BRASIL; SNEVM; SPM-PR, 2011, p. 13).

A discussão do tema elevou-se a um patamar para além da questão “violência contra a mulher”, apontando horizontes como a conquista de autonomia, o empoderamento, a garantia de direitos, espaço social e de protagonismo da mulher. Ou seja, com o advento da lei e com as iniciativas do Estado e da sociedade civil, o debate ganha extensão, abrangendo os espaços e as posições da mulher na sociedade, contribuindo assim com a educação e a mudança cultural na questão das relações de gênero no Brasil.

Para Pasinato; Lemos (2017), em artigo que avaliou alguns aspectos dos 10 anos de vigência da lei Maria da Penha, houve aumento na visibilidade, tanto da lei como da violência doméstica e familiar na sociedade brasileira, devido às ações do Estado, em virtude da previsão na referida lei, e das iniciativas de outros setores da sociedade.

No que se refere à visibilidade adquirida pela Lei Maria da Penha e a violência doméstica e familiar, muito se deve a ações nacionais previstas no art. 8º, inciso V, que trata da “promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres”. Além das campanhas promovidas pelo governo federal e governos dos estados e municípios, houve um ganho importante nas parcerias com as instituições de justiça, meios

de comunicação e mídias sociais, contribuindo para amplificar o conhecimento sobre a legislação, os tipos de violência e as formas de denúncia. (PASINATO; LEMOS, 2017, p. 13).

Segundo as autoras, a lei Maria da Penha, além de ampliar a divulgação tanto da lei como do quadro de violência familiar e doméstica, ampliou também o debate em torno das formas de violência em virtude de outros marcadores sociais e até mesmo as pesquisas acadêmicas em torno desta temática.

É inegável o adensamento do campo de estudos sobre violência doméstica e familiar no Brasil, após 2006. Aos poucos esse campo foi ampliado para temáticas mais abrangentes como a violência contra a mulher em suas mais diversas formas de expressão, a violência baseada no gênero e sobre o próprio conceito de gênero e sua aplicação às políticas públicas direcionadas ao enfrentamento dessa violência e suas especificidades. Mais recente, as pesquisas que analisam a violência nas intersecções entre gênero e raça, cor, etnia, deficiências, entre outros marcadores sociais, problematizam a distribuição desigual da violência entre grupos de mulheres e a forma como as interseccionalidades contribuem não apenas para a exposição à violência, mas também para os obstáculos no acesso a direitos e à justiça. Houve também alargamento nesse campo nas vias da interdisciplinaridade, levando a temática da violência doméstica e familiar contra as mulheres para além dos estudos das ciências sociais e do direito, para desenvolvimento também nos campos da saúde e da educação, cada uma absorvendo o tema nas suas diferentes áreas de especialização, muitas delas em estreito diálogo com as teorias feministas. (PASINATO; LEMOS, 2017, p. 15).

Desta forma o tema da violência contra a mulher se expandiu, tornando-se multidisciplinar. Este movimento de disseminação da discussão na sociedade faz parte do aspecto preventivo, levando, paulatinamente, à mudança de cultura em relação ao respeito à mulher.

Com relação às medidas protetivas surgidas como providência dos órgãos competentes após a lei Maria da Penha, estão divididas em dois grupos, aquelas dirigidas ao agressor e aquelas dirigidas à ofendida ambas de atribuição do juizado determiná-las.

As medidas protetivas dirigidas ao agressor vão desde suspensão da posse de arma até o comparecimento do agressor a programas de reeducação, passando pelo afastamento do domicílio, pela proibição de aproximar-se ou de fazer contato com a ofendida e com seus familiares, pela prestação de alimentos provisionais (BRASIL, Lei 11.340/2006, Art. 22).

As medidas protetivas dirigidas à ofendida contemplam o encaminhamento dela e de seus dependentes a programa de proteção, determinar a separação de corpos, matrícula dos dependentes em escola mais próxima do domicílio independentemente da existência de vagas, garantia da posse dos bens da ofendida, suspensão de procuração que porventura tenha sido conferida ao agressor, depósito de caução provisória a títulos de danos morais pela agressão, entre outras (BRASIL, Lei 11.340/2006, Art. 23).

É importante ressaltar que há penalidades previstas na mesma lei para o descumprimento destas medidas protetivas de urgência e que o Ministério Público pode intervir nos casos de violência doméstica e familiar contar a mulher, requisitando inclusive força policial, se necessário.

Além destas medidas protetivas, há outros mecanismos, criados no âmbito da segurança pública, mais especificamente no âmbito das polícias, com finalidade de especializar os atendimentos às mulheres vítimas de violência, que também pode ser considerado uma medida preventiva, conhecida por Patrulha Maria da Penha. A Patrulha Maria da Penha está prevista no Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social como uma forma de reduzir os homicídios e outros crimes violentos letais, reduzir as formas de violência contra a mulher, em especial as violências doméstica e sexual, e aprimorar o atendimento nas instituições policiais (BERNARDO, 2019, p. 16).

Conforme lembra o mesmo autor, a Patrulha Maria da Penha teve inicialmente o objetivo de avaliar e garantir o cumprimento das medidas protetivas de urgência, acolher, fazer atendimentos humanitários e encaminhamentos necessários das ofendidas a outros serviços voltados às mulheres, mas também cumpre mandado judicial para inclusão das vítimas no Programa, "quando houver casos de tentativa de homicídio, indícios de lesão grave por parte do agressor, histórico de crime de ameaça e ainda quando o Juiz responsável pelo processo criminal entender necessário em decorrência de iminente risco para a vítima". (BERNARDO, 2019, p. 16).

O Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social, em sua versão de 2018, no capítulo dos Objetivos e estratégias e ações a ser implementadas mediante os programas temáticos, estabelece uma série de medidas que visam reduzir todas as formas de violência contra a mulher, em especial as violências domésticas e

sexuais. Algumas estratégias ou ações deste dispositivo especificamente em relação às mulheres são:

- Estabelecer normas e procedimentos para os profissionais de segurança pública no atendimento de mulheres, incluindo aspectos sobre como lidar com os casos de violência doméstica e sexual, o adequado atendimento às vítimas, garantindo sua segurança, inclusive mediante a utilização de dispositivos eletrônicos (como por exemplo, botão de pânico), e privacidade e normas sobre como lidar com os autores de violência.
- Promover a formação continuada dos profissionais de segurança pública com disciplinas obrigatórias sobre o atendimento de mulheres.
- Estimular a promoção de iniciativas de aprendizagem socioemocional nas escolas para prevenir a violência de gênero.
- Estimular a adoção de programas parentais com foco na mudança de padrões de relacionamento, com uso de métodos não violentos de disciplina.
- Fortalecer, em parceria com estados e municípios, a rede de encaminhamento, acolhimento e assistência de mulheres.
- Fomentar a adoção, pelas Polícias Civas, das diretrizes para investigação de feminicídios produzidas pela ONU Mulheres no Brasil.
- Promover campanhas educativas sobre prevenção da violência contra a mulher.
- Apoiar a adoção de mecanismos de proteção dos direitos da mulher privada de liberdade.
- Articular com a Advocacia-Geral da União e o Instituto Nacional de Seguridade Social o combate à violência contra a mulher. (BRASIL, SUSP, 2018, p. 48-50).

Outro exemplo de esforço para humanizar o atendimento das polícias às mulheres vítimas de violência é a Sala Lilás, um projeto que na maioria dos estados brasileiros está ligado à Polícia Civil. Trata-se de um ambiente preparado adequadamente para o atendimento às mulheres vítimas de violência, que possibilita o diálogo, depoimento, mas principalmente o exame de corpo de delito, instrumento essencial de prova da agressão e de tomada de decisão do Poder Judiciário. O ambiente é preparado de forma que as mulheres se sintam acolhidas e seguras, com humanidade e respeito (TJRJ, JUSBRASIL, online).

Não obstante todos os avanços conquistados a partir da promulgação da lei Maria da Penha e da luta das mulheres organizadas em múltiplas frentes ao longo

de décadas, a violência contra a mulher ainda se apresenta em números assustadores e inaceitáveis.

O Mapa da Violência contra a Mulher do ano de 2018, por exemplo, registra que a mídia brasileira veiculou 32.916 casos de estupro no país entre os meses de janeiro e novembro de 2018, entre as tipologias estupro comum, coletivo e virtual e em 49,8% dos casos o agressor é o próprio companheiro ou parente próximo. O mesmo levantamento de 2018 apurou que 15.925 mulheres foram assassinadas em situação de violência doméstica desde a sanção da Lei Maria da Penha (BRASIL, MVCM, 2018, p. 9-10). Este levantamento levou em conta os casos noticiados pela imprensa brasileira, número maior do que os registrados e confirmados pelos órgãos de segurança.

A imprensa noticia mais feminicídios do que a polícia registra. Muito disso deve-se ao processo de determinação em cada esfera. Enquanto a imprensa faz uma categorização prévia, um registro de homicídio de mulheres em situação de violência doméstica, identificando o feminicídio em sua natureza fática; os órgãos de segurança pública ainda possuem resistência em categorizar o mesmo crime como homicídio doloso praticado contra a mulher por “razões da condição de sexo feminino”. Algumas das razões para isso estão relacionadas com a comprovação material do dolo e com o machismo institucional que ainda persiste em muitas instituições de Segurança pública. (BRASIL, MVCM, 2018, p. 55).

Se por um lado a Lei 11.340/2006 e suas correlatas trouxeram alguns avanços, de outra banda as relações de gêneros no Brasil estão muito longe do ideal, as quais levarão a morte de muitas mulheres, somente pelo fato de serem mulheres.

O Mapa do Feminicídio do Mato Grosso do Sul, publicado em 2020, mostra que

No ano de 2019, em Mato Grosso do Sul, 30 mulheres foram vítimas de feminicídio.

98 sobreviveram para contar suas histórias.

A cada mês, 130 mulheres registraram BO por estupro;

A cada semana, 150 mulheres sofreram agressões físicas tipificadas como lesão corporal dolosa;

A cada dia, 51 mulheres denunciaram terem sofrido algum tipo de violência doméstica;

A cada hora, 2 mulheres foram vítimas de ameaça. (GOVERNO DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL, 2020, p. 3).

Segundo reportagem da redação do site Brasil de Fato, que cita documentos e levantamentos sobre a situação da violência contra a mulher, houve um aumento de 64% nas ocorrências de violência contra a mulher na cidade de São Paulo entre 2016 e 2019. A reportagem mostra ainda que número de mulheres vítimas de violência passou de 50.566, em 2016, para 83 mil em 2019. O feminicídio também aumentou: de 95 casos em 2016 para 163 casos em 2019, um aumento de 72% (BRASIL DE FATO, 2020, online).

Um levantamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina mostra que apenas de janeiro a maio de 2020 foram registrados 21 feminicídios consumados no estado. Foram 45 ao longo do ano (TJSC, 2020, p. 1).

Assim, mesmo passados quinze anos da vigência da Lei Maria da Penha seja, as notícias veiculadas na mídia, os registros oficiais dos órgãos de segurança pública, o levantamento das ONGs, e os mapeamentos do poder público, em todas as regiões do Brasil, demonstram que as mulheres continuam morrendo e sofrendo todo tipo de violência pelo mero fato de serem mulheres. Os mecanismos de enfrentamento do problema criados ainda não dão conta desta triste demanda.

"Praticamente não há investimento federal, então os pequenos municípios estão carentes, muito carentes. Apenas as grandes cidades, fora as capitais, têm essas políticas que atendem a mulher. E é necessário que em todos os municípios, por menor que sejam, exista a política pública chamada Centro de Referência da Mulher, que pode existir inclusive dentro de um posto de saúde" (ARAÚJO, G1, 2019, online).

A declaração da própria Maria da Penha, no ano de 2019, quando a Lei que leva seu nome completava 13 anos, constata o longo caminho de luta que as mulheres ainda têm a trilhar em busca de respeito, como ela mesma vem fazendo há tantos anos. A maioria das ações realizadas e das estruturas levantadas nestes anos de Lei Maria da Penha para a proteção da mulher contra a violência concentra-se nos grandes centros. Em todo o restante do país as mulheres ainda estão desprotegidas, sem a assistência do Estado neste sentido.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa demonstrou que muitas medidas foram tomadas em benefício das mulheres, visando a sua proteção, o seu empoderamento e o fim da violência contra a mulher no Brasil, após a promulgação da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, mais conhecida como lei Maria da Penha.

Ao longo destes quinze anos de existência da lei, legislações correlatas foram criadas, programas dos governos federal, dos estados e municípios, iniciativas dos órgãos de Segurança Pública, das justiças, das polícias, como a criação da Patrulha Maria da Penha, da Sala Lilás e de programas de capacitação e humanização dos profissionais para melhor lidar com os casos de violência contra a mulher.

A violência contra a mulher e a misoginia virou tema do currículo escolar e de diálogo em casa, com os filhos. Percebe-se um aprofundamento nas discussões acerca da posição da mulher na sociedade, extrapolando o fato de ter o direito de não sofrer violência, um princípio de respeito básico e primordial até então violado. Além disso, trata-se do seu protagonismo em todos os campos da sociedade e do seu empoderamento.

Certamente que 15, 20, 50 anos não são suficientes para modificar uma estrutura social alicerçada no machismo, uma cultura de violência e desrespeito contra as mulheres, por parte dos homens e do Estado em geral.

Apensar dos avanços, estamos longe de amadurecermos como sociedade de forma a termos como algo natural o respeito às mulheres, a igualdade, o protagonismo, a garantia de direitos e a completa erradicação da violência em virtude das relações de gênero.

REFERÊNCIAS

ALVES, Thiago Alex Silva. A Lei Maria da Penha Completo. Revista Jus Navegandi (online). 2018. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/65125/a-lei-maria-da-penha-completo>. Acesso em 28 de dez. 2020.

ARAÚJO, Gilcilene. Maria da Penha critica falta de recursos para acolhimento de mulheres vítimas de violência. Piauí, G1, 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2019/08/28/maria-da-penha-critica-falta-de-recursos-para-acolhimento-de-mulheres-vitimas-de-violencia.ghtml>. Acesso em 3 de jan. 2021.

BERNARDO, Alethea Maria Carolina Sales. Patrulha Maria da Penha: impactos na fiscalização do cumprimento das medidas protetivas de urgência em casos de violência contra a mulher no município de Belém- Pará. (Dissertação de Mestrado). Belém, 2019. Disponível

em http://ppgsp.propesp.ufpa.br/ARQUIVOS/teses_e_dissertacoes/dissertacoes/2016/201606%20-%20BERNARDO.pdf. Acesso em 29 de dez. 2020.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Mapa da violência contra a mulher. Brasília/DF: Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher, 2018. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/MapadaViolenciaatualizado200219.pdf>. Acesso em 03 de jan. 2021.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 09 dez. 2020.

BRASIL DE FATO. Violência contra mulheres cresceu 64% em quatro anos no município de São Paulo. (Online). São Paulo: 2020. Disponível em <https://www.brasildefato.com.br/2020/10/29/violencia-contra-mulheres-cresceu-64-em-quatro-anos-no-municipio-de-sao-paulo>. Acesso em 3 de jan. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Brasília/DF, 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em 28 de dez. 2020.

BRASIL, MAPA DE VIOLÊNCIA CONTRA MULHER. Brasília/DF, 2018 disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/MapadaViolenciaatualizado200219.pdf>. Acesso em 03 de jan. 2021.

BRASIL. MSP. SUSP. Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social. Brasília/DF, 2018. Disponível em https://www.justica.gov.br/news/copy_of_PlanoePolticaNacionaldeSeguranaPblicaeDefesaSocial.pdf. Acesso em 03 de jan. 2021.

BRASIL, SENADO FEDERAL. Lei Maria da Penha e legislação Correlata. Brasília/DF, 2011. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496319/000925795.pdf>. Acesso em 29 de dezembro de 2020.

BRASIL. Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres; Secretaria de Políticas para as Mulheres – Presidência da República. Rede de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. Brasília/DF, 2011. Disponível

em <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/rede-de-enfrentamento-a-violencia-contras-mulheres>. Acesso em 07 de jan. 2021.

Capez F, Prado S. Código Penal Comentado. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2008.

GOVERNO DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. Mapa do Femicídio. V. 1, 2020. Disponível em <http://www.naosecale.ms.gov.br/wp-content/uploads/2020/06/MAPA-DO-FEMINICI%CC%81DIO-VERSAO-FINAL-Luciana.pdf>. Acesso em 3 de jan. 2021.

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito da Família. Brasil teve 648 casos de feminicídio no primeiro semestre de 2020. (online)2020. Disponível em <https://www.ibdfam.org.br/noticias/7853/Brasil+teve+648+casos+de+femicid%CC%83+no+primeiro+semestre+de+2020>. Acesso em 28 de dez. 2020.

MAGALHAES FILHO, Silvio da Costa; MAGALHÃES, Luzinete da Silva. Uma análise sobre as ações do Estado no enfrentamento da violência doméstica familiar. *Brazilian Applied Science Review*, v. 2, nº 3, 2018. Disponível em <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BASR/article/view/467>. Acesso em 29 de dez. 2020.

Marconi MA, Lakatos EM. Metodologia Científica. São Paulo: Atlas, 1983.

Marconi MA, Lakatos EM. Fundamentos de metodologia científica. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

Mirabete JF, Fabbrini RN. Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP,-24. ed. rev. e atual. Até 31 de dezembro de 2006. São Paulo: Atlas, 2008

PASINATO, Wânia; LEMOS, Amanda Kamanchek. Lei Maria da Prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher. *IRVIZA*, Ben-Hur; SARTORI, Myrian Caldeira e ZANELLO, Valeska (Org.). Maria da Penha vai à escola: educar para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília: TJDFT, 2017, p. 11-23. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/acoes_afirmativas/inc_social_mulheres/Diversos_Mulheres/Maria%20da%20Penha%20vai%20a%20Escola_Ebook.pdf. Aceso em 29 de dez. 2020.

TJRJ. Sala Lilás: local especial para atendimento de mulheres vítimas de violência é inaugurado no IML. Jusbrasil (online). Disponível em <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/noticias/263963945/sala-lilas-local-especial-para->

atendimento-de-mulheres-vitimas-de-violencia-e-inaugurado-no-impl. Acesso em 03 de jan. 2021.

TJSC. CEMSVDF. Femicídios consumados e tentados – janeiro-maio/2020. 2020. Disponível em <https://www.tjsc.jus.br/documents/3380888/5317901/FEMINIC%C3%8DDIOS+CONSUMADOS+E+TENTADOS+-+maio+2020/521464aa-cd9d-da7e-5c03-aaff20807d22>. Acesso em 3 jan. 2021.

O CRIME DE HOMOFOBIA EM TEMPOS DE PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS

WALDIMIR DE RIBAMAR FERNANDES NUNES:

Graduando do Curso de Direito pela Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão-UNISULMA

THIAGO VALE PESTANA

(orientador)¹⁶⁴

RESUMO: O objetivo do presente artigo é uma análise da população LGBTI+ em tempos de pandemia da COVID-19. Busca-se o entendimento das dificuldades e desafios nesse período pandêmico, assim também, as questões éticas e políticas que sustentam e extrapolam o ódio contra essa comunidade LGBTI+. Portanto, é necessário compreender cuidadosamente o enfrentamento da LGBTIfobia na crise do COVID-19 e discutir a criminalização da homofobia no período do isolamento social na pandemia, acrescentando-se o aumento da violência e discriminação por orientação e identidade de gênero. A metodologia desenvolvida é a partir de uma pesquisa exploratória, levantamentos documentais. Utiliza-se método dedutivo, em busca de dados estatísticos que mostrasse em números reais os efeitos do coronavírus para a população LGBT. Em conclusão, os impactos da pandemia são bastante significativos tanto na renda dessas pessoas, na saúde e no trabalho. Salienta-se ainda, o papel do Estado e a necessidade de políticas públicas. Além disso, destacar os movimentos sociais LGBTI+ no combate as dificuldades no isolamento social que atinge esses grupos vulneráveis. Enfim, ausência de uma legislação específica.

Palavras-Chave: LGBTI+; Covid-19; Discriminação; Grupos vulneráveis; Homofobia.

ABSTRACT: The aim of this article is an analysis of the LGBTI+ population in times of pandemic COVID-19. We seek to understand the difficulties and challenges in this pandemic period, as well as the ethical and political issues that sustain and extrapolate hatred against this LGBTI+ community. Therefore, it is necessary to carefully understand the confrontation of LGBTIphobia in the COVID-19 crisis and discuss the criminalization of homophobia in the period of social isolation in the pandemic, adding to the increase in violence and discrimination by gender orientation and identity. The methodology is developed from exploratory research,

164 Professor do Curso de Direito da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – UNISULMA. Doutor em Direito Pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP, 2018 – CAPES 4). E-mail: thiagopestana@hotmail.com.

documentary surveys. A deductive method is used in search of statistical data that showed in real numbers the effects of coronavirus on the LGBT population. In conclusion, the impacts of the pandemic are quite significant both on these people's income, health and work. The role of the State and the need for public policies also highlight LGBTI+ social movements in combating the difficulties in social isolation that affects these vulnerable groups are highlighted. Anyway, absence of specific legislation.

Keywords: LGBTI+; Pandemic; Covid-19; Discrimination; Vulnerable groups; Homophobia.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é uma análise da população LGBTI+¹⁶⁵ em tempos de pandemia da COVID-19¹⁶⁶. Busca-se o entendimento das dificuldades e desafios nesse período pandêmico, assim também, as questões éticas e políticas que sustentam e extrapolam o ódio contra essa comunidade LGBTI+. Portanto, é necessário compreender cuidadosamente o enfrentamento da LGBTIfobia na crise do COVID-19 e discutir a criminalização da homofobia no período do isolamento social na pandemia, acrescentando-se o aumento da violência e discriminação por orientação e identidade de gênero.

Em primeiro lugar, a crise pandêmica do novo coronavírus tem consequências desastrosas, não importa qual situação aconteça, seja nos sistemas de saúde, até mesmo no mundo do trabalho ou relacionado à violência, intolerância, discriminação e preconceito. Inquestionavelmente aumentando a vulnerabilidade de vários grupos, como LGBTI+, que, possivelmente, precisam lidar, antes de tudo com o desemprego e agravamento das desigualdades, da discriminação, associados à pandemia.

Isto posto, a falta de punição diante de atitudes homofóbicas, gera um ataque que é sempre um conflito entre dois semelhantes, um que vivencia de forma plena a sua sexualidade e o outro que a esconde e tem vergonha dela. Com tudo isso, o grande número de violência contra a comunidade LGBTI+ continua crescendo no Brasil e considerado um dos maiores do mundo, principalmente com a população

165Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Intersexos e demais identidades e expressões da diversidade sexual e de gênero.

166 COVID - Corona Vírus Disease (Doença do Coronavírus), enquanto "19" se refere a 2019, quando os primeiros casos em Wuhan, na China, foram divulgados publicamente pelo governo chinês no final de dezembro.

trans que, continuam desprotegidos e muito distante de conseguir qualquer tipo de proteção.

Nesse contexto, objetivou-se, com o propósito de relacionar os temas de violência, intolerância, preconceito às pequenas minorias sexuais que buscam respeito, liberdade, igualdade, direito humanos em tempos da pandemia do coronavírus. Com o fim de discutir a equiparação da homofobia ao crime de racismo impulsionado pela Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 Distrito Federal, proposta pelo Partido Popular Socialista-PPS.

Sob o mesmo ponto de vista, analisando a discriminação, o preconceito, verificando o comportamento desse grupo em tempos de pandemia, a diversidade e questão de gênero, bem como, os principais aspectos de violações sofridas. Com toda certeza, há uma necessidade de uma legislação específica até que o Congresso Nacional se manifeste sobre o assunto e criminalize a homofobia.

Em conformidade com as questões levantadas e mediante o exposto, a abordagem utilizada, acima de tudo é a qualitativa, uma relação do mundo real com o sujeito, sendo a partir de uma pesquisa exploratória, cuja finalidade obter informações e conhecimento a respeito do que será pesquisado. Em vista disso, utiliza-se o método dedutivo, uma vez que é necessária a busca por números que dessem um norte para os reais impactos do coronavírus no mundo do trabalho, do sistema de saúde, da violência e normas de proteção para a comunidade LGBTI+.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 O preconceito decorrente da discriminação social múltipla

Nesta seção apresenta-se a caracterização do preconceito originada da discriminação social múltipla, fenômeno praticamente novo que define situações em que motivos atuam simultaneamente, de maneira que se tornam inseparáveis. Enfim, o preconceito abordado nos aspectos psicológicos e sociológicos e a discriminação múltipla que afeta o grupo LGBT e demais grupos com deficiência, idoso, raça, sexo, classe, orientação sexual.

Para Rogger Raupp Rios (2020, p. 27), "Por preconceito, designam-se as percepções mentais negativas em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados, bem como as representações sociais conectadas a tais percepções".

Primeiramente na abordagem psicológica, preconceito é o termo de expressões de várias maneiras e intensidades, julgamentos desproporcionais em face de indivíduos considerados de outros grupos pertencentes a uma categoria denominada inferior. Além do que, o preconceito está internamente nos indivíduos, como também na cultura e nas instituições, agregando-se a irracionalidade,

ignorância, autoritarismo e pouca disposição à abertura mental e inexistência de contato ou pouca convivência com membros de grupos inferiorizados.

Por fim, na abordagem sociológica, manifesta-se como uma forma de relações intergrupais, ou seja, relações de poder entre grupos. Expressões depreciativas e negativas são causadas pela associação de comportamentos hostis e discriminatórios com membros de um grupo por pertencerem a esse grupo. Através da ideia de estigma que as análises de relações sociais pautadas são conduzidas pelo preconceito e pela discriminação.

Outrossim, a discriminação tem seu conceito desenvolvido no direito internacional dos direitos humanos e seus termos podem ser encontrados na convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial e na Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (RIOS, 2020). Desse modo,

Discriminação é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública (NAÇÕES UNIDAS, 2016 apud, RIOS; SILVA, 2017, p. 44).

Nesse contexto, segundo Rios e Silva (2015, p.14), "Perceber a discriminação interseccional, decorrente da articulação de diversas dimensões da existência humana, é ao mesmo tempo um desafio e uma necessidade, tanto para as ciências sociais quanto para a ciência jurídica".

Dessa Maneira, tem-se essa discriminação múltipla agravada em dois ou mais motivos de diferenciação sem justificativa. Uma minoria enquadrada dentro de uma minoria revela desafios especiais no meio de uma sociedade plural. Há casos em que uma mesma pessoa se vincula a várias minorias ao mesmo tempo, o que gera exposição do indivíduo em questão a um risco elevado de discriminação.

Em outras palavras, um homem homossexual negro pode ser alvo de discriminação com base na cor de sua pele e na sua orientação sexual, assim também uma pessoa LGBTQIA+ que é deficiente ou idosa. As pessoas LGBTQIA+ com deficiência são alvo de "assexualização" por parte também de quem deles cuida e, ainda, dos membros da própria comunidade LGBTQIA+. Além disso, a inacessibilidade de centros, bares e locais de reunião cria obstáculos físicos às pessoas LGBTQIA+ com deficiência que queiram participar na vida da comunidade de seus pares LGBTQIA+.

A discriminação múltipla é um fenômeno relativamente novo sobre a igualdade de tratamento e o combate à discriminação e, conseqüentemente, sobre as questões relativas às pessoas LGBTQIA+, dada a generalização da ignorância em relação a diferentes culturas, características pessoais e estilos de vida, bem como o não reconhecimento das identidades múltiplas. Ainda assim, são relativamente escassas as ações diretamente destinadas a combater este tipo de discriminação, como pobreza, racismo, desigualdade de gênero e homofobia.

Assim sendo, a discriminação é configurada na sociedade em forma simbólica e da violência física, com estigmas sociais deixando indivíduos de outros grupos inferiorizados com atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, originadas pelo preconceito. Bem como, criando desigualdades, privações. Aliás, a igualdade, liberdade e a dignidade são direitos fundamentais que são violados, por sua vez, no exagero da exposição das palavras e no seu discurso de difamação, injúria onde surgem juízos desfavoráveis em face dessa minoria vulnerável.

2.2 Liberdade de expressão ou discurso de ódio?

Neste capítulo se apresenta a caracterização da liberdade de expressão que poderá ser exercida, mas o indivíduo será responsável se violar direitos à intimidade, a imagem, a vida privada, respondendo pelos danos causados a outrem. Liberdade com responsabilidade para evitar discursos que incitam as ameaças, intolerância, hostilidade e violência, uma forma de agressão às minorias, dando origem ao discurso de ódio, que às vezes é velado ou bastante nítido.

No entendimento do André de Carvalho Ramos (2020, p. 469), o discurso de ódio consiste “na manifestação de valores discriminatórios que ferem a igualdade ou sejam capazes de incitar a discriminação, a violência ou estimular a prática de violações aos direitos de outrem”. Na atualidade no Brasil e em diversos países no mundo há incidência de discurso de ódio em face das condutas neonazistas, antissemitas, islamofóbico, homofóbico, entre outras manifestações de pensamentos propagadores do ódio.

O discurso de ódio deve ser interpretado como um “ato discursivo”, em virtude de seu caráter eminentemente comunicativo. Nessa categoria, encontram-se manifestações escritas – em papel impresso ou documento eletrônico, disseminado na internet –, orais ou visuais – veiculação/exibição de imagens e/ou símbolos (OLIVA, 2014, p. 37).

Nesse caso, haveria discurso de ódio ainda que indiretamente, se visar atingir um grupo social quando ao ato comunicativo for destinado a discriminar a vítima tendo em vista qual grupo pertença. Caso contrário será apenas um insulto individual

que, a depender da gravidade, poderá no máximo ser enquadrado como crime contra a honra nos termos da legislação penal em vigor.

Considerado como uma ferramenta de reprodução das ideologias homofóbicas, de acordo com o entendimento de Cazelatto, Segatto e Cardin (2017), o discurso de ódio tem suas raízes na terminologia americana *hate speech*, podendo servir-se qualquer ato comunicativo ou manifestação cultural para transmitir ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, decorrente de preconceitos étnicos, religioso, de gênero, por deficiência ou orientação sexual.

Essa conduta materializa a relação entre o pensar, o falar e o agir, vez que sua concretização pressupõe externalidade, o que se revela imprescindível para que haja intervenção através de sanções jurídicas ou extrajurídicas.

Por outro lado, autores da qualidade de Daniel Sarmiento (2006), José Afonso Silva (2003) e Celso Ribeiro Bastos (1994), entendem o *hate speech* como um livre desenvolvimento do direito à liberdade de expressão, previsto no artigo 5º inciso IX da Constituição Federal de 1988.

Isto posto, Daniel Sarmiento afirma que o ambiente é inviabilizado pelo *hate speech*, estando bem próximo de um ataque do que apenas uma participação no debate de opiniões representando um ato hostil do que de cunho discursivo: "Diante de uma manifestação de ódio, há dois comportamentos prováveis da vítima: revidar com a mesma violência, ou retirar-se da discussão, amedrontada e humilhada. Nenhum deles contribui minimamente para 'a busca da verdade'" (SARMENTO, 2006, p. 31).

Não se trata, contudo, de entendimento pacífico e imune a contradições hermenêuticas no contexto do próprio entendimento das cortes de jurisdição, como da vez em que o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o gesto de mostrar as nádegas em público, em reação a críticas da plateia em um teatro, ainda que a conduta seja "inadequada e deseducada", está inserido na liberdade de expressão (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - HC 83.996/RJ, 2004).

Desse modo, por mais que a liberdade de expressão seja elencada como um direito fundamental de primeira geração, em caso de discurso de ódio se verifica abuso no exercício desse direito, posto que o discurso em sentido estrito não deve ser considerado como a simples liberdade de expor "o que quiser".

Entretanto, para Cardin e Cazelatto (2016, p.15) se trata "de uma ação com viés comunicativo que, quando assume ênfase no ato do desvalor da vítima, deixa de ser uma mera opinião, configurando-se como um discurso de incitação ao ódio, cujo condão é o de acarretar efeitos materiais lesivos a seus destinatários".

Sendo que um eventual abuso da liberdade de expressão deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - AGRAVO REGIMENTAL NO RE 840.718, 2018).

Em vista disso, a liberdade de expressão implica o indivíduo refletir sobre determinado tema, formar sua ideia e a maneira como ver o mundo, mas sem exagero e não ser punido ou sofrer limitações do Estado. Do mesmo modo, o discurso de ódio caracterizado como instrumento utilizando linguagem verbal ou extraverbal para transmitir desprezo, intolerância para uma minoria que depende apenas de proteção de alguns Conselhos, tal como, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD).

2.3 O papel do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD)

Neste capítulo se apresenta a caracterização do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD/LGBT), órgão colegiado criado pelo Decreto nº 3.952, de 04 de outubro de 2001, pelo Ministério da Justiça. Ademais, remontava combate à racial ou outra forma de intolerância. Enfim, sua extinção com a publicação do Decreto 9.759, de 11 de abril e logo após, a sua recriação.

O CNDC, previsto na Lei n. 13.844 de 18 de junho de 2019 e regulamentado pelo Decreto 9.883 de 27 de junho de 2019, faz parte do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, responsável para propor e supervisionar as políticas públicas de direitos humanos LGBTI no Brasil, de maneira que acompanha as denúncias de violências ocasionadas por intolerância à orientação sexual e identidade de gênero.

Dessa forma com a criação do CNDC foi extinto através do Decreto n. 9.759 de 11 de abril de 2019 o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD-LGBT), visto que era o órgão colegiado que tinha vinculação ao extinto Ministério dos Direitos Humanos.

As competências do CNCD estão definidas no artigo 2º do Decreto n. 9.883/19 e consistem inicialmente na colaboração com o Ministro de Estado da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos e o Secretário Nacional de Proteção Global na orientação e na direção das políticas públicas de combate à discriminação e à intolerância, em âmbito federal.

Com o propósito de elaborar ações para a defesa dos direitos das minorias étnicas e sociais como também das vítimas de violência, de preconceito, de discriminação e de intolerância. E, conforme o inciso III busca “zelar pela observância da legislação de combate à discriminação e à intolerância e representar aos Poderes Públicos nos casos de infringência da Constituição, das leis e de regulamentos federais que disponham sobre a matéria”.

Mais ainda de acordo com os incisos IV a VIII,

IV - obter e consolidar informações sobre as políticas públicas de combate à discriminação e à intolerância nos Estados e no Distrito Federal;

V - articular-se com outros colegiados para estabelecer estratégias comuns de atuação;

VI - realizar pesquisas e análises sobre a situação dos grupos sociais afetados por discriminação e intolerância;

VII - recomendar ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos medidas para o combate à discriminação e à intolerância;

VIII - manifestar-se sobre as questões demandadas pelo Ministro de Estado da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos ou o Secretário Nacional de Proteção Global;

Assim sendo, O CNCD, terá na sua composição 6 representantes, 3 do poder público (todos do Ministério da Mulher Família e Direitos Humanos) e 3 de organizações da sociedade civil e a Presidência do órgão será ocupada permanentemente por um representante do Governo Federal, com voto qualificado para a presidência em caso de empate, estabelecendo uma derrota automática as posições da sociedade civil que não venham a compactuar com o governo.

Inesperadamente, o Decreto nº 9.883/19 não tem caracterização de combate da violência e da discriminação motivada por intolerância à orientação sexual e à identidade de gênero, nem a população LGBT, na medida em que vigora como minorias étnicas e sociais e as vítimas de violência por discriminação,

Dessa maneira deixa de existir em âmbito federal órgão de participação e controle social voltado a defesa e promoção dos direitos da população LGBT+. Salienta-se ainda que, o “novo” CNCD terá reuniões ordinárias apenas a cada trimestre na forma de vídeo conferência para membros que se encontram em outros entes federativos, inviabilizando completamente o processo de participação e controle social.

Diante disso, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação é de suma importância para esse grupo para a promoção e defesa dos direitos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais garantindo a sua liberdade sexual, respeito à identidade de gênero e, em síntese, combater a intolerância e a homofobia.

2.4 Liberdade sexual, identidade de gênero e a caracterização da homofobia

Neste capítulo se apresenta a caracterização da liberdade sexual que não deve ser limitado pela liberdade de expressão apesar de se encontrar na estrutura do estado democrático do direito, pois está protegido nas garantias da dignidade humana, liberdade e na igualdade. Bem como, se buscar tratamento igualitário não importando sua orientação sexual, identidade de gênero e ir contra a aversão da homossexualidade.

De acordo com André de Carvalho Ramos (2020, p. 665), “o direito à livre orientação sexual consiste no direito ao respeito, por parte do Estado e de terceiros, da preferência sexual e afetiva de cada um”, não podendo a orientação sexual ser motivo gerador de consequência negativa ou restrição de direitos. Nesse sentido, os Princípios de Yogyakarta (2007, p. 9) definem orientação sexual nos seguintes termos,

Compreendemos orientação sexual como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas.

Na opinião de Daniel Borrillo (2010, p. 23), a orientação sexual é,

Uma componente da sexualidade enquanto conjunto de comportamentos relacionados com a pulsão sexual e com sua concretização. Se a atração sexual é dirigida para pessoas do mesmo sexo, designamos tal orientação por “homossexualidade”; se ela se inclina para o sexo oposto, trata-se de “heterossexualidade”; e, ainda, de “bissexualidade”; se o sexo do parceiro é indiferente.

Por sua vez, André de Carvalho Ramos (2020, p. 665), estabelece que, “a identidade de gênero consiste na ‘experiência interna individual em relação ao gênero, a qual pode corresponder ou não ao sexo atribuído quando do nascimento’, aí incluída as expressões de gênero como o sentimento pessoal do corpo e o modo de vestir-se e falar”.

Por outro lado, a identidade de gênero, sobretudo os transgêneros, que agrupam aqueles que se identificam com gênero distinto do seu sexo atribuído no nascimento. De acordo com Recurso Extraordinário 845.779-SC (2015) as pessoas transgêneras “podem sentir, por exemplo, que pertencem ao gênero oposto, a ambos ou a nenhum dos dois gêneros. Os transexuais estão incluídos neste grupo, constituindo pessoas que se identificam com o gênero oposto ao seu sexo”.

Nos Princípios de Yogyakarta (2007, p. 6) as pessoas transgêneras são identificadas como:

A profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.

Nesse sentido, em 2018 no julgamento da ADI nº 4.275/DF, o STF reiterou que o direito à igualdade sem discriminações abrange a liberdade de identidade ou expressão de gênero. Nessa ocasião restou assentado que a identidade de gênero “é fruto do direito à personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la”, não cabendo ao Estado condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente formal.

Agressões a tais liberdades consistem em conduta atentatória do mesmo nível das práticas de xenofobia, o racismo ou o antissemitismo. Desse modo a homofobia é caracterizada no entendimento de Daniel Borrillo (2010, p.13), como uma manifestação arbitrária que consiste em um comportamento inferior ou anormal,

Por sua diferença irreduzível, ele é posicionado a distância, fora do universo comum dos humanos, dos heterossexuais. Crime abominável, amor vergonhoso, gosto depravado, costume infame, paixão ignominiosa, pecado contra a natureza, vício de Sodoma. Confinado no papel do marginal ou excêntrico, o homossexual é apontado pela norma social como bizarro, estranho ou extravagante.

Nesse sentido se manifesta Daniel Borrillo (2010, p. 17), a homofobia é o medo de que a valorização dessa identidade seja reconhecida, sendo manifestada também “pela angústia de ver desaparecer a fronteira e a hierarquia da ordem heterossexual”. Ela se exprime, na vida cotidiana, por injúrias e por insultos, mas aparece também nos textos de professores e de especialistas ou no decorrer de debates públicos.

Independentemente de tratar-se de uma escolha de vida sexual ou de uma questão de característica estrutural do desejo erótico por pessoas do mesmo sexo, a homossexualidade deve ser considerada como uma forma de sexualidade tão legítima quanto a heterossexualidade. Na realidade, ela é

apenas “a simples manifestação do pluralismo sexual, uma variante constante e regular da sexualidade humana” (BORRILLO, 2010, p. 14).

Portanto, a heterossexualidade não é a única orientação sexual normal, direitos iguais independentemente da liberdade sexual dos indivíduos para evitar esse aumento de agressões contra gays, lésbicas, travestis, bissexuais e transexuais. Diante de tanta violência, a necessidade de uma lei para amparar essa minoria sexual para punir discursos de injúrias, incitação ao ódio. Discriminação. Com isso, a importância de uma legislação específica para garantir a inserção da população LGBTI+ no sistema jurídico.

2.5 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26

Neste capítulo se apresenta a caracterização da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 que tem como finalidade a criminalização de todas as formas de homofobia e transfobia como medida contra a intolerância, as ofensas, discriminações oriundas da orientação sexual e identidade de gênero, homicídios. De acordo com as garantias constitucionais dos direitos fundamentais.

Em 2013, o Partido Popular Socialista (PPS) e Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros ajuizaram Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO-26) na qual pediu que o STF declarasse a omissão do Congresso Nacional por não ter votado projeto de lei que criminaliza atos de homofobia. A ação foi proposta a fim de que fosse imposto ao Poder Legislativo o dever de elaborar legislação criminal capaz de punir a homofobia e a transfobia como espécies do gênero criminal racismo.

Na argumentação apresentada o PPS considera que a criminalização específica da homofobia, decorre de um dever indelével da ordem constitucional de legislar nos termos do artigo 5º XLII da Constituição Federal ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais contidas no inciso XLI do mesmo artigo ou, ainda, ofensiva ao princípio da proporcionalidade de acordo com o inciso LIV do artigo 5º.

Na condição de instrumento processual adequado ao caso em tela, o fundamento da ADO-26 se encontra contido no artigo 103 §2º da Constituição Federal e também no artigo 12-H da Lei 9.868/99. Assim, tendo sido designado o Ministro Celso de Mello como relator da ADO-26, o julgamento que se seguiu no STF promoveu a inserção da homotransfobia como forma de racismo, criminalizando a conduta à luz da Lei n. 7.716/89.

É provável que este entendimento que perdure até que o Congresso Nacional legisle especificamente sobre a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, restando consubstanciado nos termos abaixo:

A configuração de atos homofóbicos e transfóbicos como formas contemporâneas do racismo – e, nessa condição, subsumíveis à tipificação penal constante da Lei n. 7.716/89 – objetiva fazer preservar – no processo de formação de uma sociedade sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, IV) – a incolumidade dos direitos da personalidade, como a essencial dignidade da pessoa humana, buscando inibir, desse modo, comportamentos abusivos que possam, impulsionados por motivações subalternas, disseminar, criminosamente, em exercício explícito de inadmissível intolerância, o ódio público contra outras pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero (STF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26/DF, 2019).

A postura da Suprema Corte é coerente a outros momentos em que foi instada a se manifestar sobre condutas semelhantes em sua ofensa ao direito fundamental de não ser discriminado, como no julgamento do Caso Ellwanger, o qual, “se referia a discussão da liberdade de expressão e seu alcance no caso de publicação de obras antisemitas” (Ramos, 2020, p. 469). Aborda a temática do antissemitismo e da liberdade de expressão. Na ocasião, o STF entendeu que “Siegfried Ellwanger, autor de livros que negavam a ocorrência do Holocausto, deveria ser condenado pela prática do crime de racismo contra os judeus” (OLIVA, 2014, p. 21), mas, sobretudo porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direito e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão.

Contudo, a equiparação da homofobia no crime de racismo é um avanço resguardando os direitos fundamentais dessa minoria vulnerável, entretanto, prossegue sem uma legislação específica que criminalize a violência simbólica e física, as discriminações, preconceito e intolerância, o discurso de ódio. Consequentemente, os impactos do isolamento social causado pela pandemia para essa comunidade LGBTI+, tanto no trabalho, queda na sua fonte de renda, saúde, mostrou-se a total vulnerabilidade.

3 METODOLOGIA

3.1 Tipo de pesquisa

A pesquisa quanto ao ponto de vista de seus objetivos é exploratória cuja finalidade obter conhecimento e informações a respeito do que será pesquisado, sob a forma de pesquisa bibliográfica; Descritiva para registrar e descrever os fatos observados sem a interferência neles, analisando o nível de atendimento em alguns órgãos públicos buscando informações Direitos Humanos da OAB, Ministério Público Estadual, dados do Disque 100, ILGA.org (Associação Internacional de Gays e Lésbicas, Bissexuais, Trans e Intersexuais), entre outras fontes.

3.2 Instrumento de coleta de dados

Quanto aos procedimentos técnicos será uma pesquisa bibliográfica a partir de material já publicado principalmente de: livros, revistas, publicações, periódicos, artigos científicos, monografias, dissertações, teses, internet, etc. Segundo Prodanov e Freitas (2013, p.126), “método é uma forma de pensar para chegarmos à natureza de determinado problema, quer seja para estudá-lo ou explica-lo”. De maneira que, com o crescimento da pandemia do coronavírus fatos novos foram surgindo, como crescimento da violência doméstica, do idoso e a vulnerabilidade da comunidade LGBTI+ nesse período pandêmico que não contém dados oficiais confiáveis, continuando na invisibilidade.

3.2.1 Análise dos dados

O método de abordagem que se utiliza foi o dedutivo para chegarmos algum resultado final, a partir de princípios, leis ou teorias consideradas verdadeiras e indiscutíveis; O método de procedimento foi o histórico e monográfico, no primeiro, por que é necessária a investigação dos acontecimentos ou instituições do passado, para verificar sua influência na sociedade de hoje; No segundo, Gil (2008, p. 18) afirma que “parte do princípio de que o estudo de um caso em profundidade poderá ser considerado representativo de muitos outros ou mesmo de todos os casos semelhantes”. Esses casos podem ser indivíduos, instituições, grupos, comunidades, etc. A análise de dados vamos utilizar a qualitativa, uma relação do mundo real com o sujeito.

3.3.2 Resultados

A saber, em 2019, a comunidade LGBTI+ saiu vitoriosa quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu a homofobia e transfobia como racismo nos termos da ADInO 26 e MI 4733. Entretanto, de acordo com o Grupo Gay da Bahia-GGB (2020) o Brasil nesse período de pandemia apresenta um aumento de assassinatos de pessoas trans em relação ao ano de 2019.

Nesse contexto, uma pesquisa realizada pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais – ANTRA (2020) fez um mapeamento dos casos de assassinatos de

peças trans no Brasil através de notícias publicadas pela mídia, por que os dados oficiais são omitidos ou não querem tornar públicos.

Inclusive os dados apresentados, denunciam a violência, mostrando a necessidade de políticas públicas focadas na diminuição de homicídios, perfil das pessoas assassinadas como classe, idade, raça, gênero, além de outros fatores que colocam essa minoria como um grupo vitimado pelas mortes violentas intencionais.

Em vista disso, a ANTRA (2020) conforme o Boletim 04 informa que os dados são manipulados, produzidos pelas instituições da sociedade civil e passam a ideia que o número de mortes pessoas trans caiu em 2019 por ações do Estado. Mais sem confirmarem esses dados governamentais. O Brasil chega a 129 assassinatos de pessoas trans nos oito primeiros meses de 2020, com aumento de 70% em relação ao mesmo período do ano passado, e com mais assassinatos que em 2019 inteiro quando nesse último ano foram registrados 124 assassinatos.

Houve um aumento de 70% no número de assassinatos de pessoas trans no período entre 1 de janeiro e 31 de agosto de 2020, quando comparado com o mesmo período de 2019, mesmo durante pandemia do coronavírus e acreditamos que a flexibilização da quarentena e retomada quanto em 2020 tivemos 129 casos, em 2019 foram 76 assassinatos no mesmo período. Conforme o boletim 04, em 2017 e 2018 tiveram 118 e 113 registros consecutivamente (ANTRA, 2020).

Enquanto isso, os assassinatos de pessoas trans continuam aumentando pela falta de ações do estado, que não implementou nenhuma medida de proteção junto a população LGBTI+, mesmo depois da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a LGBTIfobia como uma forma do crime de racismo.

De acordo com os Boletins 02 e 03 da Antra (2020), os LGBTI+ enfrentam um momento singular com a pandemia da covid-19 agravando ainda mais as desigualdades já existentes. A vida das pessoas trans, principalmente as travestis e mulheres transexuais trabalhadoras sexuais, que seguem exercendo seu trabalho nas ruas têm sido afetadas. A maioria não conseguiu acesso às políticas emergenciais do Estado devido à precarização histórica de suas vidas e não possui outra opção a não ser continuar o trabalho nas ruas, se expondo ao vírus.

Conseqüentemente, segundo Valéria Cristina Gomes de Castro (2020), essa nova realidade social imposta pelo surgimento da doença viral provocou enormes mudanças na vida das pessoas, com a participação da mídia que a todo tempo atualiza as informações, demonstrando o impacto do problema mostrando a desigualdade e opressões Alguns grupos de vulnerabilidade sentirão stress,

insegurança por não poderem se expressar livremente, medo de ser excluído, expulsão da casa dos familiares e não ter para onde ir, piorando a sua física e psicológica.

Essas alternativas para o enfrentamento da pandemia como o distanciamento social, uso de máscaras, bloqueio total, não são recentes e fazem parte da história da saúde pública em diferentes épocas. As ações de isolamento são fundamentais como forma de diminuir a disseminação das doenças, quando são respeitadas (CASTRO, 2020).

Com as novas tecnologias, *facebook, whatsapp, instagram, twitter* e outras, como as biomédicas, trazem esperanças e ampliação das opiniões sobre o convívio durante a pandemia. O isolamento sugerido pelos médicos entra em confronto com a posição de governos e a classe política. O isolamento vertical que se refere ao grupo de risco e o isolamento horizontal que amplia para a toda a população, indicando as diferentes posições referindo-se a saúde, sobre a sociedade e o papel da ciência na vida das pessoas, dos riscos e regras que se deve ou não seguir.

Com a pandemia, Valéria Cristina Gomes de Castro, explica que a diminuição da convivência social faz com que muitas pessoas terão que conviver com seus agressores em seu espaço doméstico, como na ausência de limites de governantes quanto às opiniões e decisões que ultrapassam questões éticas e técnicas. Tais fatores na vida de muitos profissionais de saúde interferem, exigindo estes uma postura crítica e dinâmica.

O impacto da pandemia para a população LGBTI+ no trabalho é enorme, muitos ficaram sem renda, desempregados, isso pode acontecer por preconceito dos empregadores na hora da contratação de pessoas homoafetivas, situação que não teve alteração e com a pandemia agravou-se. Então, como medidas para conseguir algo, acabam se tornando "invisível", não declaram a sua orientação sexual com medo de serem demitidos.

Em muitos países, as pessoas LGBTIQ trabalham predominantemente no setor informal, contando com salários diários e sobrevivendo sem proteções de emprego, tornando-as especialmente vulneráveis a desacelerações econômicas e restrições ao movimento. De fato, muitas pessoas LGBTIQ devem escolher entre arriscar infecção para ganhar dinheiro suficiente para pagar comida e abrigo ou aderir aos requisitos de bloqueio e correr o risco de ficar sem suas necessidades básicas.

3.3.3 Discussão

Diante do exposto, em tempos da pandemia do coronavírus há um impacto imensurável na economia local e global, além da grave ameaça à saúde da população em geral e principalmente alguns grupos marginalizados que

sofrem desproporcionalmente. Portanto, é uma realidade e que algumas áreas sob o pretexto de medidas de controle de doenças aumenta a possibilidade de violações de direitos humanos, inclusive o medo e a busca por respostas estão levando a uma proliferação de mitos e rumores sobre causas e curas.

Os membros da comunidade LGBTIQ estão experimentando um nível mais elevado de vulnerabilidade, barreiras ao acesso aos cuidados de saúde não relacionados ao COVID-19 e ameaças à sobrevivência da comunidade. Como resultado, enfrentam discriminação de membros da família devido ao gênero ou orientação sexual estando em perigo por está nesse período em confinamento e quarentenas, podendo sofrer violência doméstica.

De fato, a violência e o abuso dentro de casa, no sistema de saúde, no trabalho crescem por que essa minoria está desamparada e conseqüentemente, conforme a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA, 2020), no Boletim 05/2020, de 01 de janeiro a 31 de outubro de 2020, o Brasil chega a 151 assassinatos de pessoas trans nos dez primeiros meses de 2020.

Como se não bastasse, pessoas LGBTI+ apresentaram sofrimento psíquico que vem da discriminação que existe no ambiente de trabalho, nos sistemas de saúde, na educação e na própria família, principalmente pela imposição de um padrão de masculinidade tóxica no momento em que passam a ser reconhecidos enquanto homens.

Os maiores impactos da pandemia para a população LGBT+ no Brasil, segundo a pesquisa feita pela #VOTELGBT+ (2020), encontram-se na seguinte maneira: saúde mental com 42,72%, novas regras de convívio com 16,58%, solidão 11,74%, convívio familiar 10,91%, falta de dinheiro 10,62%, falta de trabalho 7,0%. 54% precisam de apoio psicológico.

O novo coronavírus é um problema de saúde global, mas ele tem efeitos na saúde que vão além da infecção pelo vírus. A população LGBT+ sofre com problemas de saúde mental mais que a média nacional. É preciso entender a origem deste problema: as tão faladas doenças mentais, como depressão e ansiedade, manifestam-se mais agressivamente neste universo como consequência do convívio frequente com diversas formas de preconceito.

No cenário de pandemia, quando a situação de precariedade de boa parte dessa população se acentua ainda mais, colocando-os em situações de risco iminentes, é preciso buscar auxílio e soluções nas esferas governamentais. Porém, a ausência de soluções e de perspectivas reforça o sentimento de desamparo, solidão e decepção sobre as políticas do governo federal em relação às pessoas LGBT+.

Essa minoria necessita de políticas públicas como programas de valorização da diversidade, garantia de acesso à justiça como garantia a seus direitos conquistados, centro de referência como apoio social, saúde e psicológico.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como finalidade verificar os impactos da pandemia do Covid-19 sob o ângulo da sexualidade e diversidade de gênero, enfatizando o reflexo da crise pandêmica na comunidade LGBTI+. Diante disso, se busca a problematização da possibilidade de criminalizar a homofobia no período do isolamento social durante a epidemia do coronavírus e a necessidade de políticas públicas.

Neste sentido, como a vulnerabilidade dessa minoria sexual está se comportando em tempos de pandemia, já que houve um aumento considerável de preconceito, discriminação, discurso de ódio em redes sociais, ambiente de trabalho, nos sistemas de saúde, assim como, no ambiente familiar. Uma realidade onde o Estado e algumas pessoas insistem em invisibilização desse grupo.

Em conformidade com as questões levantadas e mediante o exposto, a abordagem utilizada, acima de tudo é a qualitativa, uma relação do mundo real com o sujeito, sendo a partir de uma pesquisa exploratória, cuja finalidade obter informações e conhecimento a respeito do que será pesquisado. Em vista disso, utiliza-se o método dedutivo, uma vez que é necessária a busca por números que dessem um norte para os reais impactos do coronavírus no mundo do trabalho, do sistema de saúde, da violência e normas de proteção para a comunidade LGBTI+.

Nesse contexto, quais são as mudanças ou dificuldades e desafios para lutar contra a discriminação, preconceito da homofobia durante a pandemia do COVID-19?

Em síntese, se procurou dados que justificassem os desafios que essa comunidade LGBT+ tem enfrentado no contexto da quarentena e do isolamento social durante a pandemia, apesar de seus direitos estejam bastante fragilizados, levanto essas diferenças a LGBTfobia. Diante disso, elementos dessa pesquisa levou a compreensão do dinamismo como afeta a população LGBTI+ principalmente.

De todo o exposto, a dificuldade para acompanhar a problemática do grupo LGBT+ no contexto da pandemia do coronavírus, se verifica na ausência de dados oficiais. Apesar de equiparado ao crime de racismo há um ano, se tem, nas delegacias, Tribunais de Justiça não há relação de processos e condenação, deixando a população LGBTI+ sem amparo legal até que o Congresso Nacional seja provocado para iniciar os debates sobre essas minorias vulneráveis e invisíveis.

REFERÊNCIAS

#VOTELGBT. **LGBT+ sofrem mais o impacto da pandemia**. 2020. Disponível em: <https://votelgbt.org/pesquisas>. Acesso em: 06 out. 2020.

Acesso em: 29 out. 2020.

ANTRA. **Assassinatos**: Boletins 2020. AntraBrasil.org. 2020. Disponível em: <https://antrabrasil.org/assassinatos/>. Acesso em: 03 nov. 2020

BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994, p 101.

BORRILLO, Daniel. Homofobia: **história e crítica de um preconceito** / Daniel Borrillo; [tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira]. - Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010. - (Ensaio Geral, 1).

BRASIL. **Decreto nº 3.952, de 4 de outubro de 2001**. Dispõe sobre o Conselho Nacional de Combate à Discriminação - CNCD. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/100704/decreto-3952-01>. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.759, de 11 de abril de 2019**. Extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9759.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.883, de 27 de junho de 2019**. Dispõe sobre o Conselho Nacional de Combate à Discriminação. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/decreto-n-9.883-de-27-de-junho-de-2019-179415322>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. **Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 05 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.844, de 18 de junho de 2019**. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13844.htm. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989.** Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 05 out. 2020;

BRASIL. **Medida Provisória 2216-37 de 31 de Agosto de 2001.** Conselho Nacional de Combate à Discriminação/LGBT. Disponível em:
<https://www.ipea.gov.br/participacao/conselhos/conselho-nacional-de-combate-a-discriminacao-lgbt/145-conselho-nacional-de-combate-a-discriminacao-lgbt/281-conselho-nacional-de-combate-a-discriminacao-lgbt>. Acesso em: 26 out. 2020.

CARDIN, Valéria S. G.; SEGATTO, Antonio C.; CAZELATTO, Caio E. C. O exercício ilegítimo do discurso de ódio homofóbico sob a ótica da sexualidade e da dignidade humana. **Revista Jurídica**. vol. 01, n°. 46, Curitiba, 2017. pp. 90-118. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2001>. Acesso em: 29 out. 2020.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa. O discurso de ódio homofóbico no Brasil: Um instrumento limitador da sexualidade humana. **Revista Jurídica Cesumar**. set./dez. 2016, v. 16, n. 3, p. 919-938. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Jur-CESUMAR_v.16_n.03.13.pdf. Acesso em: 14 set. 2020.

CASTRO, Valéria Cristina Gomes de. A “normalidade” da covid-19 e a vida cotidiana. **Metaxy - Revista Brasileira de Cultura e Política em Direitos Humanos**. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/metaxy/announcement/view/471>. Acesso em: 29 out. 2020.

CENTRO DE REFERÊNCIA EM DIREITOS HUMANOS NA PREVENÇÃO E COMBATE À HOMOFOBIA. **Rompendo o silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea** / Fernando Pocahy (organizador). – Porto Alegre: Nuances, 2007. Disponível em:
<https://drive.google.com/file/d/15SECXqYFJFzUGzF8933hS2t36nlmJdT/view>. Acesso em: 26 out. 2020.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social** / Antonio Carlos Gil. - 6. ed. - São Paulo : Atlas, 2008

GRUPO GAY DA BAHIA-GGB. **Relatórios anuais de mortes LGBTI+**. 2020. Disponível em: <https://grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-lgbti/>. Acesso em:

OLIVA, Thiago Dias. **O discurso de ódio contra as minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão no Brasil**. Dissertação de Mestrado. USP. São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-14122015-093950/pt-br.php>. Acesso em: 14 set. 2020.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. 2007. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 14 set. 2020.

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

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos** / André de Carvalho Ramos. – 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

RIOS, Roger Raupp. Tramas e interconexões no Supremo Tribunal Federal: Antidiscriminação, gênero e sexualidade. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 11, N.02, 2020, p. 1332-1357. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdp/v11n2/2179-8966-rdp-11-02-1332.pdf>. Acesso em:

RIOS, Roger Raupp; SILVA, Rodrigo da. Discriminação Múltipla e Discriminação Interseccional: Aportes Do Feminismo Negro e Do Direito Da Antidiscriminação. **Revista Brasileira de Ciência Política**, no. 16, Apr. 2015, pp. 11–37. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n16/0103-3352-rbcpol-16-00011.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2020.

RIOS, Roger Raupp; SILVA, Rodrigo da. **Democracia e direito da antidiscriminação: interseccionalidade e discriminação múltipla no direito brasileiro**. Cienc. Cult. vol.69 no.1 São Paulo Jan./Mar. 2017. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252017000100016. Acesso em: 30 nov. 2020.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. **In: SARMENTO, Daniel**. Op. cit.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 31.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 244.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. 2018. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>.
Acesso em: 29 out. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 Distrito Federal**. rel. Min. Celso de Mello, voto do Min. Ricardo Lewandowski, j. 13-6-2019. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>.
Acesso em: 31 out. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no RE 840.718**, relator para o acórdão Min. Ricardo Lewandowski. 10-9-2018. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748224897>.
Acesso em: 01 nov. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus: HC 83.996/RJ**. rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17-8-2004. Disponível em:
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/767702/habeas-corpus-hc-83996-rj>.
Acesso em: 01 nov. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 845.779-SC. Relator Min. Roberto Barroso. 18/05/2015. Disponível em:
<https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/RE-845779-%20Voto%20Min%20%20Edson%20Fachin.pdf>. Acesso em: 23 out. 2020.

A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA DO BRASIL 2019-2020

GECIANE APARECIDA ALVES COSTA

RESUMO: A análise procura ressaltar a importância da lei maior referente à Intervenção do Estado na economia. Utilizam-se os métodos de análise crítica do atual momento da política econômica através de considerações de doutrinadores, e da legislação a respeito da evolução e conceitos da ordem econômica e dos direitos às garantias fundamentais elencados na Constituição. Apresenta o cenário normativo, político e econômico que tem enfrentado o caos de uma economia vulnerável e desfavorável para o progresso do país. Em seguida, detém-se análise da tentativa desesperadora do povo para gerir os negócios e conseguirem um emprego, versus o governo e a falta de ação para reverter o quadro econômico. O resultado obtido é que o poder público deve agir e observar as normas para aplicar no caso que pode possibilitar a interferência e, conseqüentemente, o desenvolvimento das atividades econômicas e a diminuição da desigualdade social. A incorporação desse mecanismo no ordenamento jurídico brasileiro deu-se com o intuito de autopreservação do Estado que estando diante de uma necessidade extrema, que abala a vida social e coloca em risco a dignidade da pessoa humana e soberania tende a agir.

Palavras-chave: Economia. Constituição. Estado. Povo. Desenvolvimento.

ABSTRACT: The analysis seeks to highlight the importance of the larger law regarding State Intervention in the economy. We use the methods of critical analysis of the current momento of economic policy through considerations of indoctrinators, and legislation regarding the evolution and concepts of the economic order and the rights to fundamental guarantees listed in the Constitution. It presents the normative, political and economic scenario that has faced the chaos of a vulnerable and unfavorable economy for the country's progress. Then, there is an analysis of the people's desperate attempt to manage business and get a job, versus the government and the lack of action to reserve the economic situation. The result obtained is that the public power must act and observe the rules to apply in the case that may make interference possible and, consequently, the development of economic activities and the reduction of social inequality. The incorporation of this mechanism in the Brazilian legal system took place with the intention of self-preservation of the State, which in the face of an extreme need, which shakes social life and puts at risk the dignity of the human person and sovereignty, tends to act.

Keywords: Economy. Constitution. State. People. Development.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO, ESTADO: ORDEM E INTERVENÇÃO ECONÔMICA, MEIOS DE ATUAÇÃO DO ESTADO. A SOCIEDADE E A NORMA CONSTITUCIONAL ECONÔMICA, DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E DESIGUALDADE SOCIAL, JUSTIÇA SOCIAL. CONSIDERAÇÕES FINAIS e REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Através do presente trabalho é possível analisar a temática A Intervenção do Estado na Economia do Brasil 2019-2020, enunciando-a no contexto constitucional, administrativo, político, econômico e social. A principal motivação para sustentar o presente projeto de pesquisa, reside na importância que o tema possui para a sociedade atual, sendo considerado um tema clássico em tempos de crise econômica.

O Estado se apresenta como uma organização denominada sociedade política. Nessa sociedade há normas jurídicas e também uma hierarquia entre governantes e governados, sujeitos a buscar o bem público. As normas jurídicas que regulam a atividade econômica resultam do entendimento de que o Estado possui função de equilibrar o mercado, dirigindo a uma política que ele próprio desenvolve, embora se mantenha o princípio da iniciativa privada e do mercado.

O novo governo federal não está sabendo usar a máquina pública e ficou evidente para o mundo a crise política e econômica do Brasil. A cada dia uma ação do governo é vista de forma negativa, e isso gera impactos na economia e na vida do povo.

Segundo Joseph Schumpeter (1950), "a própria política é determinada pela estrutura e estado do processo econômico e se torna transmissora de efeitos, tão inteiramente dentro do âmbito da teoria econômica como qualquer compra e venda". (SCHUMPETER, 1950, p.79). Por esse motivo, pode-se fazer uma análise crítica da obrigação do Estado em assumir a atuação de forma mais expansionista e responsável.

A indagação justifica-se na primordial necessidade de reconhecer o problema atual que resulta na incerteza e no caos econômico, político e social. O que é feito, não colabora com a resolução do problema que tende a agravar mais, pois a desigualdade social está aumentando e a o desenvolvimento econômico está quase que paralisado. O governo precisa ter uma reação para que seja possível a queda da taxa de desemprego, ou seja, o objetivo final é desmistificar a ideia de que é preciso um caos econômico de tempo em tempo para readequar a economia.

Sendo assim, a ideia é trabalhar uma proposta de aplicar o que rege a Constituição Federal, em prol da ética, moral, educação, inclusão e direito. Esta falta de efetivação da justiça social implica na sensação de incerteza do amanhã. É necessário fundamentar conscientemente novas promessas capazes de fazer esquecer velhas feridas e instituir a confiança no futuro.

2 ESTADO: ORDEM E INTERVENÇÃO ECONÔMICA

Pode-se entender por Ordem Econômica “o tratamento jurídico disciplinado pela Constituição para a condução da vida econômica na Nação, limitado e delineado pelas formas estabelecidas na própria Lei Maior para legitimar a intervenção do Estado no domínio privado econômico”. (FIGUEIREDO, 2010).

A conceituação de ordem econômica pode dar-se de outra forma, segundo Vital Moreira (*apud* GRAU, 2002).

“Em um primeiro sentido, ordem econômica é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta, a expressão, aqui, é termo de um conceito de fato (é conceito do mundo do ser e o que caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou a normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e matérias, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato. Em um segundo sentido, ordem econômica é expressão que designa o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica e por fim, pode significar ordem jurídica da economia. (MOREIRA, *apud* GRAU, 2002, p.57).

No Brasil, a ordem econômica foi erigida na norma constitucional a partir da Constituição Republicana de 1934. A ordem econômica equivale a coerência do que deve ser feito e as regras do aspecto econômico. De forma direta, Modesto Carvalhosa (1972) esclarece que “no conceito de Ordem Econômica constitucional destaca-se o modo de ser jurídico do sujeito econômico, ou seja, a sua função: social e política, atribuída à atividade produtiva pelo Direito Público”. (CARVALHOSA, 1972, p.51).

Todas as análises feitas durante a história trouxeram a premissa de que não tivemos Estados que deixaram de participar da atividade econômica. A Constituição

da República Federativa do Brasil de 1988 relata que ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Ou seja, quanto ao âmbito social não há possibilidade de intervenção em prol da iniciativa privada.

Gilberto Bercovici (2011), pondera que:

“Não há na Constituição nenhum dispositivo que estabeleça que o Estado só pode atuar na esfera econômica em caso de desinteresse ou ineficiência da iniciativa privada, o chamado princípio de subsidiariedade. Pelo contrário, o texto constitucional deixa claro que a economia não é o terreno natural e exclusivo da iniciativa privada. Não existe no sistema capitalista nenhuma incompatibilidade entre a economia de mercado e a atuação econômica estatal, pelo contrário”. (BERCOVICI, 2011, p.271).

O Estado assume a direção geral da ordem econômica, podendo analisar a disponibilidade dos recursos dos entes privados e regular as atividades, a fim de que não possam ser exercitadas para prejudicar o bem geral.

A intervenção do Estado pode se dar de forma direta e indireta. A forma direta está ligada ao regime de competição com a iniciativa privada ou em regime de monopólio e em parceria de iniciativa privada. Já a intervenção indireta é quando o Estado regula, fiscaliza, incentiva, normatiza e planeja.

A interferência direta do Estado tem características que estão ligadas ao Direito Público, segundo Marçal Justen Filho (2015):

“A intervenção direta da ordem econômica comporta duas vertentes fundamentais. Pode configurar serviço público ou atividade econômica propriamente dita. O serviço público existe quando uma atividade econômica é necessária de modo direto e imediato à satisfação de direitos fundamentais. Como decorrência, essa atividade é atribuída à titularidade do Estado e submetida ao regime de Direito Público”. (FILHO, 2015, p.423).

Portanto, os serviços públicos são obrigatórios e sem interrupção, pois são essenciais para garantir a existência digna dos indivíduos com satisfação imposta pelo Estado. Desta forma a máquina administrativa cresceu em quantidade e

complexidade. Todo crescimento de um determinado setor público requer estrutura e se faz necessário gastos e planejamento realizados pelo Estado.

A forma de intervenção indireta demonstra a necessidade do Estado em adotar medidas capazes de inibir ou estimular o comportamento do mercado ou de outros segmentos econômicos. Consoante o exposto, nota-se que a atuação indireta estatal visa garantir o pleno atendimento e respeitar os princípios que trata da Ordem Econômica, ou seja, cabe ao Poder Público atuar a fim de corrigir falhas de mercado e estabelecer o equilíbrio, em prol do interesse público.

3 MEIOS DE ATUAÇÃO DO ESTADO

O Estado sempre interveio em todos os âmbitos da vida pública e privada, dado que toda atividade reguladora mediante normas jurídicas que ordenam a vida social pode ser considerada uma intervenção. Portanto, a atuação do Executivo e Legislativo podem causar a interferência na economia, assim como os órgãos da administração pública.

A atuação das autoridades é por meio de um procedimento a ser adotado pela Administração Pública que deve ser racional e envolver a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como embasado em proporcionalidade.

O intervencionismo econômico impulsionou o surgimento de agências reguladoras que são consideradas instituições da Administração Pública. As agências reguladoras atuam com autonomia administrativa e financeira e possuem atribuições de cunho normativo, executivo e jurisdicional para alguns segmentos econômicos. A principal função atribuída as agências reguladoras é a solução de litígios que busca o consenso entre agentes regulados e entre usuários que tem interesses divergentes.

Visando a defesa da livre concorrência a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 173, §4º determinou que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Aludindo um assunto de interesse coletivo, surge a defesa da concorrência que é um meio que busca criar uma economia eficiente com maior variedade de produtos pelos menores preços possíveis. A forma de repressão dos abusos é encontrada nas normas que conforme regulamentação estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência com premissa da lei 8.884/94, alterada em alguns dispositivos, pela lei 12.529/11. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que possui natureza jurídica de autarquia, vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE).

Segundo Matheus de Carvalho (2017), as sanções da referida lei aplicam-se:

“Às pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, e, ainda, a associações de entidades ou pessoas, de fato ou de direito, mesmo que sem personalidade jurídica ou de caráter temporário, sendo prevista a responsabilidade solidária das sociedades empresárias envolvidas, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica”. (CARVALHO, 2017, p.1190).

A prática de infrações sujeita o infrator à aplicação de sanções e a mais comum é a de multa. Outrossim, O Conselho Administrativo de Defesa Econômica poderá tomar do representado o compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que em juízo de conveniência e oportunidade, e dependendo do caso poderá ser celebrado o acordo de leniência.

Todas as práticas realizadas por quem detém poder econômico seja pessoas físicas ou jurídicas devem ser regularizadas e fiscalizadas, pois o Estado arrecada dinheiro e a sociedade recebe alguns benefícios através de políticas públicas, emprego formal e a queda da desigualdade.

4 A SOCIEDADE E A NORMA CONSTITUCIONAL ECONÔMICA

A sociedade é refém do sistema econômico, pois tem necessidades materiais que só se satisfazem com o desenvolvimento econômico.

“Um primeiro pressuposto de toda existência humana e, portanto, de toda história (...) é que os homens devem estar em condições de poder viver a fim de “fazer a história”. Mas para viver, é necessário, antes de mais nada, beber, comer, ter um teto onde se abrigar, vestir-se etc. O primeiro fato histórico é, pois, a produção dos meios que permitem satisfazer essas necessidades, a produção da própria vida material; trata-se de um fato histórico; de uma condição fundamental de toda a história, que é necessário, tanto hoje como há milhares de anos, executar, dia a dia, hora a hora, a fim de manter os homens vivos”. (QUINTANEIRO, apud MARX, p.33, 2002).

No processo de produção que impõe o sistema econômico capitalista os homens estabelecem relações com o fim de obter lucros e produtos. Mediante essas relações “a riqueza só existe agora como processo social que se expressa no entrelaçamento da produção e da circulação”. (QUINTANEIRO, apud MARX, p.75, 2002).

A cultura econômica desencadeia o pensamento de que o indivíduo vale pelo que tem materialmente, e não pelo que é eticamente. Para ter bens e riquezas é necessário trabalhar. Desta forma, o trabalhador e suas qualidades humanas só existem para o capital.

“ O malandro, o sem-vergonha, o mendigo, o faminto, o miserável e o delinquente não existem para a economia política, são fantasmas fora de seu reino, já que ela somente leva em conta as necessidades do trabalhador cujo atendimento permite manter vivo a ele e a categoria dos trabalhadores. O salário serve para conservar o trabalhador como qualquer outro instrumento produtivo. Esta é uma visão estreita do que são as necessidades humanas que contemplam também a beleza, a paixão, o espírito e a sociedade mesma, os demais seres humanos. Mas enquanto existir a propriedade privada dos meios de produção, as necessidades dos homens resumem-se ao dinheiro, e as novas necessidades criadas servirão para obrigá-los a maiores sacrifícios e dependências”. (QUINTANEIRO, apud MARX, p.51, 2002).

As civilizações podem entrar em colapso porque há uma imensa desigualdade social, cultural e econômica. Não é preciso um caos econômico de tempo em tempo para readequar a economia, mas é necessário um Estado que esteja atento ao processo civilizatório para fazer valer o que consta na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no que tange a ordem e intervenção econômica.

A Constituição da República Federativa de 1988 no caput do artigo 170 demonstra que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e que visa assegurar a todos existência digna, e deve ser observado os princípios de soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução da desigualdade regional e social, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

A base do sistema econômico está enraizada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a principal finalidade da norma econômica é garantir a existência digna através da justiça social.

Porém, em momento de crise os princípios citados que estão nos incisos do artigo 170 são esquecidos pelo Estado. E nesta crise de 2020 foi constatado o aumento do desemprego e de falências e recuperações judiciais; redução nas taxas

de lucros e dos níveis de investimento; e diminuição da renda e dos níveis de produtividade.

5 DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E DESIGUALDADE SOCIAL

O Brasil vinha sofrendo impactos negativos na economia devido à crise política; a taxa de desemprego estava alta e com a chegada do Covid-19 a recessão foi inevitável. Na Constituição da República Federativa do Brasil a ordem econômica relata os objetivos fundamentais do Estado e para atingir esses objetivos é preciso fazer a análise da sociedade, da economia global, da cultura e do poder do Estado referente a intervenção.

Entretanto, quando há necessidade de mudança para ter o desenvolvimento econômico deve ser analisada a relação de consumo, pois é o produtor que inicia a mudança econômica, sendo os consumidores fiéis seguidores da cultura capitalista.

Segundo Schumpeter, o desenvolvimento é definido pela realização de cinco combinações:

“Introdução de um novo bem: Um bem com que os consumidores ainda não estiverem familiarizados ou de uma nova qualidade de um bem.

Introdução de um novo método de produção: Um método que ainda não tenha sido testado pela experiência no ramo próprio da indústria de transformação, que de modo algum precisa ser baseada numa descoberta cientificamente nova, e pode consistir também em uma nova maneira de manejar comercialmente uma mercadoria.

Abertura de um novo mercado: Um mercado em que o ramo particular da indústria de transformação do país em questão não tenha ainda entrado, quer esse mercado tenha existido antes, quer não.

Conquista de uma nova fonte de oferta de matérias-primas ou de bens semimanufaturados: Mais uma vez independentemente do fato de que essa fonte já existia ou teve que ser criada.

Estabelecimento de uma nova organização: Qualquer indústria, como a criação de uma posição de monopólio ou

fragmentação de uma posição de monopólio”. (SCHUMPETER, 1997, p.76).

Desta forma, o Estado precisa intervir na economia e apresentar novos meios de atuação observando as combinações citadas e que podem colaborar para o desenvolvimento da economia. A Constituição da República Federativa do Brasil no que tange a Ordem Econômica e a dos Direitos Sociais que visam garantir a dignidade da pessoa humana, é um perfeito conjunto de elementos que tencionam o bem da sociedade, mas na prática o que está posto na Constituição não é considerado pelas empresas, governo e até mesmo pelas instituições jurídicas.

O enfretamento de uma crise econômica pede a interferência estatal, pois o povo é dependente da atuação do Estado que deve avaliar os benefícios e riscos macroeconômicos que afetam a inflação, PIB, desemprego, consumo, entre outros fatores.

O diálogo da economia com o direito é essencial, mas difícil de obter êxito. Os grandes economistas e empresários precisam mudar o pensamento de que para ter o desenvolvimento econômico não é necessário a interferência do Estado e que ajudar os menos favorecidos só fabrica dependentes preguiçosos. Se o governo e os grandes empresários continuarem tendo as mesmas atitudes, teremos os mesmos resultados negativos.

Culpam a ignorância financeira da classe média e baixa, mas as classes investidoras não aceitam a o seu erro perante a lei maior, Estado e o desenvolvimento socioeconômico. É importante destacar que a sociedade brasileira possui um modelo tributário arcaico que precisa ser alterado para atender as demandas sociais e reduzir a desigualdade de renda e riquezas. O jogo da economia é composto pela política, poderes, globalização, riquezas, custos, sociedade, classes, etc., mas, sobretudo, pelas normas. Segundo o autor Modesto Carvalhosa (1972):

“Em consequência, utiliza o Estado de todos os meios normativos, administrativos e operacionais para obter pleno aproveitamento de todos os fatores econômico e não econômicos (recursos naturais, humanos e capitais), através de uma política de desenvolvimento regional e setorial que propicie o aumento do nível geral da produção e sua racional participação, no espaço, por toda a área política do Estado. (CARVALHOSA, 1972, p.71).

O Estado precisa assumir sua responsabilidade e ser o propulsor da atividade econômica em prol da sociedade. Em tese, a desigualdade social se dá devido à falta

de comprometimento e planejamento do Estado que ocasiona todos os problemas que são enfrentados na crise econômica.

A norma é o limite imposto para todas as pessoas jurídicas ou físicas e até mesmo para o Estado. A ordem econômica impõe o que é fundamental para acabar com os problemas econômicos e para obter o desenvolvimento socioeconômico.

Quando analisada a desigualdade é indispensável recorrer aos acontecimentos históricos que ensejou a concepção de que a desigualdade surgiu a partir de um processo de transformação cultural, extensão territorial, população, recursos naturais, conflito distributivo da produção capitalista, entre outros.

No Brasil sempre houve uma má distribuição de renda e isso colabora para que seja gerado a favelização, a pobreza, miséria, desemprego, desnutrição, marginalização, violência e escassez dos serviços essenciais prestados pelo poder público ao povo.

Nesse caso, é inegável que a medida mais apropriada para suprimir a desigualdade seja aliar as normas, justiça social, a atuação do Estado e a eficiência econômica. Sabe-se que há alguns programas que atendem os menos favorecidos economicamente, mas é primordial que o Estado se atente para a desigualdade que assombra o país há anos, pois os programas que foram desenvolvidos pelos governos não tiveram plena eficácia.

Para que tenha uma queda na desigualdade e a possibilidade de desenvolvimento econômico é preciso equilibrar o sistema tributário, promover a oferta de trabalho formal, revogar a emenda de teto de gastos, tributar lucros, dividendos; combater a concentração de terras, investir em saúde e educação, melhor qualidade do gasto público e combater a corrupção.

6 JUSTIÇA SOCIAL

A ideia de justiça social faz referência a isonomia, que implica na forma de distribuição de riquezas. Portanto, a justiça social está intimamente ligada a isonomia, tendo um meio para atingi-las:

Tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impede analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os

valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles. (MELLO, 2011, p.21-22).

Desta forma, para adotar uma medida que abrange a distribuição de bens, o bem comum e a primordial justiça social é necessário obter acesso à educação, à saúde, à cultura. Eros Roberto Grau (1991), afirma que:

Justiça social, inicialmente, significa superação as injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar existência de qualquer política econômica capitalista". (GRAU, 1991, p.241).

Quando ocorre o desenvolvimento econômico não significa que irá ocorrer o desenvolvimento social. O Estado deve planejar resultados que serão aproveitados socialmente de forma justa entre todos da sociedade. A parceria da justiça social com a ordem econômica proporciona benefícios sociais que estimula um caráter distributivo da economia garantindo participação ampla nos resultados da atividade econômica.

Os objetivos da ordem econômica são a existência digna e a justiça social, mas para serem efetivados precisam da aplicabilidade dos princípios que compõem o contexto da ordem econômica constitucional. Os princípios mais importantes a serem observados e aplicados são o da soberania nacional, livre concorrência, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido às empresas nacionais de pequeno porte.

O princípio soberania nacional significa que as decisões a serem tomadas devem representar a vontade absoluta do Estado que irá direcionar a aplicabilidade dos demais princípios como o de livre concorrência que é indispensável para o sistema capitalista, pois visa a rivalidade dos prestadores de serviço que acabam tendo que aprimorar seus meios de serviços e produtos em prol das escolhas positivas dos consumidores e a proteção do meio ambiente. A defesa de um meio ambiente equilibrado e a proteção no ordenamento jurídico tem sido um tema de muitas discussões pelos líderes empresariais e políticos. Podemos ter a globalização econômica, mas é essencial que as pessoas que detém o poder econômico e político objetivem os efeitos de suas ações ao bem-estar que propaga qualidade de vida humana.

A redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido às empresas nacionais de pequeno porte são princípios que afetam um ao outro de forma direta. Para que haja a redução das desigualdades regionais e sociais é preciso criar políticas públicas e só o poder público é competente para fazer a análise do que é necessário para o desenvolvimento econômico e a maneira que seja possível a garantia do pleno emprego que se pode dar através da atividade empresária das grandes ou pequenas empresas, sendo estas as beneficiadas do princípio intitulado como tratamento favorecido às empresas nacionais que é a necessidade de proteger os organismos que estão começando e que conseqüentemente, possuem menores condições de competitividade.

Por fim, há o princípio de propriedade privada, função social da propriedade e defesa do consumidor que ao pensar na intervenção do Estado na economia como meio de garantir a justiça social e a existência digna não devem ser tão utilizados como os outros, tendo em vista que o ordenamento jurídico operam esses princípios com bastante constância.

Portanto, o Estado é responsável pela efetivação de atividades que contribuem com o desenvolvimento econômico, aspirando a acumulação de capital e aumento da produtividade, ambicionando o crescimento sustentado da renda por habitante e melhoria dos padrões de vida da população do país.

O Estado deve ser orientado em termos legais com racionalidade de que permite previsão da ação, ou seja, a resposta para a problemática apresentada é uma presença maior do Estado de forma eficiente com programas que ajude a aumentar o investimento e a produtividade da economia que já estão previstos na Lei maior.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia central do trabalho pode proporcionar para a sociedade um pensamento de que, para ter a efetivação deste direito público de forma eficiente é necessário que os cidadãos reconheçam que estão sendo representados e que todos tem a responsabilidade de participar da representação, de ser tratados com igualdade e respeito pelos servidores públicos que atuam em prol da ordem pública e dos poderes, sendo assim, há o dever de respeitá-los, abrangendo a aplicação da norma viável e o exercício da ética e dos valores morais. Colaborando com a mudança de pensamento que nada é absoluto, mas relativo, e que a todo instante tudo que aborda o Social, Jurídico, Executivo, Legislativo e Econômico poderá ser modificado; e cabe a nós prepararmos-nos para modificações positivas ou negativas, tendo ações preventivas para manter a estabilidade ou minimizar os impactos da crise econômica e política na sociedade.

Conclui-se que os problemas que tende a surgir envolvendo a coletividade, gera uma obrigação ao poder público que deve agir e observar as normas para aplicar no caso. A incorporação desse mecanismo no ordenamento jurídico brasileiro deu-se com o intuito de autopreservação do Estado que estando diante de uma necessidade extrema, que abala a vida social e coloca em risco a soberania deve buscar a solução que efetiva o desenvolvimento social e a justiça social; colaborando com a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido às empresas nacionais de pequeno porte. O poder público é uma grande instituição, posto que possui o papel essencial de guia na concretização de diversos direitos e tem o poder de aplicar as normas em prol do bem comum.

O Estado deve ser equipado para produzir e implementar políticas públicas, ou seja, deve ter um aparato administrativo eficiente para garantir a existência de empresas que resultem no que é essencial no capitalismo que é o lucro; reduzir os juros, investir nas concessões e criar uma política macroeconômica com destaque na educação e infraestrutura para gerar crescimento de longo prazo para o país. Sendo a constituição o meio jurídico fundamental da comunidade, devendo ser sempre observada e aplicada com o objetivo de redução das desigualdades e de um Brasil mais prospero que vise o progresso.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

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

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. Salvador: Juspodivm, 2017.

CARVALHOSA, Modesto. A ordem econômica na constituição de 1969. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988(Interpretação e Crítica)**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988(Interpretação e Crítica)**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª ed. São Paulo: São Paulo,

2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 1999.

QUINTANEIRO, Tania et al. **Um Toque de Clássicos: Marx, Durkheim e Weber**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

SHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

SHUMPETER, Joseph. **Teoria do Desenvolvimento Econômico**. São Paulo: Editora Nova Cultura, 1997.

PODER DE POLÍCIA EM TEMPOS DE COVID-19

PATRICIA PRIETO MOREIRA:

Mestranda em Direito
Administrativo pela PUC/SP

Resumo: As ingerências estatais na liberdade e na propriedade dos cidadãos em nome bem-estar coletivo sempre preocuparam filósofos e juristas. Atualmente a exata medida de tais intervenções é extraída das Constituições de cada Estado Democrático de Direito. A classificação do COVID-19, como uma pandemia pela OMS - Organização Mundial de Saúde estimulou diversos Estados a promoverem medidas interventivas para assegurar a saúde e a segurança de sua população. O Brasil se inclui na lista dos países que se valeram do *poder de polícia* para impor determinados condicionamentos, alguns deles serão objeto de estudo sob a ótica do princípio da juridicidade.

Palavras-chave: Poder de Polícia. Estado de Direito. COVID-19.

Sumário: 1. Introdução – 2. A noção de subordinação – 3. Estado de Polícia x Estado de Direito – 4. Delineamento do Poder de Polícia – 5. Poder de Polícia x COVID-19 – 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Desde 11 de março de 2020, data em que a OMS - Organização Mundial de Saúde reconheceu o COVID-19, como uma pandemia – declaração formal da disseminação mundial de doença altamente transmissível e eventualmente fatal – , os direitos fundamentais à liberdade, à saúde, à segurança e à informação, alcançaram um patamar elevado e, por força da ampla difusão de informações promovida pelos meios de comunicação em massa, tornaram-se objeto de especial atenção da sociedade e do Estado sem precedentes na história mundial.

No início, pouco após o reconhecimento da pandemia – final do mês de março –, o Brasil já tinha adquirido status de país como maior número diário de mortes em decorrência do COVID-19¹⁶⁷ e até o dia vinte de junho já tinha registrado oficialmente mais de 50.000 (cinquenta mil) mortes¹⁶⁸. Os números, quando

¹⁶⁷ Cf. notícia veiculada pela BBC disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52100131>. Acesso em: jun. 2020.

¹⁶⁸ Segundo divulgação pública do Ministério da Saúde por meio do painel COVID-19 disponível no portal: <https://covid.saude.gov.br>

corretamente divulgados, são desesperadores. Alguns fatores contribuíram fortemente para esse desastre, mas o mais evidente é a falta de coesão e harmonia entre as políticas públicas federais, estaduais e municipais praticadas em combate a pandemia.

De lá para cá, em nome do bem-estar coletivo, os entes federados adotaram várias medidas interventivas, algumas imprescindíveis e bem sucedidas outras infelizes e, parte destas com manifesta inconstitucionalidade. As naturezas das intervenções variam, vão da requisição de bens e serviços, por meio de determinações oficiais para entrega de medicamentos, equipamentos de saúde e leitos de UTIs - Unidades de Tratamento Intensivo da rede privada de saúde, e chegam à imposição condicionamentos extrapatrimoniais a liberdade de ir e vir, a fruição de bem público de uso comum do povo, ao livre trânsito em território nacional, entre outras importantes limitações coercitivas.

E, infelizmente, a tendência nacional é que as restrições ao direitos fundamentais ganhem cada vez mais relevância e espaço diante do caos que se instaurou e não tem ainda um termo final próximo. Por isso o presente artigo traçará um panorama geral sobre a origem e os contornos do *poder de polícia* para ao final verificar, com três casos pragmáticos, a proporcionalidade das intervenções típicas de polícia defronte ao interesse primordial a ser protegido, a vida da população brasileira.

2.A NOÇÃO DE SUBORDINAÇÃO

O *poder de polícia*, desde sua concepção clássica, externa um vínculo com a ideia de subordinação, no sentido de obediência, dependência, disciplina, etc. A relação de sujeição a figura de um líder sempre se estabeleceu entre os homens que compõem as sociedades em dado momento e lugar, seja qual for o modelo de organização do poder – “*toda constituição muda por ação dos que exercem cargos de governo*”¹⁶⁹. A figura do soberano ou é imposta pela força natural, como nos *principados hereditários*¹⁷⁰, ou é infundida pela conquista armada, no *Estado por aquisição*¹⁷¹, ou é determinada pela escolha dos homens, no *Estado Civil* de base contratual¹⁷².

169 PLATÃO. *A república: ou sobre a justiça, diálogo político*. São Paulo: Martins Fontes – selo martins, 2014, p. 310.

170 MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Edipro, 1994, p. 15.

171 HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 148.

172 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015, p. 24.

O fundamento dessa ligação é a necessidade de proteção, de que seja assegurada certa estabilidade, tanto do ponto de vista dos súditos quanto do ponto de vista dos soberanos. Sob o ângulo dos súditos, intenta-se salvaguardar à integridade física dos homens, evitando violentos confrontos em nome de virtudes como honra, boa fama, vaidade, etc., e à integridade patrimonial de invasões estrangeiras ou apossamentos regionais ilegais. Já sob o ponto de vista do soberano, visa a manutenção dos privilégios, dos benefícios fruídos por ele e por todos que o cercam, em detrimento da miserabilidade dos homens. Na visão dos filósofos *contratualistas* a segurança e a paz dos súditos só seriam alcançadas pela instituição de um poder comum e poderoso o suficiente para proporcionar a existência do homem com plena satisfação¹⁷³, ou em outras palavras, "*somente a vontade geral pode dirigir as forças do Estado segundo o objetivo de sua instituição, que é o bem comum*"¹⁷⁴.

Dessa mesma correlação nasce a condição de vassalagem ao soberano ou ao Estado e, paralelamente, o princípio ético de observância das leis postas. Refere-se aqui à obrigação moral – *que com o mundo moderno converteu-se na virtude do dever*¹⁷⁵ –, atribuída a todo homem de cumprir, com o devido rigor, as normas ditadas pelo soberano ou as normas elaboradas por uma assembléia constituída para *presentar* o poder, sob pena de o transgressor ser conclamado pela sociedade como um ser injusto, pois o "*justo se mantém dentro dos seus limites, é evidente que toda a legalidade é de algum modo justa*"¹⁷⁶ e, por vezes, punido de maneira severa, com pena de suplício ou de privação da própria vida, como quando consoma ato contra a segurança – "*[é] uma espécie de talião, que faz a sociedade recuse a segurança a um cidadão que dela a privou ou quis dela privar um terceiro*"¹⁷⁷.

Em nome da sensação de estar livre de qualquer perigo – *liberdade política*¹⁷⁸ – e, também, para que o detentor do poder assegure a ordem pública, o

173 Cf. HOBBS, Thomas. *Leviatã*. op. cit., p. 147.

174 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. op. cit., p. 27-28.

175 BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. 2. ed. São Paulo: Editora UNESP, 2011. p. 29.

176 ARISTÓTELES. *A ética a nicômaco*. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 105.

177 MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 272.

178 Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de. *O espírito das leis*. op. cit., p. 268.

súdito abre em mão de parcela da sua liberdade, porque " *certamente, parece natural ser bom em relação àquele que nos propiciou o bem e não temer mal algum da parte dele*"¹⁷⁹. A ideia do homem livre, ínsita ao estado de natureza, que não admite amarras externas que o impeça de fazer o que desejar fazer – *liberdade filosófica*¹⁸⁰ ou *liberdade negativa*¹⁸¹ –, é relativizada com a sua integração dentro de uma sociedade contratual, isto é, " *o que o homem perde pelo contrato social é a sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo que o tenta e que pode atingir; o que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui*"¹⁸². Daí porque se afirma que a *liberdade política* " *só pode consistir em podemos fazer o que devemos querer e em não sermos obrigados a fazer o que não devemos querer*"¹⁸³.

3. ESTADO DE POLÍCIA X ESTADO DE DIREITO

A partir da criação do ente moral pela integração dos diversos interesses do vínculo social, o "espírito geral"¹⁸⁴ passa a se sobrepor aos prazeres e vícios individuais – *seria essa a proposição legitimadora da supremacia do interesse público sobre o particular*¹⁸⁵. Justamente por isso, o " *Estado se coloca antes da*

179 BOÉTIE, Étienne de La. *Discurso da servidão voluntária*. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 33.

180 Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de. *O espírito das leis*. op. cit., p. 268.

181 Segundo Isaiah Berlin, a liberdade negativa defendida por Locke, Mill na Inglaterra e Benjamin Constant na França consubstancia a seguinte mensagem: " *normalmente sou considerado livre na medida em que nenhum homem ou grupo de homens interfere com a minha atividade [...] Se outros me impedem de fazer o que do contrário eu poderia fazer, não sou nessa medida livre; e se, essa área é restringida por outros homens além de certo valor mínimo, posso ser descrito como coagido ou, talvez, escravizado.*" (In: *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 229) Nesse mesmo sentido Hobbes afirmou: " *Homem Livre é aquele que, naquelas coisas que graças à sua força e engenho é capaz de fazer, não é impedido de fazer o que tem vontade de fazer*" (In: *Leviatã*. op. cit., p. 179).

182 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. op. cit., p. 24.

183 Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de. *O espírito das leis*. op. cit., p. 228.

184 "Muitas coisas governam os homens : o clima, a religião, as leis, as máximas dos governos, os exemplos das coisas passadas, os bons costumes, as maneiras, do que se forma um espírito geral que resultada disso". MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de. *O espírito das leis*. op. cit., p. 407.

185 "Esta é, como certeza – embora de forma velada ou quiçá inconsciente –, uma das matrizes filosóficas decisivas para a construção do hoje contestado princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses particulares." BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 23.

família e antes de cada indivíduo, pois que o todo deve, forçosamente, ser colocado antes da parte”¹⁸⁶. As decisões e os desejos do Estado representam as decisões e os desejos dos cidadãos como “*verdadeira unidade de todos eles, numa só pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens*”¹⁸⁷, não se admitindo portanto, que o Estado tenha, na verdade “*nem pode ter, interesses contrários aos deles*”¹⁸⁸.

Contudo, a história mundial nos mostra que o nível de importância dado à vontade geral é diferente em cada momento da linha do tempo. Em tese, a materialização do bem comum é a razão para que o homem estabeleça um laço político junto a um ser coletivo, porém esse fundamento já foi diversas vezes subvertido por pelos governos despóticos e opressores, os quais fazem prevalecer interesses políticos absolutos de modo autoritário e irracional – *banalidade do mal*¹⁸⁹ –, enfraquecendo o “espírito geral”.

Esse é o mote da soberania nos *Estados Absolutos*, ser governado por um único homem com plena autonomia política e alta liberalidade sobre seus súditos – “*enaltece-se o poder pelo poder, posto a serviço do Estado pelo soberano*”¹⁹⁰. A progressão sem limites do poder do *príncipe* se desenvolveu em duas fases específicas, na era do Direito Divino onde ele era tido como a incorporação da escolha de Deus na Terra, por isso o Estado a ele pertencia, como um patrimônio de Direito – teoria de Jean Bodin¹⁹¹ –, e na era de Polícia onde o *príncipe* “*assume a tarefa de prover a felicidade e o bem dos súditos em que o anterior fundamento*

186 ARISTÓTELES. *A política*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2009. p. 16-17.

187 HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 147.

188 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. op. cit., p. 27-28.

189 “[...] para o sistema legal nazista então existente, não fizera nada de errado; de que aquelas acusações não constituíam crime, mas ‘atos de Estado’, sobre os quais nenhum outro Estado tinha jurisdição (*par in parem imperium non habet*), de que era seu dever obedecer [...]” ARENDT, Hannah. *Eichmann em jerusalem: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 32/33

190 MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 67.

191 “O poder soberano, para Bodin, deve se diferenciar dos outros poderes existentes na sociedade justamente pela posse exclusiva de certos direitos.” BARROS, Alberto Ribeiro de. *O conceito de soberania na methodus de Jean Bodin*. São Paulo, 1996. p. 143. In: Discurso (27). Disponível em: http://filosofia.fflch.usp.br/sites/filosofia.fflch.usp.br/files/publicacoes/Discurso/Artigos/D27/D27_O_Conceito_de_Soberania.pdf

*divino do poder é substituído por um fundamento racional*¹⁹². Na primeira fase, os poderes absolutos do *príncipe* se escoravam no conceito de soberania, enquanto na segunda o *príncipe* passa a se valer do *jus politiae* para intervir autoritariamente em todas as esferas, motivado por supostas razões de Estado, que na prática consubstanciavam seus íntimos interesses. Porém, em ambas às circunstâncias, as ordens mais obscuras do *príncipe* se impunham perante os súditos, sem qualquer possibilidade de impugnação¹⁹³ – “[...] *omnipotência do Estado na persecução do bem público, e conseqüentemente, da insindicabilidade de seus actos.*”. Não cabia a defesa de direitos subjetivos em face do soberano, o súdito suportava as ofensas e os prejuízos silenciosamente, pois presumia-se a imunidade irrestrita do soberano estampada pelo lema “*quod principi placuit legis habet vigorem*”¹⁹⁴ – que numa tradução livre do latim corresponderia: *aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei.*

As barbáries violentas e injustas consumadas no Estado absoluto pelo *príncipe*, ora em nome de Deus ora em nome das finalidades do Estado, impulsionaram os súditos – de fato a revolução se deu pela parcela privilegiada e dominante da sociedade à época, a burguesia¹⁹⁵ – a reagirem para a conquista da segurança jurídica, em típico movimento de resistência à opressão– *direito de resistência*¹⁹⁶. E, no decisivo ano de 1789, inicia-se na França uma nova era com a

192 NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 36.

193 “[...] a ideia de omnipotência do Estado na persecução do bem público, e conseqüentemente, da insindicabilidade de seus actos” NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. op. cit., p. 38.

194 Numa tradução livre respresentaria a ideia de que aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei.

195 “Ora, o sistema absolutista constituiu extamente essa concentração distinta ‘pública’ e soberana de prerrogativas do governo e, por conseguinte, constituía um meio político adequado para transformação de uma parte da burguesia numa classe. Contudo, as ênfases absolutista sobre intervenção deliberada em assuntos de negócio, sobre monopólios, sobre restrições à competição e sobre a direção do comércio internacional, interferiam com a autonomia e a fluidez do mercado – e o mercado é onde uma classe modera seus constrastes internos através da competição e mantém suas vantagens coletivas mediante a acumulação e utilização dos recursos de que se apropriou.” POGGI, Gianfranco. *Evolução do estado moderno: uma introdução sociológica*. Rio de Janeiro: zahar Editores, 1981. p. 90.

196 Sobre o direito de resistência *vide* BOBBIO, Norberto. *A era do direitos*. São Paulo: Editora Campus, 1992. p. 144-145.

derrocada do Estado absoluto inspirada nos ideais contratualistas de Rousseau¹⁹⁷, que evidenciou "*uma virada história do gênero humano*"¹⁹⁸. A proclamação dos três standards *liberté, égalité et fraternité* pela revolução buscou exterminar a ignorância e o desprezo pelos direitos naturais do homem, típicas alegorias do poder absoluto. A burguesia francesa toma de fato lugar que lhe pertence, apropria-se do papel de soberano e instaura uma ordem social diferente, assentada num pacto coletivo¹⁹⁹.

É exatamente daí que se origina o Estado de Direito²⁰⁰, como uma antítese ao absolutismo do *príncipe*, fundado nos pilares das autonomias individuais, protegidas por prescrições normativas na Declarações dos Direitos e nos textos constitucionais liberais e efetivadas por mecanismos jurídicos como a divisão dos poderes – à semelhança da teoria idealizada por Montesquieu²⁰¹, os princípios da legalidade e da igualdade, conforme clássica definição de Jacques Chevalier:

[...] o Estado de direito é um Estado que, em suas relações com seus súditos, se submete a um "regime de direito": em tal Estado, o poder não

197 "Como conclusão pode-se afirmar que predomina, atualmente, a aceitação de que a sociedade é resultante de um necessidade natural do homem, sem excluir a participação da consciência e da vontade humanas. É inegável, entretanto, que o contratulismo exerceu e continua exercendo grande influência prática, devendo-se mesmo reconhecer sua presença marcante na idéia contemporânea de democracia." DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 20 ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1998. p. 18-19.

198 BOBBIO, Noberto. *A era do direitos*. op.cit., p. 85.

199 "A Burguesia, como corpo de vanguarda, estava a um passo de ocupar os espaços de poder e autoridade que a Nobreza e o Clero, pela impulsão dialética da história e das leis do determinismo das sociedades humanas, haviam já evacuado ou estavam prestes a fazê-lo, diante das armas do povo e da consciência nacional emergente e sublevada. O Estado moderno, a partir daí, rubricava com o sangue e o cutelo das guilhotinas a era que havia de inaugurar as liberdades do Estado constitucional. O Absolutismo pré-1789, para nunca mais se erguer-se com a rigidez do ancien régime. Das Constituições Francesas da Revolução deriva, assim, o primeiro Estado constitucional. De sua feição, de seus traços mais característicos, de sua importância para a História e para a evolução das sociedades livres." BONAVIDES, *Teoria Geral do Estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p 40.

200 "*La idea de someter el Poder sistemáticamente a un juicio en el que cualquier ciudadano pueda exigirle cumplidamente justificaciones de su comportamiento ante el Derecho es una idea que surge del Estado montado por la Revolución francesa, pero que aparece de um modo ocasional.*" ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 1983. p. 15.

201 MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de. *O espírito das leis*. op. cit., p. 230-242.

*pode usar senão os recursos autorizados pela ordem jurídica em vigor, enquanto os administrados dispõem de meios de recursos jurisdicionais contra os abusos que está suscetível de cometer.*²⁰²

Como resultado da soma Estado + Direito surge a submissão do detentores do poder às normas e aos princípios estabelecidos pela ordem jurídica, tal qual a obediência devida pelos súditos, refletindo com isso " *un Estado en el caulo «dominan» los hombres, sino las leyes, entendiendo por tales las de la razón*"²⁰³. A relação social de outrora – Estado + súditos –, com acentuado viés de autoritarismo, violência e irresponsabilidade estatal, é substituída por vínculo político baseado na *lei universal do Direito*, que equivale a máxima " *age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos*"²⁰⁴.

4. DELINEAMENTO DO PODER POLÍCIA

A expressão *poder de polícia* sugere uma conotação negativa relacionada com a terrível experiência histórica do *Estado de Polícia*, fase marcante do absolutismo²⁰⁵. No entanto, o conteúdo de fato desse "poder" – que se caracteriza na realidade como um *dever*²⁰⁶ –, não pode denotar sinais de autoritarismo, não ao menos na era contemporânea, que se espera um comportamento estatal ordenador dentro dos limites traçados pelo Direito – mais do que respeito a mera legalidade, exige-se hoje uma *ação estatal compromissada com a juridicidade*²⁰⁷.

Pois bem, ao longo do tempo a interação entre autoridade e cidadão se transformou, a capacidade estatal de intervir na esfera privada – em especial as

202 CHEVALLIER, Jacques. *L'Etat de Droit*. Paris: Montchrestien, 1992. pp.12-13.

203 LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de etica juridica*. Madrid: Civitas, 2001. p. 152.

204 KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo: Edipro, 2003. p. 77.

205 Acerca das críticas sobre a expressão conferir: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 10-15.

206 MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 451-456.

207 "[...] *juridicidade administrativa traduz uma legalidade mais exigente, revelando que o poder público não está apenas limitado pelo Direito que cria, encontrando-se também condicionado por normas e princípios cuja existência e respectiva força vinculativa não se encontram na disponibilidade desse mesmo poder*" OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: sentido da vinculação à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 15.

ações contrárias à liberdade e à propriedade –, no passado ilimitada, sofreu severas restrições com a assunção do Estado liberal controlado pelo Direito²⁰⁸. A atuação estatal tendente a impor condições restritivas aos direitos subjetivos deve necessariamente se ater aos parâmetros normativos – “*império da lei*”²⁰⁹ –, como também, se voltar inevitavelmente para a materialização do bem comum, “*visto que a vontade particular se inclina, por sua natureza, para as preferências, e a vontade geral para a igualdade*”²¹⁰. Logo, o *poder de polícia* a ser desenvolvido no exercício das funções legislativa e administrativa deve corresponder apenas aos condicionamentos, com base legal, na esfera de liberdade individual que se convertam em benefícios diretos a toda coletividade. No mais, o abuso de poder restará manifesto, cabendo a responsabilização do agente público que dele exorbitar – “[q]uem diria, a própria virtude precisa de limites.”²¹¹ –, bem como o devido controle pelo Poder Judiciário (XXXV, art. 5º, da Constituição).

O conceito lato de *poder de polícia* contempla qualquer limitação estatal à liberdade e à propriedade emanadas dos poderes Legislativo e Executivo, a fim de adequar os direitos subjetivos tutelados aos interesses difusos do povo brasileiro. Já o significado *stricto sensu* abarca tão-somente as “*intervenções, quer gerais e abstratas [...], quer concretas e específicas [...], do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de previr e obstar o desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais*”²¹². Vale lembrar que o ordenamento pátrio apresenta um conceito jurídico-positivo de *poder de polícia*, em sentido estrito, no artigo 78, do Código Tributário Nacional, com a seguinte redação:

“Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina

208 Sobre a transformação do conteúdo e sentido do poder de polícia, da era clássica à contemporânea *vide*: MEDAUAR, Odete. *Poder de polícia: origem, evolução, crítica à noção, caracterização*. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords.) *Poder de polícia na atualidade*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014. p. 10-15.

209 WOLFF, Hans J.; BACHOF, Oto; STOBBER, Rolf. *Direito administrativo*. V. 1. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. p. 110.

210 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. op. cit., p. 27.

211 MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de. *O espírito das leis*. op. cit., p. 229.

212 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2019. p. 873.

da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

Baseado na visão estrita do conceito, o *poder de polícia* se enquadra como uma das atividades estruturais da função administrativa, em paralelo ao fomento e a atuação prestacional (serviços públicos), que compõem a tríade essencial da Administração Pública e, portanto, atividade lícita. Na persecução do interesse público, as medidas de polícia administrativa naturalmente irão de encontro com direitos mais sagrados dos cidadãos brasileiros e, essa realidade, é inevitável diante da natureza da respectiva função. Para Kelsen, racionalmente só poderíamos pensar em sociedades fundadas em conflitos de interesses:

*Do ponto de vista do conhecimento racional existem somente interesses humanos e, portanto, conflito de interesses. Para solucioná-los, existem apenas dois caminhos: ou satisfazer um dos interesses a custo do outro, ou promover um compromisso entre ambos.*²¹³

Não obstante a existência de dois caminhos, o intérprete contemporâneo se vale da técnica jurídica da ponderação²¹⁴, para indicar qual o interesse em conflito que irá prevalecer, pois a tentativa de um compromisso entre ambos não refletiria a harmonia esperada, porque não há poder jurídico-fundamental absoluto. De sorte que, as ações públicas limitativas de direitos e liberdades individuais são promovidas no exercício de competência vinculada ou discricionária²¹⁵, a depender do resultado do juízo objetivo de valor realizado pelo

213 KELSEN, Hans. *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 23.

214 Ponderar não é técnica simples de decisão jurídica, consiste em “tomar em consideração simultaneamente exigências que pressionam em sentidos opostos, isto é, sopesar e valorar critérios que demandam ações diferentes, ou ainda medir o peso de razões opostas mediante o seu balanceamento” CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. *Discricionariedade administrativa e interesses públicos: superando a supremacia em busca da ponderação*. Fórum Administrativo - FA, Belo Horizonte, ano 11, n. 122, 2011. p. 15.

215 “E aí cai por terra o segundo mito folclórico. Licença e autorização não são critérios prestantes para atestar a apartação entre discricionariedade e vinculação em matéria de poder de polícia. A razão desta afirmação é óbvia: há diversos casos em que a legislação aplicável determina que autorização será ato vinculado, ao mesmo tempo que há dispositivos legais que conferem elementos discricionários às licenças.” Cf. SCHIRATO, Vitor Rhein. *O poder de polícia é discricionário*. In:

administrador em cima dos direitos combatentes. Significa dizer que, após o sopesamento dos interesses envolvidos – *privados e públicos* –, que em abstrato são igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico²¹⁶, o agente administrativo se deparará com uma ou mais de uma solução restritiva válida perante o Direito, para assim determinar em concreto qual é a medida de polícia que preponderará²¹⁷.

Por conseguinte, as liberdades públicas amparadas pelo Estado de Direito brasileiro reclamam que nem mesmo a surreal crise de saúde causada pela pandemia do COVID-19, poderia justificar intervenções desproporcionais e desarrazoadas aos direitos fundamentais dos cidadãos, a despeito de retornarmos ao cenário do puro arbítrio estatal, tal como o vivido em terra tupiniquins com os atos institucionais de autoria do regime ditatorial passado, que manteve “*este país sob o regime de opressão*”²¹⁸. Ademais, a autorização para restrição a direitos fundamentais preconizada no § 1º, do artigo 136, da Constituição – *extensão excepcional do poder de polícia*²¹⁹ –, não poderia servir de subterfúgio para abolição de liberdades públicas. O *direito da crise*, inerente a fase pandêmica que vivemos, deve consentir apenas com restrições temporárias que se mostrem estritamente necessárias e, que de fato, objetivem salvar a vida do povo brasileiro.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords.) *Poder de polícia na atualidade*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014. p. 41.

216 “[...] a definição do que é o interesse público, e de sua propalada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados;” BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. In: SARMENTO, Daniel (org.) *Interesses públicos x interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. tir. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 128.

217 No exercício da competência discricionária as ponderações realizadas pelo agente administrativo são limitadas pela Constituição, pelas normas legislativas e pelos princípios formais que conferem primazia à atuação do legislador. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Ato administrativo*. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di (coord.). *Tratado de direito administrativo* – v. 5.: ato administrativo e procedimento administrativo. São Paulo: Revista do Tribunais, 2019. pp. 78- 80.

218 Trecho do aclamado discurso do então deputado federal Márcio Moreira Alves contra o Ato Institucional n. 05. Disponível na íntegra em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/273666-ato-institucional-5-integra-do-discurso-do-ex-deputado-marcio-moreira-alves-02-51/>. Acesso em: jun. 2020.

219 MEDAUAR, Odete. *Poder de polícia: origem, evolução, crítica à noção, caracterização*. op. cit., p. 24.

5. PODER POLÍCIA X COVID-19

Para a compreensão da dinâmica do *poder de polícia* em tempos de COVID-19, e subsequente realização de um juízo teórico de proporcionalidade sobre as intervenções estatais concretizadas em combate à pandemia, nos serviremos de três casos pragmáticos específicos, a saber: 1) o isolamento social rigoroso – *lockdown* –, decretado por ato normativo do Chefe do Poder Executivo do Município de Belém, no Estado do Pará; 2) a limitação da atividade de pesca no Distrito Estadual de Fernando de Noronha pelo governo do Estado de Pernambuco; e 3) a ampliação do rodízio de veículos obrigatório entre dias pares e dias ímpares pelo Prefeito do Município de São Paulo.

1. O Prefeito do Município de Belém, capital do Estado do Pará, publicou no dia 06, de maio, de 2020, o Decreto n. 96.253, com escopo precípua de determinar o *lockdown* na respectiva cidade. A imposição legal de um sistema de isolamento social extremamente rígido visou ao controle da evolução epidemiológica do COVID-19, em face da taxa de ocupação de leitos dos hospitais público e privados. A circulação dos cidadãos na capital restou proibida, sendo admitida excepcionalmente nas situações indispensáveis para a sobrevivência durante o estado de emergência – aquisição de alimentos, medicamentos, produtos de limpeza, realização de cirurgias de urgência, operações bancárias, etc. (art. 2º). Dentro da proibição de circulação o Chefe do Poder Executivo vedou qualquer visita em casas e prédios residenciais, exceto pelos próprios residentes. Para avaliarmos a juridicidade dessa severa intervenção na esfera de liberdade dos belenenses e, ao final, concluir pela proporcionalidade ou não do *poder de polícia*, destrincharemos os interesses e valores envolvidos.

A Constituição assegura, como direitos fundamentais aos cidadãos: a inviolabilidade do domicílio, conservando com isso a ampla liberdade do cidadão sobre o seu lar, que poderá ser limitada apenas em casos específicos (XI, art. 5º); a liberdade de locomoção no território nacional, inclusive com o trânsito de bens (XV, art. 5º); o direito de propriedade funcionalizado (XXII e XXIII, art. 5º); e a vedação à privação da liberdade sem o devido processo legal (LIV, art. 5º). Por outro lado, a Constituição prescreve que compete aos entes federados: requisitar a propriedade privada no caso de perigo público iminente, com posterior indenização (XXV, art. 5º); legislar sobre assuntos de interesse local (I, art. 30); prestar, com cooperação técnica e financeira, os serviços de atendimento à saúde (VII, art. 30); e editar atos concretos para execução de políticas públicas de saúde (art. 196).

Claramente haverá conflito entre os poderes constitucionais acima detalhados, porquanto a faculdade da Administração Pública de requisitar bens em situações de ameaça concreta não é compatível com o direito fundamental de

propriedade, como também a liberdade de locomoção no território nacional não é harmonizável com a edição de atos concretos que impeçam o exercício para a execução de polícias públicas de saúde, etc.. No entanto, nenhum dos poderes descritos são absolutos, o que *a priori* justificaria o *lockdown* no Município de Belém decretado pelo Chefe do Poder Executivo com a proibição de visita em casas e prédios residenciais, exceto pelos próprios residentes, porém só essa análise não basta para avaliar a regularidade da medida restritiva perante o Direito, cumprindo analisar as três sub-regras da regra da proporcionalidade²²⁰:

a. Adequação – a proibição de visita em casas e prédios residenciais em Belém, como restrição de polícia administrativa possui aptidão para alcançar ou fomentar o resultado pretendido pelo governo municipal, o de evitar a evolução da contaminação pelo COVID-19 e, com isso controlar a taxa da ocupação de leitos nos hospitais? A resposta é positiva, pois se os munícipes permanecerem em suas residências numa quarentena mais rígida, sem contato social, salvo em casos excepcionais, é bem provável que o número de infectados pelo vírus reduzirá e a conseqüentemente a necessidade de uso dos serviços de saúde público ou privado.

b. Necessidade – a proibição de visita em casas e prédios residenciais se apresenta como a medida restritiva de menor intensidade aos direitos fundamentais dos munícipes belenenses, isso em relação as outras possíveis de alcançar o mesmo resultado? A resposta agora é um pouco mais delicada, pois o isolamento compulsório residencial por si só já concretiza limitação estatal extrema. Porém, se compararmos o caso de Belém com as vedações graves utilizadas pelo governo chinês – bloqueio total do epicentro de contágio para barrar a exportação do vírus, com interrupção temporária de todas atividades que não forem essenciais e fechamento de fronteiras; confinamento social absoluto, com saída permitida mediante autorização pública para um membro da família comprar produtos essenciais a cada três dias; obrigatoriedade de inspeções públicas diárias de saúde, para um controle social mais ostensivo; suspensão de serviços de transporte individual particular (taxi, Uber, etc.) em universidades e condomínios, para evitar que as pessoas burlam o *lockdown*, etc. – concluiremos que limitações de natureza distinta resultariam em condicionamentos mais intensos, restando a suspensão de visitação necessária para conter o alastramento do vírus e a lotação dos leitos dos hospitais.

220 SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais – RT, São Paulo, n. 798, 2002. p. 23-50. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf> . Acesso em: jun. 2020.

c. Proporcionalidade em sentido estrito – embora a restrição imposta aos belenenses tenha se mostrado adequada e necessária, cabe ainda sopesarmos a sua intensidade em face da importância dada pelo governo municipal em concretizar o direitos fundamental à saúde em detrimento da liberdade de locomoção e do direito de propriedade. Os motivos externados pelo Prefeito de Belém para a adoção da medida de polícia foram os seguintes: 1º) controle urgente da evolução do COVID-19, pois o número de infectados já somava mais de 10.000 (dez) mil cidadãos, numa capital com 1.492.745 (um milhão, quatrocentos e noventa e dois mil, e setecentos e quarenta e cinco) habitantes – dados divulgados pelo último censo realizado em 2019, pelo IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística²²¹; 2º) indispensável diminuição da taxa de ocupação dos leitos das UTIs – Unidades de Terapia Intensiva nos hospitais públicos e privada, que à época – início do mês de maio de 2020 – já contava a totalidade deles ocupados. Da fundamentação apresentada infere-se que a prevalência o direito à saúde era medida que se impunha, por demonstrar um peso significativo frente a intensidade da restrição aos direitos fundamentais dos munícipes, afinal as visitas foram vetadas apenas temporariamente – do dia sete ao dia vinte e quatro de maio de 2020 – para a contenção da crise epidemiológica.

2. No Distrito estadual de Fernando de Noronha, localizado a 541 (quinhentos e quarente e um) quilômetros da capital Recife, a atividade de pesca restou restrita, em toda a extensão do arquipélago, ao grupo de 3 (três) indivíduos por embarcação, condicionadas à autorização da Administração Geral – conforme § 3º, art. 1º, do Decreto estadual n. 48.955, publicado em 16-04-2020 para vigorar até o dia 30-04-2020. Embora o arquipélago já estivesse com o aeroporto fechado e o turismo proibido desde o dia 21 de abril (Decreto estadual n. 48.822, de 17-003-2020), o governador do Estado do Pernambuco decretou quarentena aos moradores das ilhas a fim de conter o surto epidêmico e para realizar um estudo específico da evolução do COVID-19, nos 24 (vinte e quatro) cidadãos com diagnóstico positivo. Em complemento ao discurso do Chefe do Poder Executivo, o Secretário de Saúde do Estado do Pernambuco ressaltou que o distrito requer atenção especial em razão da dificuldade de acesso e das limitações de recursos de saúde, sendo imprescindível barrar a disseminação do vírus o mais rápido possível. E, a limitação sobre a atividade pesqueira, entrou dentro do pacote de medidas da quarentena para impedir aglomeração nas embarcações, sem inviabilizar o exercício da atividade.

Dentro do quadro que se estabeleceu em Fernando de Noronha poderíamos destacar o seguinte confronto: de um lado o direito fundamental à livre iniciativa (IV, art. 1º, e art. 170, da Constituição) e o direito fundamental ao livre

²²¹ Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pa/belem/panorama>. Acesso em: jun. 2020.

exercício profissional (XIII, art. 5º, da Constituição) de titularidade dos pescadores; e do outro a competência do Estado do Pernambuco para suplementar a legislação federal geral sobre pesca, proteção e defesa da saúde (IV e XII, art. 24), e para editar atos concretos para execução de políticas públicas de saúde (art. 196). Isso posto, seguiremos para o exame particularizado da regra da proporcionalidade:

a. Adequação – a limitação subjetiva determinada para a atividade pesqueira em embarcações possui aptidão para alcançar ou fomentar a consequência almejada pelo governo estadual, a de frustrar a disseminação do COVID-19, nas ilhas do arquipélago de Fernando de Noronha? Sim, porque quanto menor for o número de pescadores em cada transportes aquático menor será o alastramento do vírus entre a população do arquipélago.

b. Necessidade – o limite subjetivo da atividade pesqueira nas embarcações demonstra ser a medida restritiva menos intensa aos direitos fundamentais dos profissionais da área, em comparação com outras possíveis de concretizar o resultado esperado? Para a verificação da intensidade podemos utilizar como exemplo da Turquia, que proibiu de maneira absoluta a atividade pesqueira em razão do *lockdown* decretado em 23-04-2020 e só retomou no início do mês de junho²²². Obviamente que não há qualquer semelhança entre a proporção geopolítica do distrito de Fernando de Noronha com território de 18.609 (dezoito mil, seiscentas e nove) quilômetros quadrados e população estimada de 3.061 (três mil e sessenta e um) habitantes²²³, e da Turquia, porém, para a finalidade didática servirá de exemplo dada a importância econômica da pesca em ambos os locais. A proibição da atividade pesqueira, em algumas cidades turcas perdurou por mais de um mês, como uma das ações tomadas para suspender a propagação do coronavírus no país. Dentro de uma sociedade em que a pesca no mar egeu configura fiel tradição, verdadeiro costume enraizado no dia a dia dos turcos, além de ser uma relevante ocupação profissional, a intensidade da medida de polícia se mostra altamente restritiva. Nesse contexto, poderíamos dizer que a limitação subjetiva, de 03 (três) pescadores por embarcação, não é tão intensa quanto a efetivada na Turquia, mesmo porque a que se concretizou no território nacional não impediu o exercício da atividade pesqueira pelos moradores do arquipélago, apenas exigiu autorização específica de acordo com a norma constitucional (XIII, art. 5º).

c. Proporcionalidade em sentido estrito – até agora a restrição imposta aos pescadores do distrito de Fernando de Noronha já superou duas das

222 De acordo com notícia veiculada pelo diário Daily Sabah. Disponível em: <https://www.dailysabah.com/turkey/covid-19-pandemic-1st-weekend-without-restrictions-in-turkey-since-april/news> Acesso em: jun. 2020.

223 Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pe/fernando-de-noronha/panorama>. Acesso em: jun. 2020.

sub-regras da proporcionalidade, cabendo ainda ponderar sua intensidade em oposição à relevância atribuída ao interesse prevalente – livre iniciativa + livre exercício de atividade profissional x saúde. A justificativa apresentada pelo Secretário de Educação do Estado de Pernambuco afigura-se suficiente para materializar restrições mais extremas no arquipélago em combate ao coronavírus, pois se nada fosse feito e o governo estadual permitisse a disseminação do vírus entre os pescadores, o difícil acesso as ilhas em conjunto com a paupérrima infraestrutura de saúde poderiam levar o distrito a uma situação de emergência incontornável. Essas particularidades nos conduzem ao raciocínio de que a limitação subjetiva e a exigência de autorização pública prévia ao exercício da atividade pesqueira não são desproporcionais às vistas da demanda sanitária decorrente do COVID-19.

3. O Decreto municipal n. 59.403, de 07-05-2020, determinou que a partir de 11-05-2020, durante as 24 (vinte e quatro) horas do dia, só poderiam circular nas vias públicas da capital do Estado de São Paulo os veículos automotores com placas de identificação com final par nos dias pares e os com placas com final ímpar nos dias ímpares. O condicionamento estatal de emergência refletiu um grande alargamento do rodízio de veículos que já faz parte do cotidiano dos paulistanos desde 1997 (Lei municipal n. 12.490/97 e Decreto municipal n. 58.574/18). À época da publicação do ato normativo ampliativo o então Prefeito, Bruno Covas, noticiou que "*momentos extremos exigem medidas extremas*", atribuindo aos munícipes a responsabilidade pelo cumprimento da restrição, que a princípio causará desconforto, mas ajudará a salvar mais de 30 (trinta) mil vidas somente na cidade de São Paulo. Informou também que a ampliação é passageira e poderá ser extinta, a qualquer momento desde que a capital atinja uma taxa de isolamento superior a 60% (sessenta por cento).

Do cenário fático introduzido na cidade de São Paulo podemos identificar a seguinte tensão normativa dos respectivos interesses constitucionais: i) liberdade de locomoção no território nacional, com o trânsito de bens (XV, art. 5º), e direito de propriedade funcionalizado (XXII e XXIII, art. 5º); e ii) dever do ente federado de proteger o meio ambiente e combater a poluição (VI, art. 23, VI, art. 170, e V, § 1º, art. 225); competência para implantar política de segurança do trânsito (XII, art. 23); competência para legislar sobre assuntos de interesse local (I, art. 30); dever de prestar, com cooperação técnica e financeira, serviços de atendimento à saúde (VII, art. 30); e a faculdade de editar atos concretos para execução de políticas públicas de saúde (art. 196). A ponderação desses valores, em clara oposição, restaria assim:

a. Adequação – o rodízio ampliado possui aptidão para alcançar ou fomentar o isolamento social de mais de 60% (sessenta por cento), tido como necessário para impedir o aumento de casos de contaminação pelo COVID-19, na

cidade de São Paulo? Aparentemente sim, considerando que no ano final do ano de 2019, só a capital contava com uma frota de veículos superior a 9 milhões²²⁴ – segundo dados divulgados pelo DETRAN – Departamento Estadual de Trânsito do Estado de São Paulo –, para uma população de 12.252.023 (doze milhões, duzentos e cinquenta e dois mil e vinte e três) de habitantes²²⁵. Logo, quanto menos veículos transitarem nas vias públicas maior será a taxa do isolamento, pois os meios de transporte individual e coletivo terrestre são utilizados prioritariamente para o deslocamento pelo vasto território da capital, comprovado pelos altos índices de tráfego em época de normalidade.

b. Necessidade – a intensidade da restrição, decorrente do rodízio ampliado, é menor em relação as outras possíveis de alcançar a taxa do isolamento desejável? Para a verificação da intensidade podemos utilizar como exemplo as limitações impostas na Itália²²⁶, que sofreu um grande surto epidemiológico, tal como estamos ainda vivenciando na cidade de São Paulo. Com o alastramento explosivo do COVID-19, o governo federal italiano classificou em 03-03-2020, a região da Lombardia como “zona vermelha”, e anunciou algumas limitações na tentativa de conter o caos. Ato contínuo, a população promoveu uma fuga em massa para o sul do país, ainda sem condicionamentos, o que causou o aumento considerável da taxa de contaminação em uma nova região. A partir daí o governo adotou a obrigação de autocertificação, em todo território nacional, cumprindo ao cidadão portar um documento declarando o motivo excepcional da saída de sua residência. No dia 10-03-2020, o sistema de saúde da Lombardia colapsou o que levou o Primeiro-Ministro italiano a decretar em 22-03-2020 o *lockdown* para: i) o fechamento de toda e qualquer atividade comercial, industrial, exceto produtores e distribuidores de energia e alimentos; ii) para proibir o deslocamento, por transporte público ou privado, para municípios distintos ao da residência do cidadão, salvo comprovado urgência de saúde; e iii) para manter o confinamento residencial quase absoluto, admitindo saídas de urgência, com porte da autocertificação e fiscalização

224 Os dados da frota da capital publicados pelo DETRAN – Departamento Estadual de Trânsito incluem os seguintes veículos: ciclomotor, motoneta, motocicleta, triciclo e quadriciclo, micro-ônibus, camioneta, caminhonete e utilitário, automável, ônibus, caminhão, reboque e semirreboque, entre outros. Disponível em:

<https://www.detran.sp.gov.br/wps/wcm/connect/portaldetran/detran/detran/estatisticatransito/sa-frotaveiculos/d28760f7-8f21-429f-b039-0547c8c46ed1>. Acesso em: jun. 2020.

225 Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/sao-paulo/panorama>. Acesso em: jun. 2020.

226 Cf. MONTEMERLI, Roberto. *Os desafios da itália na emergência do coronavírus*. Revista Brasileira de Geografia Econômica: Espaço e Economia [online], Ano IX, n. 17, 2020. p. 23-50. Disponível em: <https://journals.openedition.org/espacoconomia/11312>. Acesso em: jun. 2020.

ostensiva, para aquisição de produtos de primeira ordem ou atendimento médico-hospitalar. Destarte, a luta italiana para salvar o maior número de vidas exigiu o uso de limitações severas sobre o direito fundamental de locomoção, em face das quais, o sistema de rodízio de urgência determinado pelo Prefeito de São Paulo contempla restrição de menor magnitude, interferindo parcialmente no direito de circular com veículos nas vias públicas.

c. Proporcionalidade me sentido estrito – a motivação do *poder de polícia*, noticiada publicamente pelo Prefeito de São Paulo, foi: 1º) alcance da taxa de isolamento social superior a 60% (sessenta por cento); e 2º) salvamento de mais de 30 (trinta) mil vidas com a contenção do contágio. O maior peso atribuído ao direito à saúde dos munícipes, pelos fundamentos divulgados teriam corroborado para a proporcionalidade da restrição as demais liberdades públicas, entretanto, a concretização prática da medida demonstrou o contrário. O rodízio emergencial foi cancelado pelo Prefeito Bruno Covas dez dias depois da sua implantação (revogação pelo Decreto municipal n. 59.444, de 17-05-2020), por não surtir o confinamento esperado, que continuou com uma taxa abaixo de 50% (cinquenta por cento), além de ter provocado aglomerações indesejadas no sistema de transporte público da capital. Então, pela falta de êxito pragmático, o rodízio ampliado demonstrou ser uma medida de polícia desproporcional.

Por fim, antes de avançarmos para o epílogo do artigo, cumpre uma reflexão a respeito da superficialidade das conclusões sobre a juridicidade nas hipóteses acima destacadas. Vale dizer, o atendimento ou não da regra da proporcionalidade de modo definitivo exigiria um esforço conjunto e multidisciplinar, com a participação de órgãos técnicos especializados nas áreas da saúde, economia e tráfego terrestre, para conferir o estofamento indispensável ao viés jurídico, o que não ocorreu. Todavia, o *princípio da deferência*²²⁷ – § 1º, art. 22, do Decreto n. 4.657, de 1942228 – nos faz presumir que as medidas de polícia administrativa levadas a cabo pelo Prefeito do Município de Belém, pelo Governador do Estado do Pernambuco e pelo Prefeito do Município de São Paulo, devem ser cabalmente contextualizadas,

²²⁷ Para melhor entendimento do assunto *vide*: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMAS, Juliana Bonacorsi de. *Juridicidade e controle dos acordos regulatórios: o caso do tac da anatel*. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4296871/mod_resource/content/1/Juridicidade%20e%20Controle%20dos%20Acordos%20Regulatórios%20-%20O%20Caso%20TAC%20ANATEL.pdf. Acesso em: jun. 2020.

²²⁸ Assim dispõe o § 1º, do artigo 22, do Decreto n. 4.657/42: “Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.”

dentro enfoque pandêmico, sem histórico análogo no Brasil, de forma que o mérito do ato administrativo seja respeitado, especialmente, quando da realização do controle – “se o controlador quer se colocar na posição de tomar ou substituir decisões administrativas, é preciso que enfrente também os ônus que o administrador enfrenta” 229.

6. CONCLUSÃO

Conforme prescrição do preâmbulo da Constituição de 1988, os propósitos de igualdade, fraternidade, pluralismo e harmonia social de uma sociedade comprometida com a ordem interna devem, mais do que nunca, ser erguidos como imperativos categóricos. O compromisso de solidariedade deve orientar o corpo social a se resignar frente às limitações transitórias sobre nossas preciosas liberdades, conquistadas com o derramamento de muito sangue inocente, mas imprescindíveis para a superação desse momento pandêmico. Que a união do povo brasileiro faça a diferença, já que não podemos esperar o mesmo de parte dos governantes eleitos.

A gravidade da situação emergencial que assola o país clama pela adoção de medidas de polícia, ora mais ora menos restritivas aos direitos fundamentais, para que possamos salvar o maior número de vidas possível. Mas isso não significa e, nem pode significar, o retrocesso das liberdades que se apresentam como verdadeiras armas contra o autoritarismo e o abuso de poder estatal. Assim foram concebidos os direitos fundamentais pelo constituinte originário e assim devem permanecer, ao menos enquanto durar a ordem constitucional vigente.

A resignação do povo brasileiro não corresponde à disponibilidade e nem tampouco à renúncia aos direitos fundamentais, mas tão-somente ao espírito de sacrifício para a aceitação pacífica das intervenções estatais gerais inerentes ao *direito da crise*, excepcional e passageiro, porque acima de tudo, o Brasil continua a ser um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Márcio Moreira. *Discurso na câmara dos deputados em 1968*. Disponível na íntegra em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/273666-ato-institucional->

229 JORDÃO, Eduardo. *Art. 22 da LINDB: Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro*. Revista de Direito Administrativo – RDA, edição especial: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Rio de Janeiro: FGV, 2018. p. 70.

[5-integra-do-discurso-do-ex-deputado-marcio-moreira-alves-02-51/](#). Acesso em: jun. 2020.

ARISTÓTELES. *A ética a nicômaco*. São Paulo: Editora Atlas, 2009a.

_____. *A política*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2009b.

BARROS, Alberto Ribeiro de. *O conceito de soberania na methodus de Jean Bodin*. São Paulo, 1996. p. 139-155. In: Discurso (27). Disponível em: http://filosofia.fflch.usp.br/sites/filosofia.fflch.usp.br/files/publicacoes/Discurso/Artigos/D27/D27_O_Conceito_de_Soberania.pdf

BERLIN, Isaian. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. São Paulo: Brasiliense, 1999.

BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. In: SARMENTO, Daniel (org.) *Interesses públicos x interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. tir. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era do direitos*. 7. reimp. São Paulo: Editora Campus, 1992.

_____. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. 2. ed. São Paulo: Editora UNESP, 2011.

BOÉTIE, Étienne de La. *Discurso da servidão voluntária*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

BONAVIDES, *Teoria Geral do Estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

CHEVALLIER, Jacques. *L'État de Droit*. Paris: Montchrestien, 1992.

CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. *Discricionariedade administrativa e interesses públicos: superando a supremacia em busca da ponderação*. Fórum Administrativo - FA, Belo Horizonte, ano 11, n. 122, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 20 ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 1983.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

JORDÃO, Eduardo. *Art. 22 da LINDB: Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro*. Revista de Direito Administrativo – RDA, edição especial: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Rio de Janeiro: FGV, 2018.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de etica juridica*. Madrid: Civitas, 2001.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Edipro, 1994.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMAS, Juliana Bonacorsi de. *Juridicidade e controle dos acordos regulatórios: o caso do tac da anatel*. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4296871/mod_resource/content/1/Juridicidade%20e%20Controle%20dos%20Acordos%20Regulatórios%20-%20O%20Caso%20TAC%20ANATEL.pdf. Acesso em: jun. 2020.

MEDAUAR, Odete. *Poder de polícia: origem, evolução, crítica à noção, caracterização*. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords.) *Poder de polícia na atualidade*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MONTEMERLI, Roberto. *Os desafios da Itália na emergência do coronavírus*. Revista Brasileira de Geografia Econômica: Espaço e Economia [online], Ano IX, n. 17, 2020. p. 23-50. Disponível em: <https://journals.openedition.org/espacoeconomia/11312>. Acesso em: jun. 2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: sentido da vinculação à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Ato administrativo*. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di (coord.). *Tratado de direito administrativo – v. 5.: ato administrativo e procedimento administrativo*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2019.

_____. *Estudos de direito neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

PLATÃO. *A república: ou sobre a justiça, diálogo político*. São Paulo: Martins Fontes – selo martins, 2014.

POGGI, Gianfranco. *Evolução do estado moderno: uma introdução sociológica*. Rio de Janeiro: zahar Editores, 1981.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *O poder de polícia é discricionário*. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords.) *Poder de polícia na atualidade*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais – RT, São Paulo, n. 798, 2002. p. 23-50. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf> . Acesso em: jun. 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Oto; STOBBER, Rolf. *Direito administrativo*. V. 1. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

TRIBUTAÇÃO DE EMPRESAS RURAIS

LUIZ CARLOS CORRÊA PEREIRA JÚNIOR:

Bacharel em Direito/Colaborador Contratado na Comissão de Leilão de Veículos de Terceiros, Apreendidos ou Removidos da Polícia Rodoviária Federal Mato Grosso do Sul.

RESUMO: O presente trabalho teve como objetivo analisar a tributação das empresas rurais, demonstrando suas dificuldades e peculiaridades envolvendo a tributação afeta a temática do agronegócio em um plano federal, estadual e municipal, concluindo que, as empresas rurais se submetem aos mesmos regramentos gerais de empresas de outros ramos quanto a qualidade de tributo, contudo, há algumas diferenças para o regime de atividade rural em que se submetem, o legislador ordinário ainda não conseguiu efetivar as políticas agrárias estabelecidas pelo constituinte, ao cabo, só há um regime jurídico que verdadeiramente beneficia os produtores rurais, trata-se da técnica fiscal de diferimento FUNDERSUL por um regime fiscal próprio apartado dos limites do poder de tributar. Afinal, as exações tributárias são tantas e principais sobre a renda e a produção do agronegócio, por sinal, o conceito de valor agregado (IVA) caiu como uma luva, justificando as lições do direito, tanto o agronegócio e as empresas rurais se apropriam dessas fases agregadas. Consequente, assim como o conceito de atividade rural foi limitado ao dizer as atividades que o comporiam, como se não bastasse, os limites do que seria uma empresa qual foi eleito o dado pelo Código Civil, e tantas outras, para o agronegócio a vaguidade ficou bem acentuada, tendo que ser escorada em equiparações para dá-la estruturas mínimas, e a partir dos critérios eleitos, os estudiosos do tema no primeiro momento, alargam o objeto do agronegócio inculcando nele todas as suas fases até as propriamente ditas não-rurais, assim sendo, outros autores elegem critérios restritivos para contemplar somente o âmbito rural, por bem, a maneira correta é fazer com que os produtores rurais façam parte do núcleo aglutinador, estando de forma estática, as possíveis orbitações das atividades rurais, só assim não incorreria em concessões de benesses indevidas. Contudo, o pilar econômico que compõe o conceito do agronegócio é permanente, esse tem lastro na constituição e na lei de créditos rurais. A adequada conceituação do termo agronegócio é essencial, pois, irradiará seus efeitos por todo limite do poder de tributar, isso é, só o legislador ao pinçar dos fragmentos, pode construir a norma jurídica do agronegócio, adequada, capaz de atender as diferenças postas em relevo pela Carta Política.

PALAVRAS-CHAVE: 1 Agronegócio; 2 Tributação do agronegócio; 3 Empresas rurais.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO. 2.1 Tributo e espécies tributárias. 2.2 Distribuição da competência tributária. 2.3 Princípios constitucionais tributários. 3 TRIBUTAÇÃO DAS EMPRESAS RURAIS. 3.1 Conceito de agronegócio. 3.2 Empresas rurais: delimitação. 3.3 Tributos das empresas rurais. 3.3.1 IRPJ/CSLL. 3.3.2 PIS/COFINS. 3.3.3 FUNRURAL/SENAR. 3.3.4 ITR. 3.3.5 ICMS. 3.3.6 FUNDERSUL. 4 CONCLUSÃO.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem escopo de delinear as bases da tributação das empresas rurais, focando em pontos que os institutos merecem ser revisitados, dos critérios:

- (a) Doutrinário, para acompanhar a evolução dos precedentes e da jurisprudência;
- (b) Legal, das mudanças legislativas que perseguem esse meio.

Em explicação.

A temática objeto do estudo, requer uma proximidade com o tripé que forma o ordenamento jurídico, sendo esses expostos nas alíneas acima, sendo necessário realizar uma abordagem detalhada com aprofundamento que o assunto requer, dessa maneira, foram eleitas essas premissas na abordagem da tributação de empresas rurais no agronegócio.

Abordar os temas especiais do direito, frequentemente tem sido uma prática isolada e destinada aos membros assíduos da matéria, daqueles que discutem e conseguem resolver dada problemática ou até mesmo fechar lacunas do ordenamento jurídico com propositura de teses, pouco se vê nos estudos acadêmicos um olhar específico para as empresas rurais, ao passo em que recentemente vem ganhando volume nas produções doutrinárias destinada a esse campo, e esta obra direcionada ao direito público afeto agronegócio.

No emaranhado de leis vigentes no país, é suntuoso e gera até um espanto para o empresário que está por trás de sua empresa, entender de leis, saber que uma nova lei foi aprovada hoje e que terá de se adequar a toda sua literalidade no ano seguinte, assim por entender que é gerada uma série de impactos, que embora sejam ajustáveis com a boa administração do negócio, por ser esse quadro que vivem constantemente e com mudanças.

No Brasil, estima-se que 1 a cada 3 trabalhadores²³⁰ estão incutidos nas funções do agro, participam para a movimentação sistêmica como comércio e angariam por diversas culturas de produção. Em termos gerais, segundo IBGE e CEPEA o faturamento em relação ao PIB ano 2019 está na casa dos 21,4%²³¹ de toda receita.

Para fins de litigiosidade os tribunais dentro da sua organização orgânica dispõem de varas específicas para tramitação e realizar o tratamento, gerenciamento de demandas agrárias, exemplo de que 11 dos 27 tribunais estaduais e 2 de 5 tribunais regionais federais contam com competência exclusiva segundo informações do CNJ²³².

Sem sombra de dúvidas, a produção dessa obra é de suma importância para o colóquio do direito, pois busca a exatidão em um campo tão quanto relevante até no uso de seus profissionais que empenham suas funções. No recorte, opta-se pelo direcionamento das empresas rurais, para fortificar o rol de possibilidades e metodologias aplicadas em detrimento do agronegócio, para entender a fundo a sistematização dos negócios que compõem e para que revele os matizes adequados a um atendimento amplo frente ao estudo. O trabalho foi estruturado assim:

- a) A primeira, compreende o título do sistema constitucional tributário, qual foi feita a estruturação desse subsistema constitucional, com apoio na linguagem descritiva que versa sobre a tabulação dos tributos, ao cabo, do conceito de tributo e de suas espécies tributárias que seriam abordadas, cura de como a competência tributária está distribuída e os princípios que norteiam o direito tributário.
- b) A segunda, perpassa a tributação que recai sobre as empresas rurais, curam-se dos desideratos produzidos acerca do conceito de agronegócio com as suas respectivas faltas e garantias constitucionais. O emprego da delimitação das empresas rurais, análise semântica do conceito de empresa e quais pessoas abarcariam esse segmento.

²³⁰ CNA, Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil. Panorama do Agro, nov. 2019. Disponível em: <https://www.cnabrazil.org.br/cna/panorama-do-agro>.

²³¹ CEPEA, Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada. PIB do agronegócio. Comentários de janeiro a dezembro de 2019, mar. 2020. Disponível em: <https://www.cepea.esalq.usp.br/br/pib-do-agronegocio-brasileiro.aspx>

²³² CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Notícias CNJ, Onze TJs e dois TRFs possuem varas especializadas em questões agrárias, publicado em 16 de dezembro de 2013. Acessado em: 12/05/2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/onze-tjs-e-dois-trfs-possuem-varas-especializadas-em-questoes-agrarias/>

- c) A terceira e última parte, abarca análise detalhada sobre as espécies tributárias, sua utilização para o agronegócio, nuances das aplicações do direito tributário, difundindo com matéria eleita, da contabilidade e busca de referências para a tributação desse segmento.

Buscar-se-á, desta forma, edificar o estudo com abordagem que os assuntos exigem sobre os tributos das empresas rurais, vez que possui diversos questionamentos e nuances que não foram correspondidas. Com esses fundamentos, espera, com este trabalho, ofertar contribuição para os futuros estudos sobre o tema.

2 SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO

Sinoticamente em noções gerais, cabe falar da própria sistematização na qual o direito está inserido, implica dizer que fazer parte do quadro empírico, segundo Marcelo Neves (1988) especificamente nomoempírico, a fim terminológico, é utilizar-se por meio de palavras, compor em qualidade o carreamento das matérias, em especial, para esse que tem fundamento de pedra angular da Constituição, por vir dela, recebe essa denominação.

Inicialmente, essas elucubrações foram formadas no bojo da Língua Portuguesa, sendo assim, qualquer formação de normas jurídicas obedece ao vernáculo utilizado, pois sem ele não seria possível a construção de normas jurídicas, instituição de hipóteses e verificação de condutas praticadas no âmbito tributário.

O professor Paulo de Barros Carvalho na brilhante obra Curso de Direito Tributário, ao iniciar as noções de sistema e princípios constitucionais tributários, recorda dos ensinamentos de Alf Ross, Luis Alberto Warat e Tércio Sampaio Ferraz Jr, em trecho:

Já recordara Alf Ross que "la mayor parte de las palabras son ambíguas, y que todas la palabras son vagas, esto es, que su campo de referencia es indefinido, pues consiste em um núcleo o zona central y um nebuloso círculo exterior de incertidumbre"²³³. Dentro dessa plurivocidade haverá sempre uma acepción de base e outra (ou outras) que podemos chamar de contextual (ou

²³³ Tradução: A maior parte das palavras são ambíguas, e que todas as palavras são vagas, isso é, que seu campo de referência é indefinido, pois consiste em um núcleo ou zona central e um nebuloso círculo exterior de incerteza. ROSS, Alf. Sobre el derecho y la justicia, Eudeba, 1963. p. 130.

contextuais), como observa Luis Alberto Warat²³⁴. Surpreendido no seu significado de base, o sistema aparece como o objeto formado de porções que se vinculam debaixo de um princípio unitário ou como a composição de partes orientada por um vetor comum. Onde houver um conjunto de elementos relacionados entre si e aglutinados perante uma referência determinada, termos a noção fundamental de sistema. Tércio Sampaio Ferraz Jr. chama de repertório ao conjunto de elementos, e de estrutura ao complexo das relações que entre eles se estabelecem. CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário, 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 181.

Perfaz indagação inerente à matéria, de qual sistema é utilizado na ordem tributária? muitos sustentam a existência de uma dualidade, embora, observe o termo “Nacional” restrito ao Capítulo I do Título VI da CRFB, inserido para noções de que vale para o território Brasileiro. Valendo-se da matéria para a denominação trazida como Sistema Constitucional Tributário, é a correta a se dizer pois é fruto da CRFB, colocado em moldura para posterior ordenação legal e infralegal. Com outra lente, a CRFB ao dar as cartas do jogo leciona sobre reserva legal e normas gerais, considerando esse como a primeira sistemática, e disposições que à perfilam de subsistemas.

De fato, há uma estrutura de competência nacional com distribuições e normas gerais de forma, dado caráter de Soberania, protuberantes que incidem de forma indireta, compreensão sistêmica a partir da CRFB. Portanto, essas normas gerais de estrutura, impedem o desempenho das competências advindas da norma-base? Muito pelo contrário, apesar de não ser caso de contra disposição legal, o regramento incidente ao veículo normativo de LC importa ao âmbito geral, influenciando as espécies dadas e abordagens legais que a instituição do tributo exerça.

Acerca do posicionamento da teoria tripartite dos céleres autores Geraldo Ataliba, Roque Antonio Carrazza e Paulo de Barros Carvalho, em que defendem o sistema constitucional tributário à 1 esfera federal (disposições como CRFB e CTN), 27 estaduais (CTE dos Estados) e pequenas disposições que funcionam na prática

²³⁴ WARAT, Luis Alberto. O direito e sua linguagem, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1964. p. 65.

como cópia para os municípios (CTM dos municípios). Contando com instituição de 7 impostos na via federal, 3 para as estaduais e 3 para os municípios.²³⁵

Com o afã de balizar, temos a teoria dicotômica afirmadas pelos Doutrinadores Paulo de Barros Carvalho e Roque Antonio Carrazza, é tecer sobre conflitos de competência e regular limitações do poder de tributar. Congênere a teoria tricotômica ressalvada pelo STF no Recurso Extraordinário (REExt nº 138.284/CE) e tese ADI nº 447-6/DF, e pela maioria dos Doutrinadores, essa Majoritária, é considerando a dicotômica (conflitos de competência e regular limitações do poder de tributar) e normas gerais. Via dispostas no Artigo 146²³⁶.

Pois bem, imprescindível registrar o enredo que trouxe a CRFB ao dispor sobre matéria tributária, dando um requinte maior, olhar de preocupação com à competência concorrente disposta no inciso I, do Art. 242³⁷, CRFB. Isto é, uniformizar por veículo legislativo o poder que foi dado aos Entes, traz redação que merece ser revisitada.

A título de exemplo, podemos vislumbrar a reserva legal, através da Lei Complementar nº 87/96 sobre Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e

²³⁵ O leitor em aprofundamento pode consultar, respectivamente, os Artigos 153, 155 e 156 da CRFB.

²³⁶ Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

(...)

²³⁷ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico, urbanístico;

Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) denominada também como LEI KANDIR238.

Nítida a importância dada pelo legislador constituinte, em subsumir reserva legal para LC, hierarquizada, disciplinar e instituir nos limites dados pela CRFB, registra, o papel da CRFB não é de livro mas sim emoldurar todo o campo do direito, a fim de incluir categorias e prestigiar outras, assim como o princípio da igualdade suplantado na CRFB, na linguagem construtiva de Ulpiano²³⁹ e implantado por Miguel Reale²⁴⁰ e incrementado por Rui Barbosa²⁴¹.

A ordem hierárquica sob a teoria pura do direito de Kelsen²⁴², nos fornece o escalonamento de normas, que é utilizada pela nossa Constituição. Sob a ótica da teoria dos freios e contrapesos de Montesquieu²⁴³, também chamada de *checks and balances* utilizada pelo STF no tocante a modulação dos efeitos de decisões, determina neutralidade desse sistema utilizando o próprio poder para controlá-lo, caso não, haveria uma desproporcionalidade tanto das normas editadas, e dos julgados que incompatibilizam a realidade. Também, é daí que nasce o ativismo judicial, nessas bases que foi forjado o núcleo que proporciona o afastamento dos efeitos do fenômeno da fossilização da Constituição (ADI nº 5.105/DF).

238 Feita pela Comissão de Estudo e Revisão da Lei Complementar nº 87/96 no âmbito da Casa Civil da Presidência da República no uso das atribuições dispostas no Decreto de 26 de Outubro de 1999, cujo fruto foi no recebimento de alcinha do então Ministro do Planejamento Antonio Kandir. Entitulada passou por modificações diversas desde sua transformação e por Leis Complementares.

239 No Digesto de Justiniano que compõe o *Corpus Juris Civilis* (Corpo de leis civis) pela ótica do Direito Romano, o jurista compõe com o trecho: "*suum cuique tribuere*" que é dar a cada um o que é seu.

240 Depreende-se da obra Teoria Tridimensional do Direito, o conceito de Justiça considerando a dimensão valor que, é dar a cada um o que lhe é devido segundo um critério de igualdade.

241 Em suas lições na Oração aos Moços, de 1920, em trecho: A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem. BARBOSA, Rui. Oração aos Moços, 5ª edição. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa. p. 26.

242 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 8ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009.

243 MONTESQUIEU, Barão de. Do Espírito das Leis. São Paulo: Martin Claret, 2007.

Conclui-se que os primeiros passos para a construção da matéria tributária, foram tracejadas na carta magna, o ponta pé inicial de uma estrutura que perdura por 32 anos, nessa linha de pensamento adverte Paulo de Barros Carvalho, predomínio de normas de estrutura em relação as de comportamento (CARVALHO, 2019. p. 199).

2.1 Tributo e espécies tributárias

Inaugurando, elege método lógico para estar trabalhando com tributos e espécies tributárias, sendo a regra-matriz de incidência tributária. Esclarece que da mesma forma, para o conceito jurídico é necessária a via Doutrinária, pois não cabe ao legislador conceptuar²⁴⁴ sobre tributos e sim, dizer das suas atribuições, confinamentos e quais serão os regramentos próprios, da necessidade de complementação e qual já há instrumento hábil para especificidade. Com as fortes lições trazidas no livro do Professor Geraldo Ataliba:

9.3 Só é possível obter um conceito jurídico de tributo e – via de consequência - de direito tributário, como conclusão de alentado e ingente estudo do direito constitucional positivo. É oportuna a advertência de A. Becker: “Quem preferir caminho diferente, defrontar-se-á com múltiplos problemas jurídicos e não os poderá resolver; apenas conseguirá apaziguar as suas dúvidas, embriagando-se com ilogismos eruditos dissolvidos no remoinho da retórica e utilizando o estupidificante, aliás muito cômodo, dos fundamentos “óbvios” (ob. Cit., p. 232). ATALIBA apud BECKER, 2003. p. 232.

Considerando o conceito legal de tributo²⁴⁵ que sempre terá na maioria das vezes como sujeito ativo o Estado, o CTN em seu inciso I, Art. 4º²⁴⁶, corrobora o

244 Em complemento as facundas lições do professor Geraldo Ataliba, expõe: 52.24.1 Não incumbe ao legislador formular definições. Isto cabe á doutrina. É perigosa toda definição legislativa de conceitos constitucionalmente pressupostos. O legislador não é mais lúcido que a doutrina. ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 134/135.

245 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.

246 Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualifica-la:

parágrafo supracitado indicando que não se sustenta a simples denominação de tributo sem que haja fato gerador da hipótese praticada e destinação legal resultada de produto arrecadado. Observa das percepções dos legisladores constituinte e ordinário que a prática de isolar o conceito e entregá-lo pronto, não faz força, delimitando aquilo já implantado.

Sobre outra ótica, mesmo que se faça um imposto com natureza jurídica para tanto e seja intitulado como taxa, essa denominação é falha quando se verifica no núcleo do fato jurígeno, conseguinte veremos a eleição do instrumento adequado para analisar o direito tributário, nesse sentido, abre-se para as lições de Geraldo Ataliba:

Enquanto o primeiro é uma descrição hipotética e abstrata de um fato, o segundo é "o fato concreto, localizado no tempo e no espaço, acontecido efetivamente no universo fenomênico que, por corresponder rigorosamente à descrição prévia, hipoteticamente formulada pela h.i. legal, dá nascimento à obrigação tributária. Cada fato imponível determina o nascimento de uma obrigação tributária.

(...)

O fato imponível é, pois, um fato jurígeno (fato juridicamente relevante) a que a lei atribui a consequência de determinar o surgimento da obrigação tributária concreta. Em termos kelsenianos é um suposto a que a lei imputa a consequência de causar o nascimento do vínculo obrigacional tributário. ATALIBA, Geraldo, Hipótese de Incidência Tributária, 6ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 109.

Um ponto de muita confusão, na qual de um lado há a conduta prescrita pelo legislador representada pela hipótese de incidência²⁴⁷ (antecedente) e de outro lado

I – a denominação e demais características formais adotadas pela lei;

II – a destinação legal do produto de sua arrecadação.

²⁴⁷ Devemos ter sempre em mente, o que molda toda a cadeia da regra-matriz de incidência tributária é justamente o critério material, pois sem ele, não existiria os demais, e não haveria possibilidade de verificação, sendo que o fato norteador é o próprio núcleo do encadeamento das demais situações.

o fato impositivo, aquele que existe para o mundo jurídico, ou seja, a conduta praticada (consequente), também representado por fato jurídico na definição de Geraldo Ataliba. Reforça o entendimento do professor Paulo de Barros Carvalho, acerca da construção da regra-matriz de incidência tributária, nos aspectos de sua estrutura lógica, divididas entre hipótese e consequência, ao inaugurar o título:

A norma tributária em sentido estrito, reiteramos, é a que define a incidência fiscal. Sua construção é obra do cientista do Direito e se apresenta, de final, com a compostura própria dos juízos hipotético-condicionais. Haverá uma hipótese, supostos ou antecedente, a que se conjuga um mandamento, uma consequência ou estatuição. CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 30ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 308.

Ao cabo, o professor Geraldo Ataliba, ao debruçar sobre os estudos da hipótese de incidência tributária, traz substrato do professor Alfredo Augusto Becker, em trecho:

52.25 Para A. Becker o aspecto material da h.i. é a chave do discernimento entre as espécies tributárias: “Na composição da hipótese de incidência e o elemento mais importante é o núcleo. E a natureza do núcleo que permite distinguir as distintas naturezas jurídicas dos negócios jurídicos. Também é o núcleo que confere gênero jurídico ao tributo” (on. Cit., p. 298). ATALIBA APUD BECKER, 2003. p. 135.

De outro lado, muito se fala sobre “fato gerador” tanto na doutrina como nos diplomas legais, é justamente com a pretensão de reduzir os detalhamentos que a regra-matriz de incidência tributária coloca à disposição do aplicador, estreitando esse caminho, considerando que foi definido bases epistemológicas seguras e acadêmicas²⁴⁸.

2.2 Distribuição de competência tributária

Dessarte, o Professor Paulo de Barros Carvalho ao analisar a competência tributária dada pela CRFB em sua obra, entende, se tratar de aptidão em que as

²⁴⁸ O interlocutor para não se perder, deve firmar no entendimento que só é possível chegar olhando pela ótica da regra-matriz, nos mesmos termos dos capítulos passados, aqui reforço o combinado com o leitor, faça a troca de “fato gerador” por critério material, já que os fins propostos para esta pesquisa são os acadêmicos.

pessoas políticas são dotadas para expedir regras jurídicas em observância ao procedimento legislativo (CARVALHO, 2019. p. 279) a partir desse plexo, possa lograr êxito ao exprimi-las na regra-matriz com possível realização dos titulares do direito (CARVALHO, 2019. p. 279/280).

Em verbete sintetiza, o conteúdo de competência tributária em curtas linhas, tendo em vista a profundidade do direito tributário, o conceito expressado pelo professor serve de base para as concatenações, senão vejamos:

A competência tributária, em síntese, é uma das parcelas entre as prerrogativas legiferantes de que são portadoras as pessoas políticas, consubstanciada na possibilidade de legislar para a produção de normas jurídicas sobre tributos. CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 30ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 280.

Extraí dos ensinamentos, a capacidade política da pessoa jurídica de direito público dada pelo legislador constituinte, poder para instituir por meio de lei sobre matéria tributária, que lhe compete de acordo com os limites da competência tributária. Também se verifica, a exacerbação da outorga de poderes, por assim dizer procuração dada através do sufrágio universal ao legislador, ou seja, não basta preencher a competência para sair instituindo tributos, ocasião que dar-se-á validade da coexistência de voto, conseguinte procuração.

Contudo, o mesmo professor ao prontificar-se a aplicação da teoria das classes, de forma específica, ao levar a competência tributária para o mundo da vida, pega emprestado o conceito de Alfredo Augusto Becker, para justificar sobre um princípio axiomático o tema, ente que a competência tributária e vivenciada por todos e a todo momento²⁴⁹.

²⁴⁹ Explica o professor: Mas essa é apenas uma entre as várias proporções semânticas com que a expressão se manifesta, justificando o asserto de Becker segundo o qual o jurista é o semântico da linguagem do direito. Não podemos deixar de considerar que têm, igualmente, competência tributária o Presidente da República, ao expedir um decreto sobre IR, ou seu ministro ao editar a correspondente instrução ministerial; o magistrado e o tribunal que vão julgar a causa; o agente da administração encarregado de lavrar o ato de lançamento, bem como os órgãos que irão participar da discussão administrativa instaurada com a peça impugnatória; aquele sujeito de direito privado habilitado a receber o pagamento de tributo (bancos, por exemplo); ou mesmo o particular que, por força de lei, está investido na condição de praticar a sequência procedimental que culminará com a produção de norma jurídica tributária, individual e concreta (casos de IPI, ICMS, ISS etc.). Todos eles operam revestidos de competência tributária, o que mostra a multiplicidade de traços significativos que a locução está pronta para exhibir. Não haveria por que adjudicar o privilégio a qualquer delas, em detrimento das demais. Como sugeriram expoentes do Neopositivismo Lógico, em situações desse jaez cabe-nos tão somente especificar o sentido em que estamos empregando a dicção, para afastar,

Emprega o professor Leonardo Furtado Loubet, a utilização de campos de referência inseridas em um contexto para eliminar as ambiguidades que são próprias da linguagem, nesse sentido, espera o direito a saturação da linguagem para poder projetar-se sobre o conjunto de normas jurídicas (LOUBET, 2017, p. 25).

Contextualmente, há um primeiro plano esse de sobreposição (constituição), que é um altiplano para o encadeamento das normas legais e infralegais (escalões hierárquicos) delineando o campo de aplicação do direito, com a temática de núcleo material das condutas humanas. Como vimos, todos os atos praticados no assunto tributo, ganham a moldura dada pela CRFB e a competência tributária acompanha da mesma forma²⁵⁰.

2.3 Princípios constitucionais tributários

Dentre os possíveis cortes, faz uma breve análise dos que tem sido utilizados com maior frequência e são suscetíveis ao poder de tributar, sendo eles dispostos no diploma da Constituição, princípio da legalidade (I, Art. 150) não há exigência ou aumento da carga tributária sem lei; princípio da isonomia (II, Art. 150) igualdade tributária; princípio da irretroatividade geral (a, III, Art. 150) com efeito ex-nunc; princípio da anterioridade específica (b, III, Art. 150) impedimento da cobrança no mesmo exercício fiscal; princípio da anterioridade nonagesimal (c, III, Art. 150) exceção da anterioridade específica com respeito de 90 dias a contar da publicação; princípio do não-confisco (IV, Art.150) tributos não tem efeito de confisco; dentre outros que se podem observar.

O professor Leonardo Furtado Loubet no livro de Tributação Federal no Agronegócio, reforça os princípios mais utilizados no direito tributário e consequente para o agronegócio são: i) legalidade, estrita legalidade e tipicidade; ii) Isonomia, capacidade contributiva e não confisco; iii) Generalidade, universalidade e progressividade, (LOUBET, 2017. p. 89/90).

Ressalva, sobre o princípio da não-cumulatividade dos tributos, inserida na Carta Magna através da Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, recente mudança que afeta os segmentos do agronegócio pela imposição de técnica na compensação a quantia incidente sobre as outras (CARVALHO, 2019. p. 229).

por esse modo, as possíveis ambiguidades. CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 30ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 280.

²⁵⁰ Para melhor entendermos, a teoria da pirâmide de Kelsen encaixa perfeitamente no exemplo conjecturado pelo professor Paulo de Barros Carvalho pois o direito projeta-se com a competência e a mesma com a prática de atos em matéria tributária.

3 TRIBUTAÇÃO DE EMPRESAS RURAIS

A tributação sobre o agronegócio, que recai para a empresa rural pessoa jurídica, são: Imposto sobre a renda IRPJ, contribuição social sobre lucro líquido CSLL, programa de integração social PIS, contribuição para o financiamento da seguridade social COFINS, fundo de assistência ao trabalhador rural FUNRURAL, serviço nacional de aprendizagem rural SENAR, imposto territorial rural ITR, imposto sobre operações de mercadorias, prestação de serviços e comunicação ICMS, fundo rodoviário do Estado de Mato Grosso do Sul FUNDERSUL.

O professor Hiromi Higuchi ao iniciar a escolha do regime de tributação das pessoas jurídicas, leciona sobre aquelas práticas que as pessoas jurídicas podem adotar em cima da tributação com análise do objeto em questão, excerto:

As pessoas jurídicas em geral com fins econômicos podem ser tributadas com base no lucro real, presumido, arbitrado ou no Simples Nacional. Qualquer pessoa jurídica, por menor que seja, pode optar pela tributação com base no lucro real. A tributação com base no lucro presumido ou a opção pelo Simples Nacional nem sempre é possível em razão do montante de receita bruta, atividade ou condição da pessoa jurídica.

O administrador da empresa terá que escolher o regime de tributação menos oneroso em termos de tributos e de burocracia. A escolha não é possível para a pessoa jurídica que estiver enquadrada como de tributação obrigatória pelo lucro real. Nem sempre a opção pelo Simples Nacional é mais vantajosa do que a tributação pelo lucro presumido ou lucro real. Nos cálculos comparativos devem ser levados em consideração o IRPJ, a CSLL, o PIS, a COFINS, o IPI, ICMS, ISS e a contribuição patronal para o INSS. HIGUCHI, Hiromi. Imposto de Renda das Empresas: Interpretação e prática, 2017. p. 79.

Nesse sentido, ao caminhar pelo direito tributário, o gestor da empresa, deve olhar para o objeto da atividade organizada, das legislações específicas que definem os enquadramentos tributários, bem como observar o valor do montante auferido anualmente nas questões do Simples Nacional, ou em detrimento de outros regimes de apuração, realizar uma escolha, em comum, que busque a precisão em seu planejamento tributário, a evitar demandas excessivas ou pagamento de pecúnia

desnecessárias. Esclarece, antecipadamente, que a tributação para as pessoas é a mesma para do agronegócio.

3.1 Conceito de agronegócio

Emprego da semântica caminhará por todo este subtítulo, pois estamos frente a um conteúdo vago e inexplorado pela legislação, a doutrina tem arranjado esforços para conceituar o termo do agronegócio com a mesma linguagem semântica, atendendo o viés do direito e matéria tributária requinte que a obra exige, essas colações servem para na conclusão termos conteúdos palpáveis em aspectos lógicos-jurídicos, definitivamente o alcance da construção.

O sistema constitucional tributário brasileiro deu ao agronegócio, mesmo que indiretamente, pressupostos constitucionais palpáveis a ideia de regramentos jurídicos próprios as atividades rurais, embora não se tenha reconhecido diretamente, deixou para o legislador ordinário essa tarefa por concretizar as abstrações constitucionais garantidas na Carta Política, disposta no Art. 187251.

Certa incumbência ainda não foi totalmente concretizada, após 32 anos da outorga política, e me parece que as ampliações jurídicas vêm da necessidade de

251 Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente:

I - os instrumentos creditícios e fiscais;

II - os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização;

III - o incentivo à pesquisa e à tecnologia;

IV - a assistência técnica e extensão rural;

V - o seguro agrícola;

VI - o cooperativismo;

VII - a eletrificação rural e irrigação;

VIII - a habitação para o trabalhador rural.

§ 1º Incluem-se no planejamento agrícola as atividades agro-industriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais.

§ 2º Serão compatibilizadas as ações de política agrícola e de reforma agrária.

controle dos órgãos estatais, sendo esse o primeiro ponto de partida do investigador, o constitucional, a base do agronegócio se encontra aglutinada nos dispositivos do Art. 187, CRFB citados em composições que revestem as camadas e principalmente nas atividades rurais que distribuem as agroindustriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais – segmentos de atividades rurais extrativas (dentro da porteira) e não extrativas (antes e depois da porteira) – obrigatoriamente o conceito de agronegócio deve obedecer às delimitações desse artigo da Carta Política.

Há de se firmar em bases lógicas e seguras, sobretudo no direito tributário, que para essa conjugação o mais importante é o inciso I - os instrumentos creditícios e fiscais; por concentrar a exegese na qual o direito tributário está inserido, na mesma linha registra o professor Leonardo Furtado Loubet²⁵², assim sendo, as características formadoras desse conceito, encontram-se pelo espaço e tempo da metalinguagem, para identificarmos é forçoso relembrar da técnica analítica valendo da recomposição, com um breve relato histórico até a guinada do termo e constatações da utilização, assim como afirma Leonardo Furtado Loubet em passagem na obra *Tributação Federal no Agronegócio*:

Como registra João Eduardo Lopes Queiroz, a primeira aparição do termo agribusiness foi notada na obra dos economistas americanos John H. Davis e Ray A. Goldberg, em 1957. A definição proposta pelos autores estrangeiros é de que agribusiness (ou agronegócio) é "a soma das operações de produção e distribuição de suprimentos agrícolas, das operações de produção nas unidades agrícolas, do armazenamento, processamento e distribuição dos produtos agrícolas e itens produzidos a partir deles. LOUBET, Leonardo Furtado. Tributação Federal no Agronegócio. 1ª edição. São Paulo: Noeses, 2017. p. 40/41. Apud QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Direito do agronegócio: é possível a sua existência autônoma? Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 26.

Registra, Leonardo Furtado Loubet que o signo linguístico "agronegócio", semanticamente não irradia quase nenhum efeito pelo ordenamento jurídico, passando longe dos ambientes doutrinários e jurisprudenciais. E na incorporação da

²⁵² Explica o professor Leonardo Furtado Loubet: Tudo isso passa – e aqui ganha destaque o preceito constitucional para fins deste estudo – pelos "instrumentos creditícios e fiscais". Eis a comprovação de que o constituinte tomou por certo que a manipulação da tributação para a atividade rural é um dos meios para se atingir os objetos traçados pela Constituição. LOUBET, Leonardo Furtado. *Tributação Federal no Agronegócio*. 1ª edição. São Paulo: Noeses, 2017. p. 74/75.

palavra inglesa, o país designou para o vasto conjunto das operações econômicas rurais que o segmento se submetia (LOUBET, 2017. p. 40).

Na mesma linha, incorre as percepções de João Eduardo Lopes Queiroz na qual observando o termo “agronegócio” em contraponto a obra de Massilon J. Araújo, já em sua obra doutrinária buscou os mesmos entendimentos passados e adaptou-os para a realidade brasileira propondo uma classificação que desdobra dos apontamentos anteriores, recita Leonardo Furtado Loubet:

Ao enfrentar o tema, João Eduardo Lopes Queiroz, valendo-se da obra de Massilon J. Araújo, propõe uma análise a partir de três desdobramentos: (i) “segmentos antes da porteira”, (ii) “segmentos dentro da porteira” e (iii) “segmentos depois da porteira”.

O primeiro aspecto teria por finalidade focar a cadeia de atividades anteriores à produção, subdividindo-se em (i.a) insumos para a agropecuária (corretivos de solo, fertilizantes, agroquímicos, compostos orgânicos, rações, etc); (i.b) as inter-relações de produtores de insumos com agropecuaristas (comercialização de máquinas e suprimentos agrícolas); (i.c) e os serviços agropecuários (pesquisas, assistência técnica, análises laboratoriais, planejamento agrônomo, etc.).

Já o denominado “segmento dentro da porteira” consistiria na produção agropecuária propriamente dita, vale dizer, as atividades em si mesmas consideradas desenvolvidas pelos produtores, como, por exemplo, a agricultura e a pecuária.

*Por fim, o “segmento fora da porteira” teria por objetivo explicar as etapas de processamento e distribuição de produtos agropecuários, até atingir os consumidores, envolvendo diferentes agentes econômicos, como o comércio, a indústria, as autoridades governamentais, dentre outras. LOUBET, Leonardo Furtado. *Tributação Federal no Agronegócio*. 1ª edição. São Paulo: Noeses, 2017. p. 41/42. Apud QUEIROZ, João Eduardo Lopes. *Direito do agronegócio: é possível a sua existência autônoma?* Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 26/27.*

O retrato feito por João Eduardo Lopes Queiroz em sua obra Direito do Agronegócio, é o que mais se encaixa na realidade brasileira, trata-se de um conceito amplo para o agronegócio, congrega os segmentos antes da porteira (pré-produção), os segmentos depois da porteira (pós-produção), que inclusive, não fica restrito ao núcleo de pessoas (produtor rural), converge para si, a cadeia do agronegócio, do conjunto de operações.

Conforme dito, assim registra Leonardo Furtado Loubet²⁵³, sua procura por signos linguísticos nos diplomas que compõem o ordenamento jurídico, na tentativa de captar as formulações e da essência do texto legislativo trazendo para ao agronegócio, reforça a perplexidade dos termos citados e, contidos na CRFB. Em termos de conceituação advinda do plano legal, o que mais chega perto do termo, equiparadas a "agronegócio" são as definições de "atividade rural", embora exista ordenações nesse sentido e em contraponto, o autor não perdendo a análise crítica Leonardo Furtado Loubet afirma que o legislador ao dispensar a forma de construção da norma e optar pela tabular, limitou-se a indicar atividades que formariam o conceito, o fazendo de forma inapropriada (LOUBET, 2017, p. 113/114).

Embora haja essa preocupação, prementemente, o professor Renato Buranello abstrai de todo conjunto léxico, e firmando na Lei de Política Agrícola, sua definição de agronegócio, que parte de espectro geral a selecionar possíveis atividades em torno dos segmentos, excerto:

Podemos definir, então, o agronegócio como o conjunto organizado de atividades econômicas que envolve todas as etapas compreendidas entre o fornecimento dos insumos para produção até a distribuição para consumo final de produtos, subprodutos e resíduos de valor econômico relativos a alimentos, fibras naturais e bioenergia. Vemos, assim, que o termo agronegócio é delineado pelo que temos chamado de complexo agroindustrial, ou conjunto geral dos sistemas agroindustriais, consideradas todas as empresas que fornecem os insumos necessários, produzem, processam e distribuem produtos, subprodutos e resíduos de origem

²⁵³ Explica o professor Leonardo Furtado Loubet: Sucede que não é tarefa do legislador mesmo definir ou conceituar as coisas do direito; sua função é prescrever condutas interpessoais, disciplinando a vida em sociedade. Essa missão é confiada a ciência. Desse modo, o intuito por aqui é identificar, no sistema, enunciados que formem a noção de "atividade rural" para, a partir daí, arquitetar o conceito de "agronegócio", no plano da sobrelinguagem. LOUBET, Leonardo Furtado. Tributação Federal no Agronegócio. 1ª edição. São Paulo: Noeses, 2017. p. 44.

agrícola, pecuária, de reflorestamento ou aquicultura. BURANELLO, Renato. Manual do Direito do Agronegócio. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 34/33.

Ainda que se esgotasse, Mauro Ribeiro Barbosa Junior, exhibe categoricamente um conceito de agronegócio a ser pensado que envolvem as pessoas que praticam as operações dos segmentos, abnegando a atual visão restrita por considerar somente os 3 (três) segmentos defendidos por João Eduardo Lopes Queiroz, sendo:

Assim, por agronegócio se entende a soma total das operações de produção de insumos, armazenamento, processamento, distribuição e comercialização de produtos agrícolas. O conceito, portanto, engloba os fornecedores de insumos e serviços para a agricultura, os produtores rurais (agricultura), os processadores (agroindústria), os distribuidores e todos os envolvidos na geração e distribuição dos produtos de origem agrícola até o consumidor final.

A visão do agronegócio deve ser sistêmica, em que o todo é maior do que a soma de suas partes. Essa visão se contrapõe à visão tradicional, que enxerga os elementos do sistema como segmentos independentes de um todo, desconsiderando o que há de mais importante num sistema: o mecanismo de interação e de integração entre os vários elos que o compõem. PEREIRA, Luiz Fernando. BARBOSA JUNIOR, Mauro Ribeiro (org.). Direito Aplicado ao Agronegócio: Políticas públicas aplicadas ao agronegócio. 1ª edição. Porto Alegre: ASGAH, 2018. p. 27.

Nesse sentido, sem invadir o campo das espécies tributárias no tocante a "atividade rural" faz pequenos esboços sobre a temática, pois terá a sua vez e será bem examinada nas espécies tributárias. Pegando emprestado redação do Decreto nº 9.580/18, no Art. 51254, qual é validada pelas Leis nº 8.023/90 (Art. 2) e nº 9.430/96 (Art. 59), tabula as atividades.

254 Art. 51. Para fins do disposto neste Regulamento, considera-se atividade rural:

I - a agricultura;

II - a pecuária;

Bom, a partir desses núcleos aglutinadores incide IRPF no agronegócio, bastando por então praticar a atividade tabulada, assim sendo, Leonardo Furtado Loubet em sua obra *Tributação Federal no Agronegócio* tratou por especificar a problemática que circunda todas as hipóteses acima nas páginas seguintes²⁵⁵, e em outra forma, uma análise muito precisa, afirma que assim como o agronegócio, para atividade rural também não há definição legal, apenas indicação de algumas atividades que comporiam esse conceito, caindo em tautologia que só a ciência consegue resolver (LOUBET, 2017. p. 113).

Passando muito apartado do horizonte conceitual, a Lei Federal nº 11.076, de 30 de dezembro de 2004 que dispõe sobre Certificados e Créditos do Agronegócio, dispostas do CDCA, Da LCA e do CRA (Capítulo II) nas Disposições Iniciais (Seção I),

III - a extração e a exploração vegetal e animal;

IV - a exploração:

a) da apicultura;

b) da avicultura;

c) da cunicultura;

d) da suinocultura;

e) da sericicultura;

f) da piscicultura; e

g) de outras culturas animais;

V - a transformação de produtos decorrentes da atividade rural, desde que não sejam alteradas a composição e as características do produto in natura, feita pelo próprio agricultor ou pelo criador, com equipamentos e utensílios usualmente empregados nas atividades rurais, com uso exclusivo de matéria-prima produzida na área rural explorada, tais como a pasteurização e o acondicionamento do leite e o acondicionamento do mel e do suco de laranja em embalagem de apresentação; e

VI - o cultivo de florestas que se destinem ao corte para comercialização, consumo ou industrialização.

²⁵⁵ As páginas a que se refere vão de 113/117 da obra circundada.

nos artigos 23256 e 24257, dado que extrai da redação, certificados creditórios (emissão exclusiva cooperativas) e recebíveis (emissão exclusiva de ativo), bem como letra de crédito do agronegócio (exclusiva instituições financeiras)²⁵⁸, em uma análise econômica, passando a demarcar pessoas produtores rurais para incidência dos dispositivos. Requite presumido pelo legislador foi o mesmo falado nos primeiros parágrafos desse subtópico quando tratou do conceito histórico *Agribusiness*.

Reforça o entendimento de que para o legislador ordinário, o agronegócio é o conjunto de operações econômicas e na instituição dos documentos rurais, entabulou no núcleo da obrigação os sujeitos que podem emitir, fazendo quesitar neste trabalho por meio da aludida Lei com potencial de tornar título toda operação anterior e posterior a produção²⁵⁹. Me parece que o legiferante empregou o termo na acepção da linguagem, ou seja, negócios jurídicos do agro.

256 Art. 23. Ficam instituídos os seguintes títulos de crédito:

I - Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio - CDCA;

II - Letra de Crédito do Agronegócio - LCA;

III - Certificado de Recebíveis do Agronegócio - CRA.

§ 1º Os títulos de crédito de que trata este artigo são vinculados a direitos creditórios originários de negócios realizados entre produtores rurais, ou suas cooperativas, e terceiros, inclusive financiamentos ou empréstimos, relacionados com a produção, a comercialização, o beneficiamento ou a industrialização de produtos ou insumos agropecuários ou de máquinas e implementos utilizados na atividade agropecuária.

257 Art. 24. O Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio - CDCA é título de crédito nominativo, de livre negociação, representativo de promessa de pagamento em dinheiro e constitui título executivo extrajudicial.

§ 1º O CDCA é de emissão exclusiva de cooperativas agropecuárias e de outras pessoas jurídicas que exerçam a atividade de comercialização, beneficiamento ou industrialização de produtos, insumos, máquinas e implementos agrícolas, pecuários, florestais, aquícolas e extrativos.

258 Lembrando que esses documentos não necessitam estar escorados em contratos do agronegócio para ter sua validade, na ausência expressa de condicionante do tipo pela Lei que os instituiu, pois já são títulos de créditos.

259 No fragmento citado, compreende para o conjunto de operações as atividades de comercialização, beneficiamento ou industrialização de produtos, insumos, máquinas e implementos agrícolas, pecuários florestais, aquícolas e extrativos. Redação dada pelo parágrafo §1º, do Art. 24, da Lei Federal nº 11.076/2004 alterada pela Lei Federal nº 13.986, de 7 de abril de 2020.

Parece que ficou claro, sobre a ótica do prescritor de condutas em definir no plano legal, em que no núcleo gravitacional qual pesam todas as hipóteses, se insere os produtores rurais, é como ensina o Professor Paulo de Barros Carvalho²⁶⁰ e ao que me parece serve de complemento para as considerações do Professor Leonardo Furtado Loubet²⁶¹, logo, temos sujeitos identificados e estáticos, não é da feição do legiferante aprumar determinada situação, tabular e dispor as regras sem o complemento da norma jurídica (MIGUEL, 2012. p. 19), o núcleo precisa de orbitação pois esse é seu propósito servir de referência para a casuística.

Momento esse que quesita e, levamos a exaustão da construção, será que para o legislador ordinário o conceito de agronegócio refere-se somente a um dos campos de formação, levantando o econômico que perfaz essa lei de títulos? A resposta adequada, é que há uma indissociação da área econômica com o agronegócio, não se pode falar sobre a ótica do legislador, o agronegócio sem o fator econômico.

Contudo, a vaguidade do vocábulo agronegócio, nas palavras de Leonardo Furtado Loubet, se apresenta para produção rural, propriamente, e para as relações econômicas, inclusive, sendo utilizada para descrever e explicar suas relações econômicas (LOUBET, 2017. p. 42). Se é assim, sua cambialidade e a supressão da incerteza, deve aderir tão somente da especialidade para o campo geral como está distribuída, não o inverso, pois assim gera prejuízos na mitigação dos demais e fere a base da igualdade a qual o agronegócio está submetido na Carta Política, isso é como demonstrado anteriormente, o agronegócio está servindo partes segundo sua ótica devido à falta de estática, quão ideal seria receber as partes que o compõe.²⁶²

260 Explica o professor Paulo de Barros Carvalho: Todas as vezes que nos aproximarmos do núcleo da regra-matriz de incidências tributária, o vício, ainda que se refira à sua indicação, será material. CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 120. Vide que trata sobre vício formal na identificação do sujeito passivo, antecipando, entendem que é substancial. Acórdão nº 105-17.139, 1º Conselho de Contribuintes, 5ª Câmara, Publicado em 13/08/2008.

261 Explica o professor Leonardo Furtado Loubet: Nesse contexto, pode-se falar em "atividade rural em sentido amplo", abraçando toda a cadeia produtiva, e "atividade rural em sentido estrito", focada na figura do produtor rural propriamente dito. LOUBET, Leonardo Furtado. Tributação Federal no Agronegócio. 1ª edição. São Paulo: Noeses, 2017. p. 62.

262 A falta do conceito assim como concebida pelo professor, sendo o ideal que deve ser trabalhado e perquirido pelo legiferante de um conceito comum estático capaz de congrega todas as matérias que pertencem ao agronegócio, no intuito de que seja aplicado aos segmentos antes, dentro e depois da porteira.

As lições que tiramos desse entrave postas pelo legislador ordinário, são: i) classificação de sujeitos (núcleo da obrigação), ii) operações do agronegócio (em sua parte constituam atividade rural), iii) impossibilidade de decompor agronegócio sem retirar seu fator econômico, iv) seguimento de título cambiais²⁶³ para a setorização.

Encontra no pretexto legal a partir das estruturações bem colocadas no trabalho, busca assentar um provável conceito legal pinçando em interpretação sistemática (querendo ser conivente), se é que se possa chamá-lo de implícito, o seguinte: o conceito legal de agronegócio agrega produtores rurais em atividades de comercialização, beneficiamento ou industrialização de produtos, insumos, máquinas e implementos agrícolas, pecuários, florestais, aquícolas e extrativos com regimes diferenciados de acordo com as políticas agrárias. Combinação dos Arts. 23 e 24 da Lei Federal nº 11.076/2004 e parágrafo único do Art. 185, CRFB.

Em relação ao vocábulo, registra Leonardo Furtado Loubet, que é utilizado para expressar as pessoas que atuam nas operações do agronegócio e também para atividades especificamente consideradas por ele (LOUBET, 2017. p. 42).

Em outro horizonte, subjeção para um assentamento da segurança jurídica, a conceituação do termo poderia subir as prateleiras na justificativa de um entendimento com interpretação unificada, no sentido, por um momento o conceito não precisasse de um altiplano, e sim, nas verificações de cada espécie tributária, a saber o complemento do complemento²⁶⁴, mas isso colocaria o interpretador em erro, e a construção lógica semântica em cheque, pois não resolveria os anseios de sua particularidade que é aglutinar as normas e regramentos esparsos²⁶⁵.

263 Os autores Silvia Opitz e Oswaldo Opitz ao explicar Imposto Territorial Rural (ITR) no Capítulo 15 da obra de direito agrário, traz no item 17 do Warrant, CDA, CDCA, LCA e CRA o seguinte comentário: A todos eles aplicam-se as normas de direito cambial cabíveis. OPTIZ, Silvia C. B. OPTIZ, Oswaldo. Curso completo de direito agrário. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 332.

264 O professor Leonardo Furtado Loubet utiliza o termo “complemento do complemento” na estruturação da regra-matriz para referir-se a atividade rural exercida pelos produtores rurais, em que seria esse termo utilizado para expressar adequadamente a ação humana prescrita pelo direito. LOUBET, Leonardo Furtado. Tributação Federal no Agronegócio. 1ª edição. São Paulo: Noeses, 2017. p. 188.

265 Veja que é uma reflexão a se fazer, evitando o embate ao circundar da matéria, utilizando esse apetrecho como um atalho para acessar o outro lado do mundo jurídico, como se tivesse resolvido. No lado correto das coisas, não é justo e nem resolveria utilizar esse avanço pois no campo dogmático a matéria encontra espaço para galgar construções semânticas a resultar de um conceito comum. É dúvida acadêmica que em mau uso pode ser levada a pena de desconhecimento.

Superadas todas essas balizas formadoras de conceitos, em diversos planos, cabe acrescentar na pesquisa a conceituação dada pelo autor das obras passadas, Leonardo Furtado Loubet registra um conceito de agronegócio ao perpassar sua análise semântica:

*Em sendo assim, pode-se definir agronegócio como o conjunto de atividades econômicas que abrange a extração ou a exploração de produtos de origem animal ou vegetal, em estado natural, ou submetidos a processos que não modifiquem as características originais do produto (beneficiamento) ou suas propriedades (industrialização rudimentar), nesse último caso desde que a transformação seja realizada pelo próprio produtor rural, bem como a industrialização desses produtos (agroindústrias), além da propriedade de imóveis rurais, assim entendidos aqueles situados fora da zona urbana do Município, como definido em lei complementar, independentemente da destinação que se lhes é dada. LOUBET, Leonardo Furtado. *Tributação Federal no Agronegócio*. 1ª edição. São Paulo: Noeses, 2017. p. 59.*

Aqui o autor, congrega de fato todas as formas e argumentos construídos no trabalho, por assim dizer, são os mesmos que fundamentam e norteiam a sua obra, sendo certo que esse conceito construído converge todas as premissas estabelecidas na pesquisa, é completo e agrega as disposições legais, infralegais e doutrinárias. Reuniu diversas atividades que abrangem a extração ou a exploração dos produtos que derivam das atividades destacadas ou que não envolva a industrialização desses – sendo esse seu consequente. Desconsiderou a propriedade e elencou a figura do produtor rural pois é o que mais se encaixa devido ao critério de pessoas²⁶⁶, assim sendo, servindo até para empresa rural.

Definitivamente, aqui temos também um conceito doutrinário, restrito, idealizado a partir das percepções de normas legais e infralegais que repercutem na atividade rural, pinçado das espécies tributárias a chegar na conclusão vista, essa conceituação representa o núcleo do sujeito passivo dentro o rol que subsome ao conceito e suas operações econômicas.

²⁶⁶ Na distinção de pessoas, devemos elencar as divisões que partem de produtor rural, sendo pessoa física e jurídica agrupadas no mesmo objeto de estudo, tendo em vista que, é um consenso de que produtor rural é gênero e, pode expressar as duas classificações, pendendo aos enquadramentos da legislação como veremos mais pra frente.

Ao cabo, o interprete hoje não encontra espaços para galgar sobre o agronegócio, pois essa vertente ainda não foi aceita no mundo do direito, não nasceu para as percepções do legislador, visto que, está destoada e precisa de conversão para estruturas capazes de interagir com o campo da linguagem e norma. Detido ao desinteresse do legislador ordinário, bem como, ignorou a ordenação de tratamento diferenciado para os produtores rurais (Art. 187, CRFB), e no tocante aos segmentos do agronegócio que foram incorporados pelo CARF267, a propósito, a mesma é reverberada pelo autor268, guardada a premissa do tautologismo269 para que não incorramos nesse artifício, os demais desdobramentos farão em “atividade rural”.

267 Explica o professor João Eduardo Lopes Queiroz: E essa acepção conceitual também vem sendo aceita pelo CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, como se vê desse trecho de um acórdão: Conceito contemporâneo do agronegócio não permite visualizar a produção agrícola de maneira isolada, mas sim dentro de um contexto sistêmico, integrando-se todas as cadeias do negócio. Tomando-se como referência o local de entrada da propriedade rural, qual seja, a porteira, fala-se em (1) setor a montante, “antes da porteira”, elo da cadeia onde se situam os agentes que detêm os insumos e os bens de produção, (2) setor de produção “dentro da porteira”, ou seja, produção dentro dos limites da propriedade, e (3) setor a jusante, “depois da porteira”, responsável pelo processamento, comercialização, marketing e distribuição do produto. Processo nº 11080.013885/2007-65. Acórdão nº 1103-001.094. 1ª Câmara. 3ª Turma Ordinária. 1ª Seção de Julgamento. Rel. Cons. André Mendes de Moura, j. 26.08.2014. QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Direito do agronegócio: é possível a sua existência autônoma?. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

268 A importância de se ter uma definição precisa do que vem a ser agronegócio pode ser vista nesses dois julgados do CARF destacados pelo professor Leonardo Furtado Loubet: Desconsideração do objeto social da empresa, face à fase inicial de operação, onde não houve a colheita agrícola e instalação de equipamento. Improcedência da fiscalização para desconsiderar o objeto social da empresa. Período preparatório que antecede o início efetivo da produção não desfigura e tão pouco descaracteriza a atividade fim, em si mesma, até que ela se torne efetivamente produtiva. No caso em tela, agroindústria possui uma fase operacional longa, ainda que não tenha problemas externos, como os apontados no presente recurso voluntário, e isto implica em (sic) períodos que podem ultrapassar dois ou três anos. Processo nº 19515.722062-2012-46. Acórdão nº 2301-004.261. 3ª Câmara. 1º Turma Ordinária. 2ª Seção de Julgamento. Rel. Cons. Wilson Antônio de Souza Correa, j. 03.12.2014. O Segundo julgado: O art. 22-A da Lei nº 8.212/91 considera “agroindústria” a atividade de industrialização da matéria-prima de produção própria. Sendo assim, não existe amparo legal para que a autoridade administrativa seccione o processo produtivo da empresa agroindustrial em cultivo de matéria-prima para consumo próprio e em industrialização propriamente dita, a fim de expurgar do cálculo do crédito os custos incorridos na fase agrícola da produção. Processo nº 10630.902490/2011-89. Acórdão nº 3403-002.815. 4ª Câmara. 3ª turma Ordinária. 3ª Seção de Julgamento. Rel. Cons. Antônio Carlos Atulim, j. 27.02.2014. LOUBET, Leonardo Furtado. Tributação Federal no Agronegócio. 1ª edição. São Paulo: Noeses, 2017. p. 62/63.

269 O tautologismo, termo grego que remete a explicação das mesmas ideias de formas diferentes. Paulo de Barros Carvalho explica: Aqui se demora a concepção tautológica com que elaboram celebrados doutrinadores, visto que afirmar ser a lei fonte do direito positivo não significa mais do que postular que normas criam normas, direito cria direito, numa proposição evidentemente circular,

Conclui que, apesar do termo agronegócio não ter recebido conceituação, o mesmo não pode ser tratado de forma genérica, sob pena de alargar demasiadamente o fim que é proposto; devendo ser feito de forma restritiva e pelo legislador, para que aproveite os intentos e deixe as pessoas jurídicas estáticas a subsunção ao vasto rol de operações do agronegócio, indicando as possíveis atividades que seriam contempladas pelo regramento diferenciado da Carta Política nos segmentos antes, dentro e depois da porteira, desde que observada as limitações ao poder de tributar.

3.2 Empresas rurais: delimitação

Considerando as premissas estabelecidas e firmadas com o interlocutor, para definição do conceito de empresa, existem conceitos legais, doutrinários e dentre outros²⁷⁰, com olhar para o Código Civil, faz o cotejo nas prescrições ao enquadrar o produtor rural no conceito mercantil de empresa, cujo será esse adotado para o trabalho, estando disposto no Art. 966²⁷¹, CC. É certo que ao incorporar o Código Mercantil, passou a redação a considerar “empresário”, motivo que não afasta a empresa deste conceito legal, para fins de enquadramento no Código Civil deve então, ser feita a substituição do termo empresário por empresa, considerações que se fazem a mesma medida em que o código não tratou sobre o conceito de empresa.²⁷²

que deixa o primeiro termo como resíduo inexplicado. CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário, 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 92.

270 Em curta passagem o professor Ricardo Negrão, explica: O conceito de empresa decorre da visão moderna de empresário, e sua formulação tem origem na legislação italiana de 1942, que unificou, no Código Civil, o direito obrigacional, fazendo desaparecer o Código Comercial como legislação separada. Se, por um lado, o estudo dos atos de comércio decorre do conceito francês de comerciante – sistema da comercialidade –, por outro, o conceito de empresa é construção italiana – sistema da empresarialidade –, ao estabelecer regras próprias não mais àquele que pratica com habitualidade e profissionalidade atos de comércio, mas à atividade definida em lei como empresarial. NEGRÃO, Ricardo. Curso de Direito Comercial e de Empresa: Teoria Geral da Empresa e Direito Societário. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 69.

271 Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

272 O autor Gladston Mamede ao passar pela história da empresa e das disposições que davam tratamento especial para os atos mercantis, entrega análise precisa em seu Manual, na melhor interpretação: O desafio teórico passou a ser a definição do que seja a empresa. O legislador brasileiro

O Código Civil ao instituir critérios especiais para o registro, deixa subentendido que a atividade rural constitui elemento de empresa, apesar de não ter afirmado expressamente, é um ponto muito interessante considerando o aspecto civil do ordenamento jurídico, qual transparência e presunção nos leva a revisitar os critérios e elementos da formação da empresa. Tendo em vista que no Art. 970²⁷³, o legislador ordinário juridicizou a previsão de tratamento diferenciado para essa atividade.

São elementos da formação do conceito de empresa, i) exercício profissional de atividade econômica, ii) atividade organizada, coordenação de atos ao objeto da empresa, iii) produção ou circulação de bens ou serviços. Muito embora, na formação, há também outros como: i) corpóreos: estabelecimento, maquinários, ii) incorpóreos: ponto, marca²⁷⁴.

Contudo, as demonstrações feitas no tocante ao conceito de agronegócio, que envolve a constituição da empresa, como vimos no Art. 51 do Decreto Federal nº 9.580/18, ao designar por meio de tabulação possíveis atividades que o legislador considerou atividade rural, serve de complemento para a definição do objeto da empresa, cujo complementarmente foi vislumbrada na decisão do CARF em comento acima no conceito do agronegócio.

não se ocupou minuciosamente disso, resumindo-se a afirmar que empresários e sociedades empresárias são aqueles que exercem profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. MAMEDE, Gladston. Manual de Direito Empresarial. 14ª edição. São Paulo: Atlas, 2020. p. 4.

273 Art. 970. A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes.

Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

274 O autor Ricardo Negrão em sua obra de várias edições ao delongar sobre empresa e suas nuanças, explica: O estabelecimento – mesmo não constituído de coisas corpóreas – pode compor-se de direitos sobre propriedades imateriais, como a marca, o uso exclusivo do nome empresarial, a proteção à não concorrência no caso de cessão etc., utilizados ou resultantes da própria atividade empresarial.”, nessas percepções adapta a linguagem para explicar outra dimensão “O ponto empresarial – o local onde o empresário fixa seu estabelecimento para ali exercer sua atividade – é um dos elementos incorpóreos do estabelecimento empresarial e enseja um estudo à parte. NEGRÃO, Ricardo. Curso de Direito Comercial e de Empresa: Teoria Geral da Empresa e Direito Societário, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2020. p. 85/129.

Conquanto, deve-se estruturar a obra para alcançar o conceito do agronegócio, não estando certo, mesmo verificado no transcurso, até então, possa ser o conceito concebível no plano legislativo, faltam critérios como: i) base constitucional (plano constitucional), a falta de apreciação do termo não se pode resumir em equiparações, ii) concepção legal (plano legal), o termo não nasceu para a legislação, iii) construção jurídica (plano infralegal), não há esboço que indique as operações que fazem parte do agronegócio, iv) balizas dogmáticas (princípios), qual construção lógica-dogmática e semântica seria utilizada por ambos (legiferante e intérprete) para retratar os fatos jurídicos.

Balizando nas afirmações de Leonardo Furtado Loubet quando lança mão do conceito de agronegócio²⁷⁵, selecionado em critério de exame as operações típicas praticadas pelos produtores rurais pessoas jurídicas que consomem as cadeias de produção, passa a olhar para as equiparações ao termo, sendo as endonormas antecedentes e consequentes.

Considerando a investigação do trabalho, delimitação empregada as empresas rurais, implicam na definição do sujeito passivo, bem como nas operações típicas praticadas pelos produtores rurais pessoas jurídicas, sociedades agropecuárias, de agricultura e das cooperativas rurais, sucroalcooleiras, cerealistas. Junge que ao decompor a delimitação das empresas rurais, foi feita para as empresas rurais pessoas jurídicas e aquelas que se equiparam na forma da legislação, desta feita, conclui a delimitação que versa para somente atender aquelas que preenchem os requisitos de registro, praticam atividade organizada e com ânimo de lucro.

3.3 Tributos das empresas rurais

Nos dias atuais por imposição dos deveres instrumentais e das formalidades que revestem o direito do agronegócio, o Direito Tributário que socorre aos campos de conhecimento como Administração (manual da boa gestão, escolha de regimes, decisões internas), a Contabilidade (adoção das regras de lançamentos, detalhamentos financeiros e registros fiscais) dentre outros são aliadas do agronegócio quando se dirige ao campo tributário.

Muitos autores como José Antonio Minatel, registram que as regras de contabilidade continuam a ser adotadas pela legislação, como ponto de partida para apuração dos tributos (MINATEL, 2019. p. 550) após os avanços do CPC nº 47 que

²⁷⁵ Conferir Tributação Federal no Agronegócio de Leonardo Furtado Loubet, curso nas páginas 43/50 – Aqui devemos excluir as pessoas físicas que compõem as operações do agronegócio, tendo em vista que não há um objeto legalmente disposto, ao ver, com a utilização da dogmática podemos selecionar alguns atrelados a pesquisa, bem como os de termos equiparados.

correlaciona às normas internacionais de contabilidade, e sobre o fato de ainda permanecer como fonte dileta da legislação tributária (MINATEL, 2019. p. 566).

Destaca que o Imposto de Valor Agregado (IVA) nas falas de Andre Mendes Moreira, ao construir a tese de não-cumulatividade tributária na constituição e nas leis, transparecendo que na legislação moderna essa evolução caminhou ao princípio, bem como, foi incorporada aos tributos que incidem sobre a renda, detrimento do já autorizado:

No que tange ao conteúdo material do princípio da não-cumulatividade, a evolução legislativa e constitucional, constantemente interpretada pelos Tribunais, trouxe o instituto à sua atual conformação, que assegura o crédito sobre matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem utilizados na produção industrial ou na prestação de serviços. Para além desse núcleo mínimo de direito ao crédito, a lei poderá – sem que isso configure outorga de incentivo fiscal, pois estará dentro do escopo da não-cumulatividade – autorizar o creditamento sobre bens destinados ao ativo imobilizado e materiais de uso e consumo que não sejam diretamente empregados no processo de produção ou prestação de serviço. Ao se fazer a opção pela ampliação do escopo da não-cumulatividade, muda-se o tipo de imposto sobre o valor acrescido (IVA) adotado no Brasil: de um IVA tipo Produto Bruto (regido pelo crédito físico) para um IVA tipo Renda ou Consumo (em que se admitem créditos, à vista ou fracionados²⁷⁶, sobre os bens destinador ao ativo imobilizado e ao uso e consumo). MOREIRA, André Mendes. Não-cumulatividade tributária na constituição e nas leis (IPI, ICMS, PIS/COFINS, Impostos e Contribuições Residuais). São Paulo: USP, 2009. p. ix/x.

Essa estrutura perfilada anda ao lado da regra-matriz, explicando em sua maior parte além das justificativas constitucionais suplantadas, mas com a devida

²⁷⁶ Explica o professor Andre Mendes Moreira, que: A diferença entre os IVAs tipo Renda e Consumo reside exatamente na forma de apropriação dos créditos das aquisições para o ativo imobilizado: fracionadamente, observando o período de depreciação do bem no primeiro caso; e à vista, com estorno posterior em caso de alienação antes de decorrido o período de depreciação, na segunda hipótese. MOREIRA, André Mendes. Não-cumulatividade tributária na constituição e nas leis (IPI, ICMS, PIS/COFINS, Impostos e Contribuições Residuais). São Paulo: USP, 2009. p. x, nota de referência nº ii.

intenção de que há uma recepção intrassistêmica pelo ordenamento desses tributos corriqueiramente distribuídos no ordenamento jurídico, mas veja que ela tabula renda e consumo, abarcando todo o vasto conjunto de operações que as pessoas jurídicas e produtos estão inseridos o agronegócio.

Aspecto importante que se levanta no tópico dos tributos das empresas rurais, mais que identificar o tributo a recolher e as alíquotas aplicáveis a ele, é o devido preenchimento da obrigação acessória chamada erroneamente pelo CTN – o correto uso seria dever instrumental²⁷⁷, pois nasce para a concepção do Fisco, só é perceptível no lançamento praticado pelo contribuinte.

Sobre essas linhas, José Antonio Minatel, afirma que o exegeta não pode iniciar investigação sobre as linhas tributárias sem lembrar e percorrer as apropriadas lições de Geraldo Ataliba, advertindo que o exame deve perpassar inicialmente pela Constituição Federal, para que pudessem ter validade (MINATEL, 2019. p. 551). Considerando a experiência metodológica nos percalços da legislação tributária, adota essa premissa.

Embora a Instrução Normativa SRF nº 83, de 11 de outubro de 2001 tenha disposto sobre a tributação dos resultados da atividade rural das pessoas físicas, advêm alteração pela Instrução Normativa RFB nº 1.903, de 24 de julho de 2019, qual surge para as pessoas jurídicas equiparadas na forma da lei, a obrigação de declarar suas receitas na forma demonstrativa do resultado da atividade rural no Livro Caixa Digital do Produtor Rural no período de apuração anual de 2019 no prazo da entrega da declaração do imposto de renda.

Motivos não faltam a críticas dessa obrigatoriedade, com direito a previsão de lavratura de autos de infração por parte do Fisco de no mínimo 50% dos contribuintes que devem realizar esse dever instrumental, pois nem todos tem acesso à internet ou produzem em regiões de difícil acesso, como se bastasse a aplicação de autos forçando uma adequação do instrumento de regulação de norma secundária.

Conclui, que essas serão as bases para a dicção das espécies tributárias, e reforça que não há nada de novo para o direito do agronegócio, as empresas rurais

²⁷⁷ Explica o professor Paulo de Barros Carvalho: Tais relações são conhecidas pela designação imprecisa de obrigações acessórias, nome impróprio, uma vez que não apresentam o elemento caracterizador dos laços obrigacionais, inexistindo nelas prestação passível de transformação em termos pecuniários. São liames concebidos para produzirem o aparecimento de deveres jurídicos, que os súditos do Estado hão de observar, no sentido de imprimir efeitos práticos à percepção dos tributos. CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário, 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 373.

se submetem ao mesmo regramento das outras empresas, o que só muda é aplicação de concessão de benefícios fiscais aos seus segmentos, portanto, antecipa qual pouco veremos ao delongar das minúcias.

3.3.1 IRPJ/CSLL

Dessarte o Imposto de Renda tem base constitucional firmada no inciso III, do Art. 153, da CRFB, detinha base no Decreto Federal nº 3.000/1999 cujo revogado pelo Decreto Federal nº 9.580/2018 então vigente, nesse sentido, seguirá como roteiro investigativo o “Regulamento do Imposto de Renda” que por sua vez consolida a tributação que recai sobre as rendas de qualquer natureza.

Considerando a vasta extensão, será utilizada a IN RFB nº 1.700, de 14 de Março de 2017, norma secundária, de caráter infralegal que sistematiza o Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas e a Contribuição Social sobre Lucro Líquido, ao dispor em regulamento endonormativa consequente sobre as leis que deram origem a endonormativas antecedentes.

Registra na análise feita pelo professor Leonardo Furtado Loubet sobre esclarecimentos quanto à forma de abordagem da tributação das pessoas jurídicas, e do tratamento legislativo dispensado ao IRPJ no agronegócio que por sua vez reafirma a materialidade do imposto sobre a renda no agronegócio, trecho:

Logo, a materialidade do imposto sobre a renda das pessoas jurídicas no agronegócio é exatamente a mesma daquela que identifica a disciplina das pessoas físicas. Aliás, tanto assim é que o art. 249 da IN 1.700/17, regrado, como norma secundária, a tributação das pessoas jurídicas, tem redação muito parecida com a do art. 2º da IN 83/01, que dispõe sobre a tributação das pessoas físicas no mesmo plano hierárquico. E nem poderia ser diferente, uma vez que a norma que serve de fundamento de validade a ambos é a mesma. LOUBET, Leonardo Furtado. Tributação Federal no Agronegócio. 1ª edição. São Paulo: Noeses, 2017. p. 185/189.

Os institutos do tópico foram reunidos pela narrativa legal da Lei Federal nº 9.249/95 que em seu Art. 2º alterou as respectivas legislações em “O imposto de renda das pessoas jurídicas e a contribuição social sobre o lucro líquido serão determinados segundo as normas da legislação vigente, com as alterações desta Lei.” aglutinando duas espécies tributárias, a saber imposto e contribuição especial reunidos na mesma base de cálculo.

O Regulamento do Imposto de Renda, no Artigo 477 “A pessoa jurídica que tenha por objeto a exploração da atividade rural pagará o imposto sobre a renda e o adicional de acordo com as normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas” com fundamento nos Artigos 2º e 3º Lei Federal nº 9.249/95. Reforça o propósito do instituto da tributação de renda, não propriamente se refere a tributação efetiva que recai sobre as empresas, querendo assim entender as intenções do legislador²⁷⁸.

Consequente, depreende-se em lançar da regra-matriz de incidência tributária, como meio de alcançar nas disposições da norma jurídica, as bases de referência empregadas na espécie tributária, com a finalidade de saber do seu alcance e projeção jurídica, a saber:

O critério material para as bases do IRPJ está disposto no Art. 1º do Decreto nº 9.580/2018 “As pessoas físicas que perceberem renda ou proventos de qualquer natureza, inclusive rendimentos e ganhos de capital, são contribuintes do imposto sobre a renda, sem distinção de nacionalidade, sexo, idade, estado civil ou profissão” albergando o verbo “perceber” para pessoa jurídica e “auferir” para pessoa física na base do RIR, essa é a i) ação humana que aliada com o ii) complemento – renda, e do iii) complemento do complemento – atividade rural (LOUBET, 2017. p. 188). Reunindo – perceber ou auferir renda da atividade rural²⁷⁹.

O critério espacial por preferência do legislador do IRPF do agronegócio é do tipo genérico, sem definição de lugar específico onde as atividades rurais são desenvolvidas, bastando que sejam desempenhadas no território nacional (LOUBET, 2017. p. 190).

O critério temporal firmado no Art. 209 do Regulamento do Imposto de Renda enredado pelo Art. 25 da Lei Federal nº 8.981/95 “... será devido à medida que os rendimentos, os ganhos e os lucros forem sendo auferidos”, engendrava por força da Lei Federal nº 9.430/96 no Art. 1º “o imposto de renda das pessoas jurídicas será

278 O professor Leonardo Furtado Loubet explica esse trecho: Noutras palavras, a afirmação de que (...) como prevê o art. 406, deve ser vista com reservas. Isto porque é muito pouco exigir a obrigatoriedade de “pagamento” do imposto por parte das pessoas jurídicas que exploram a atividade rural seguindo as mesmas regras das demais pessoas jurídicas, já que só haverá “pessoa jurídica que tenha por objeto a exploração da atividade rural” quando o hermenêuta puder, antes, identifica-la. LOUBET, Leonardo Furtado. Tributação Federal no Agronegócio. 1ª edição. São Paulo: Noeses, 2017. p. 186.

279 O Regulamento do Imposto de Renda aprovado em 2018, trouxe essa modificação com sinônimo para fazer distinção entre as pessoas, embora carreguem o mesmo significado foi inserido o termo “perceber” por um critério de precaução para classificar por meio da linguagem, que pessoa jurídica não “aufere” e sim “lucra”.

determinado com base no lucro real, presumido, ou arbitrado, por períodos de apuração trimestrais, encerrados nos dias 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro e 31 de dezembro de cada ano-calendário.” passando a regra da trimestralidade.

A base de cálculo ao alcance do CTN no Art. 44 “A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.” qual por meio das deduções dos custos das operações se chega ao montante do lucro em que a apuração da tributação incide.

Nesse sentido, o professor Leonardo Furtado Loubet nos diz que para as empresas no tocante a sua personalidade jurídica, obedecem a dois aspectos, no primeiro a adoção de regime de competência e no segundo aos períodos de apuração do Imposto de Renda (LOUBET, 2017. p. 191/192) ou melhor dizendo “na escolha” de Hiromi Higuchi (HIGUCHI, 2017. p. 79) no início deste título, qual cabe revisá-lo no intuito de extremar as bases do imposto.

Em primeiro plano temos o regime jurídico de caixa, explicado por André Mendes Moreira que, após a pessoa jurídica obter lucro dos valores que são devidos por sua clientela (MOREIRA, 2009, p. 433) iniciará os atos para o recolhimento. Em miúdos, quando o dinheiro entrar no caixa, nos termos da condicionante do critério temporal.²⁸⁰

Em segundo plano temos o regime jurídico de competência²⁸¹, que é regra, em curtas linhas, é o regime que atua de imediato para o recolhimento da quantia auferida pela pessoa jurídica percebida pelo Fisco. Reforça que a regra é ser feita pelo regime contábil de competência ao passo que a base de cálculo deve refletir na receita auferida e também naquela do contribuinte mesmo que ainda não realizada (LOUBET, 2017. p. 192). O mesmo autor entende que essa sistemática é incompatível com o agronegócio (LOUBET, 2017. p. 193).

Consequente, depreende da análise simples que não havendo lucro, ou tenha prejuízos dentro do regime de competência presumido por excelência pelo Fisco não

²⁸⁰ Em detalhes, é apurar os tributos por meio das receitas efetivamente recebidas ao passo de desconsiderar os valores faturados e não recebidos em apresentação para as percepções do Fisco, sendo, que a prática dessas não inibe da contabilização das regras do regime jurídico de apuração de tributo.

²⁸¹ O professor Leonardo Furtado Loubet critica o regime de competência por não refletir as peculiaridades e tratamentos do setor, explica: Ora, seguindo a lógica do regime contábil de competência, a partir do momento da venda do produto, o contribuinte tornou-se titular de um “crédito” e, como tal, deve levar o valor correspondente à receita que perceberá somente por ocasião da colheita à tributação imediata. LOUBET, Leonardo Furtado. Op., cit., p. 193.

configuraria eventual descumprimento da obrigação (LOUBET, 2017. p. 193), na apuração, o produtor rural pessoa jurídica não será obrigado ao pagamento da prestação compulsória pois de nada cresceu sua renda, isso parece lógico, vide parágrafo único do Art. 48, da IN RFB nº 1.700/17.

Noutra lógica, como o direito tributário depende de outras ciências, a contabilidade exerce enorme influência no regime de competência adotado pelo sujeito passivo com respaldo no critério temporal, em que esse reduz a deveres instrumentais contábeis (começo e fim), como em sua totalidade a expressão carrega supressões que traduzem a redação condicionante dada.²⁸²

Apetece falar sobre a sazonalidade que reveste o setor, do plantio a colheita ou até a engorda, cria e recria sendo necessária uma boa janela de tempo no segmento “dentro da porteira” para o objeto social da empresa trazer resultados para o alcance da norma tributária. Não sendo o caso de incidência mensal, trimestral.²⁸³

O direito tributário por si só, não é capaz de explicar em completude o prejuízo dessa apuração trimestral, é preciso enredar de outra ciência, a contabilidade, matéria que até mesmo nesses moldes de apuração se torna inviável de acordo com José Carlos Marion, excerto:

Evidentemente, a apuração de resultado quando realizada logo após a colheita e a comercialização contribui de forma mais adequada na avaliação do desempenho da safra agrícola: não há por que esperar meses para se conhecer o resultado que é tão importante

²⁸² Nas fortes ilustrações do professor Leonardo Furtado Loubet que acaba por desmistificar e elevar a condicionante feita ao critério temporal nos seguintes moldes, explica: De fato, é muito comum nesse segmento, dada a sazonalidade das atividades rurais, a venda antecipada de produtos agrícolas, para fins de garantia dos resultados da safra, com pagamento aprazado por ocasião da colheita e da entrega do produto. LOUBET, Leonardo Furtado. Op., cit., p. 193.

²⁸³ Explica o professor Leonardo Furtado Loubet: Contudo, essa sistemática, no âmbito do agronegócio, é incompatível. Isto porque, não raro, são necessários de três a seis meses para a colheita de grãos, por exemplo. Vai daí que o sujeito passivo sequer auferiu receita da operação de venda de sua produção, mas já pode estar obrigado ao recolhimento do tributo. Como se vê, a exegese aplicada às demais pessoas jurídicas não pode ser, simplesmente, transportada para reger e resolver os problemas das pessoas jurídicas do agronegócio, sob pena de invalidade por verdadeira tributação antecipada, ao arrepio do ordenamento constitucional. É dentro desse contexto que deve ser entendido que o imposto sobre a renda das pessoas jurídicas só pode ser devido a partir do momento em que o contribuinte auferir o “produto da venda”, isto é, quando efetivamente obtiver uma receita. LOUBET, Leonardo Furtado. Op., cit., p. 193.

para a tomada de decisões, sobretudo a respeito do que fazer no novo ano agrícola.

Se o ano agrícola terminar em março, o exercício social poderá ser encerrado em 31/3 ou 30/4, e assim sucessivamente.

Dessa forma, evita-se a cultura em formação, por ocasião da apuração do resultado. Se o exercício social fosse encerrado antes da colheita (defasagem em relação ao ano agrícola), teríamos plantas em crescimento, o que seria difícil de avaliar, e mesmo inadequado.

Imagine-se uma cultura de milho em formação, com 1 metro de altura, a dois meses da colheita. Encerrando-se o exercício social antes da colheita, não se poderia apurar o resultado (não houve ainda venda), embora seja possível estimar o valor econômico potencial dessa cultura em formação por meio da mensuração a valor justo dos ativos biológicos que trataremos adiante. Dessa forma, se realizada, a contabilidade seria de pouca utilidade. Por isso, recomenda-se fixar para após a colheita e a comercialização (término do ano agrícola) o encerramento do ano social). MARION, José Carlos. Contabilidade Rural – Agrícola, Pecuária e Imposto de Renda. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2020. p. 4.

Para efeitos contábeis, realmente há antecipação do Imposto de Renda pelas empresas rurais nas predileções de Leonardo Furtado Loubet (LOUBET, 2017. p. 193) a mesma acepção é captada por José Antonio Minatel (MINATEL, 2019. p. 553), se adotado como critério de que não houve venda, e só seria apurável quando a contabilidade for capaz de demonstrar lucros para o Fisco, está claro que haverá trimestres (de acordo com a atividade rural desenvolvida) sem o auferimento que tanto o direito tributário espera, em lógica, negociação para a restituição de valores pagos com demonstração de registros das operações.

Não podemos deixar de falar da construção lógica semântica feita pelo professor Leonardo Furtado Loubet, sobre a indevida apuração trimestral (regra) ao citar José Artur Lima Gonçalves²⁸⁴ (LOUBET, 2017. p. 195) que reforça sobre

²⁸⁴ Assim José Artur Lima Gonçalves, explica: A partir de uma consideração sistemática da Constituição, pensamos que as exigências implícitas à noção de período, como ocorre com o conceito

apuração no período anual e chega à conclusão ao escutar Roque Carrazza²⁸⁵ que só pode ser o regime de apuração anual (LOUBET, 20177. p. 196). Em resumo, boa parte dos estudiosos do imposto da renda e os que atuam diretamente com o agronegócio, estampam essa incongruência do legislador ordinário.

Nesse contorno jurídico, havendo lucro da empresa, surge a segregação de receitas no bojo do Art. 254 da IN RFB nº 1.700/17, qual traz obrigação instrumental para a empresa rural desde que explore outras atividades, no uso da técnica contábil demonstrar no Lalur, separando e individualizando-as com seu lucro ou prejuízo contábil, o lucro real ou prejuízo fiscal e o resultado ajustado ou negativo dessas atividades.

Então veja que na matemática simples, esses itens que carregam a segregação dos lucros ou prejuízos da atividade rural explicadas por Hiromi Higuchi²⁸⁶, não serão computados em um bolo só, haverá discriminação e destacamento das atividades exercidas pela empresa rural, ainda em comento afirma que sobre elas

de renda, devam ser consideradas em harmonia com as demais disposições que tratam da mesma questão. Parece, portanto, que – em matéria de imposto sobre a renda – a Constituição não limita a impor, implicitamente, a consideração de um período. Entendamos que ela estabelece – ainda que de forma também implícita – que esse período seja anual. GONÇALVES, José Artur Lima. Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 184/185.

285 Por sua vez Roque Antonio Carrazza, também explica: Se levássemos em conta apenas os verba legem, e não a mens legis, sentir-nos-íamos inclinados a concluir que o legislador infraconstitucional desfrutaria de toda a liberdade para fixar o período de apuração da renda e dos proventos obtidos (anual, semestral, trimestral, mensal, semanal, diário...), em ordem a submetê-los à tributação específica. Tal entendimento não é, porém, correto. (...) A ideia de renda está ligada à de período de tempo, já que representa um plus, um acréscimo patrimonial, um excedente, que só podem ser aferidos cotejando-se a riqueza do passado com a do presente. (...) Mas qual deve ser esta periodicidade? Estamos convencidos de que anual. Por quê? Porque este é o período necessário para verificar os resultados econômicos do capital, do trabalho ou da conjugação de ambos. (...) Acrescente-se que o próprio princípio da anterioridade (art. 150, III, "b" e "c", da CF), ao qual também está jungido o IR, contribui para afastar a periodicidade inferior a um ano. De fato, se a lei que vier a majorar este tributo só poderá incidir no exercício financeiro seguinte ao de sua entrada em vigor, e se o contribuinte só podem ser aferidos anualmente. CARRAZZA, Roque Antonio. Imposto sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 119/122.

286 Assim Hiromi Higuchi, explica: A separação de lucro e prejuízo não será necessária no período-base em que o resultado conjunto das atividades apresente lucro real positivo. Isso porque, no próprio período-base, o lucro de uma atividade poderá ser compensado com prejuízo de outra atividade sem nenhuma limitação. A segregação é necessária no período-base me que o conjunto dos resultados de todas as atividades apresentar prejuízo fiscal. HIGUCHI, Hiromi. Imposto de Renda das Empresas, 2017. p. 451. Em explicação a nenhuma limitação referida, se dá na situação da trava dos 30% presente no Art. 263 da IN RFB nº 1.700/17.

incidindo a devida proporcionalidade²⁸⁷ (alíquota) com resultado ajustado para a CSLL (HIGUCHI, 2017. p. 451) como veremos a frente. É daí que se tira a base de cálculo do IRPJ, caso essa reste positiva, se não na trimestralidade será computado o prejuízo contábil ou fiscal, dependendo de cada caso concreto.²⁸⁸

As alíquotas praticadas são de 15% (Art. 623, RIR) mais diferença dentro do período de apuração a multiplicação da renda pelo número de meses exceder vinte mil reais (adicional – Art. 624, RIR) que incide 10%, totalizando 25% de alíquotas praticadas. Reforçando, se a empresa rural tem mais de uma atividade, incidirá sobre elas as alíquotas em apartado, sendo 15% pra uma e 15% para outra. Agora, para a regra do adicional ela incide sobre o todo.

Ao fixarmos para o Art. 257 do RIR, temos que as empresas rurais que faturaram no exercício anterior mais de 78 (setenta e oito) milhões de lucro estão sujeitas a obrigatoriedade do regime de apuração lucro real, logo, recai para as empresas do agronegócio, desde que não se enquadrem a essa faixa de receita, estão liberadas para utilizar outros regimes, como presumido e arbitrado, nessa linha o professor Leonardo Furtado Loubet traça alguns apontamentos essenciais sobre a praticabilidade aplicada.²⁸⁹

287 Hiromi Higuchi ao explicar a segregação, acaba por revelar as matizes de sua apuração: A pessoa jurídica, para efeito de separação de lucro ou prejuízo das atividades, deverá ratear, proporcionalmente à percentagem que a receita líquida de cada atividade representar em relação à receita líquida total, todos os custos, despesas e demais valores, comuns a todas as atividades e que devem ser computados no lucro real. Quando a pessoa jurídica não possuir receita líquida no período-base, a apuração das percentagens será efetuada com base nos custos e despesas de cada atividade explorada. **Ibid.** p. 451.

288 À saber, a mesma segregação de que é posta as empresas rurais pessoas jurídicas não se aplica a renda das pessoas físicas produtoras rurais, pois mesmo que o produtor tenha dois tipos de atividade rural, ao exemplo: cria e engorda (pecuária), havendo aglutinação e tributação no todo, portanto as outras peculiaridades no desconto de prejuízos são válidas, o que acontece é que não participam na forma contábil essa proporcionalidade, na percepção do legislador, que por se tratar do menor produtor, não precisaria desse requinte. Assunto que será revisitado em melhor oportunidade.

289 Assim Leonardo Furtado Loubet, explica: Refletindo sobre a possibilidade de opção pelo lucro presumido, parece claro que só haverá vantagem econômica ao contribuinte seguir por essa via se a soma de suas despesas da atividade rural, de seus investimentos e de seus prejuízos acumulados não resultar nessa margem de 8% (oito por cento) de lucro presumido, pois, nesse caso se ele obtiver um lucro de 20% (vinte por cento), por exemplo, não será interessante a ele – da perspectiva econômica, repita-se – fazer a apuração pelo lucro real. Logo, para quem tem várias despesas, investimentos e prejuízos acumulados da atividade rural – desde que comprovados, evidentemente – vale a pena observar a sistemática do lucro real; do contrário, pode decidir pelo lucro presumido. Porém não se pode perder de vista que a atividade rural é bastante sazonal e está sujeita a uma série de fatores exógenos, inclusive intempéries climáticas e oscilação dos preços dos produtos, de tal modo que o

Guardado momento no fecho da discussão sobre renda, vem em tom de profundidade com apenas alguns detalhes de diferença, encerrá-la aqui.

Consequente, a Contribuição Social sobre Lucro Líquido, denominada como CSLL, trata-se de contribuição social e destina-se ao financiamento da seguridade social, embora não seja necessário coloca-la em verificação de regra-matriz, pois a mesma verificação pode ser contemplada na decomposição do imposto acima.

Embora seja inegável a percussão do IRPJ para a CSLL e, considerando as minúcias tratadas no IRPJ, nota-se da tabulação da IN RFB nº 1.700/17 em seu Art. 248 "A pessoa jurídica rural, assim considerada a que tem por objeto a exploração de atividade rural pagará o IRPJ e a CSLL em conformidade com as normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas, observando o disposto neste capítulo" neste instrumento infralegal – que já reúne os tributos, em específico na abrangência das normas aplicáveis são para ambos os tributos, pendendo falar na sequência dos pontos divergentes e formas.

O professor Leonardo Furtado Loubet ao realizar o cotejo e dando início ao tema com o agronegócio de sobremaneira a contribuição está estruturada pelo sistema junto as bases firmes do IRPJ, segue os mesmos critérios frente a regra-matriz, e é dotada similitude tão igual quanto o imposto, funcionando como um adicional sobre esse (LOUBET, 2017. p. 275).

Desta feita, as características de endonorma dos dois tributos são idênticas, separados por fator de regime jurídico de força externa a regra-matriz de incidência tributária, explica, para o imposto na disposição constitucional não pode ter sua receita vinculada a órgãos, fundos ou despesas nas ressalvas admitidas na segunda parte (IV, Art. 167, CRFB), já para a contribuição é exigido um fim específico em destinação (Arts. 149 e 195, CRFB).

Registra que os fatores, levam as simples modificações de sua similitude são alheios a verificação da regra-matriz, sendo ela, Art. 2º "A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda." na apuração do IRPJ das pessoas jurídicas que compõem o agronegócio, a CSLL vem na sequência com reserva contábil sobre o montante do acréscimo ainda não descontado o IRPJ.

resultado bom ou ruim de um determinado ano agrícola não implicará em idêntica equação no ano subsequente. LOUBET, Leonardo Furtado. Tributação Federal no Agronegócio. 1ª edição. São Paulo: Noeses, 2017. p. 249/250.

Para isso, o professor Leonardo Furtado Loubet expõe a regra-matriz perfilando toda a estrutura de verificação da norma²⁹⁰, nesse diapasão, define o contribuinte no Art. 4º “São contribuintes as pessoas jurídicas domiciliadas no País e as que lhes são equiparadas pela legislação tributária” ponto na segunda parte equiparação as pessoas jurídicas constituídas, no limbo jurídico, pode o Fisco enquadrar a sociedade em conta de participação – SCP (Art. 6º) e o produtor rural pessoa física (Art. 7º) caso desempenhem as atividades descritas na IN RFB nº 1.700/17.

Certo que ao definir os sujeitos passivos, excetua-se do pagamento da CSLL as Cooperativas agropecuárias na forma dos incisos I e II do Art. 24 da IN RFB nº 1.700/17 desde que pratiquem atos cooperados, ao contrário, se submete as mesmas regras desde que esteja previsto o código da atividade no rol da Cooperativa, sob pena de desconsideração do objeto social pelo Fisco.²⁹¹

Guardada as devidas proporções, o caminho para se chegar a base de cálculo tributável pela CSLL é o mesmo apontado no regime de apuração lucro real, qual extrai-se dos comandos da IN RFB nº 1.700/17, cálculo de 12% na apuração da base de cálculo sobre a receita bruta (§1º, Art. 258) na incidência de alíquota 9% (III, Art. 30).

Na mesma via, para o destaque dos prejuízos não operacionais há uma trava legal de 30% qual o contribuinte não pode exceder em detrimento dos prejuízos fiscais lançados sobre ele, guardado lucros da mesma natureza e lançadas para o período subsequente de apuração (Caput, Art. 264) dentre os prejuízos a IN RFB nº 1.700/17 entende no parágrafo único “consideram-se não operacionais os resultados decorrentes da alienação de bens e direitos do ativo não circulante classificados

²⁹⁰ Explica, Leonardo Furtado Loubet: Em idêntica vertente, a materialidade da CSLL no agronegócio, como ocorre no imposto sobre a renda das pessoas jurídicas, é auferir lucro da atividade rural, assim entendido o retorno financeiro oriundo da extração e exploração vegetal e animal como gênero. O critério espacial, a seu turno, é estruturado pela modalidade genérica, de tal modo que em qualquer local do território nacional as normas da CSLL sobre o agronegócio têm condições de produzir efeitos. No que refere ao critério temporal, muito embora a legislação preveja a apuração da CSLL no agronegócio em períodos trimestrais, inclusive com recolhimentos mensais por estimativa para quem se sujeita à apuração anual, os preceitos constitucionais apontam para a direção de que o critério temporal desse tributo deve se dar no encerramento do exercício financeiro. LOUBET, Leonardo Furtado. Op., cit., p. 281/282.

²⁹¹ Sob análise, em que pese, a desconsideração da personalidade jurídica de Cooperativas que gozem de benefícios constitucionais e legais, não ser possível praticá-las pelo Fisco, por gerar sucessão de atos incompatíveis com o primeiro registro, considerando que o Fisco só pode desconsiderar os limites do objeto social, tal situação repercute no mundo jurídico e soa grosseira, observada as categorias e classificação dos institutos.

como imobilizado, investimentos ou intangível, ainda que reclassificados para o ativo circulante com a intenção de venda, não utilizados exclusivamente na produção rural, incluída a terra nua, exceto as perdas decorrentes de baixa de bens ou direitos em virtude de terem-se tornado imprestáveis, obsoletos ou caídos em desuso, ainda que posteriormente venham a ser alienados como sucata.”.

Desse modo reafirma Leonardo Furtado Loubet sobre o tratamento conferido pelo legislador ao tratar da CSLL, em suas palavras não passando de um “arremedo” e “adicional” do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (LOUBET, 2017. p. 277) se bem verdade que fora a diferenciação de cálculos contábeis para as formas de adição e exclusão nos itens que crescem da alínea “c” do parágrafo §1º, Art. 2, do diploma CSLL.

Essas afirmações anteriores, na realização do cálculo contábil devem ser segregados como afirma José Carlos Marion²⁹², entendendo, que tanto o IRPJ e a CSLL chegam juntas a renda bruta, mas opera para a contribuição as formas devidas glosas ou de adição, observada a prática daquela empresa rural.

Sintetizando as alíquotas, as do IRPJ com as de CSLL, na suposição de que a empresa rural preencheu os dispositivos da renda (15%) e do adicional (10%), na junção do alcance da CSLL (9%), chega em torno a captura da renda, formada pela base de cálculo ajustada com os prejuízos 34% de tributação sobre os lucros da empresa rural pessoa jurídica, carga essa elevada, observada a margem de lucro da empresa, independente de regime adotado.

Conclui o tema da CSLL, reiterando que são poucas diferenças entre o IRPJ e assenta que para a contribuição se estende por analogia mesmo que imprevistas na legislação e instrução normativa da receita aquelas do imposto, nesse sentido, passadas argumentações a CSLL foi inserida no bojo da aplicação da renda por estatuição legal derivada da constitucional ao custeio da seguridade social (Art. 195, CRFB).²⁹³

292 Assim José Carlos Marion, explica: A pessoa jurídica que desejar aproveitar o benefício fiscal concedido à atividade rural deve apurar o lucro real e o resultado ajustado (base de cálculo da CSLL) em conformidade com as leis comerciais e fiscais, inclusive com a manutenção do Livro Eletrônico de Apuração do Lucro Real (e-Lalur) e do Livro Eletrônico de Apuração da Base de Cálculo da CSLL (e-Lacs), segregando contabilmente as receitas, os custos e as despesas referentes à atividade rural das demais atividades, tendo em vista que somente por meio da tributação pelo lucro real será possível proceder à correta determinação dos resultados da atividade rural com vistas à utilização dos incentivos. MARION, José Carlos. Contabilidade Rural – Agrícola, Pecuária e Imposto de Renda. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2020. p. 191.

293 Para tanto, junta pareceres sobre a contribuição: CSLL ATIVIDADE RURAL EXCLUSIVA NÃO INFIRMADA.DESCARACTERIZAÇÃO FISCAL EM FACE DE DESPESAS, BONIFICAÇÕES E RECEITAS

3.3.2 PIS/COFINS

Em suma, faz necessário recortar as contribuições, investigando seus pormenores e para isso afirma o professor Paulo de Barros Carvalho que as contribuições tem natureza tributária²⁹⁴ (CARVALHO, 2019. p. 82), já em caso apartado o grande articulista Heleno Taveira Torres em análise aprofundada a uma espécie tributária de contribuição, não conferiu perfil catedrático²⁹⁵ a ela (TORRES, 2016) o que não é verdade.

Consequente, o professor Leonardo Furtado Loubet esclarecendo que à época tendente a forte separação do direito tributário do financeiro e, importava somente a norma que cria o tributo, a fiscalização e arrecadação inseridas na destinação do

DECORRENTES.IMPROCEDÊNCIA ACUSATÓRIA. Se a receita bruta sempre decorrer de uma única atividade, o lucro dessa receita sempre provirá. CSLL. ATIVIDADE RURAL. COMPENSAÇÃO PLENA DE BASES NEGATIVAS. FORMA DE LIQUIDAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PREVISIBILIDADE NA HIPÓTESE DE PREJUÍZOS FISCAIS.EXTENSÃO POR ANALOGIA. COMPENSAÇÃO SUBSISTENTE. Se à CSLL aplicam-se as normas de pagamento próprias do IRPJ; e, se a compensação é uma forma de liquidar o crédito tributário, logo haverá de se concluir que a compensação em sendo plena na hipótese do IRPJ à CSLL se estenderá, por analogia. CSLL. ATIVIDADE RURAL.BENEFÍCIOS CONCEDIDOS EXPRESSAMENTE. LIMITAÇÃO POR COMPENSAÇÃO DA BASE NEGATIVA. RETIRADA OU ANULAÇÃO DOS BENEFÍCIOS ANTES CONCEDIDOS. CARÁTER E ALCANCE IMPROVÁVEIS DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. Se na atividade rural os prejuízos fiscais, desde os idos de 1990, não estão sujeitos à prescrição; se os bens do imobilizado são tratados como despesa; e se o resultado não-operacional proveniente da venda desses bens - ora com custo contábil igual a zero - é excluído do lucro da exploração, não há como admitir que, pela via da limitação de 30% da base de cálculo negativa poder-se-ia usurpar os benefícios antes concedidos. 1º Conselho de Contribuintes, 7ª Câmara, Relator Neicyr de Almeida, Acórdão nº 107-07.966, Processo nº 11030.000219/2001-67, DOU 14.06.2006.

²⁹⁴ Explica o professor Paulo de Barros Carvalho: Não é de agora que advogamos a tese de que as chamadas contribuições têm natureza tributária. Vimos-las sempre como figuras de impostos ou taxas, em estrita consonância com o critério constitucional consubstanciado naquele que nominamos de tipologia tributária no Brasil. Todo o suporte argumentativo calcava-se na orientação do sistema, visto e examinado na sua integridade estrutural. Assim outra coisa não fez o legislador constituinte senão prescrever manifestamente que as contribuições são entidades tributárias, subordinando-se em tudo e por tudo às linhas definitórias do regime constitucional peculiar aos tributos. CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 82/83.

²⁹⁵ Heleno Taveira Torres, explica: Quanto à natureza jurídica do DPVAT, algumas formulações orientam-se para admitir que essa seria uma espécie de tributo, na forma de "contribuição parafiscal". No entanto, essa construção não resiste a um exame mais profundo das relações jurídicas consolidadas em pagamento do "prêmio" como consectário de um contrato legalmente obrigatório, a qual não detém natureza jurídica tributária, como igualmente confirma a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do próprio Supremo Tribunal Federal. TORRES, Heleno Taveira. DPVAT é seguro compulsório, e não uma espécie de tributo. Revista Consultor Jurídico, 14 de dezembro de 2016, 18h03.

produto arrecadado (LOUBET, 2017. p. 429/430), ao cabo, vem ganhando maior relevo na tributação pois são manipuladas com volitivas intenções de aumento de receita (LOUBET, 2017. p. 431).

O exegeta em análise ao campo constitucional sobre essas contribuições sociais, depreende do Art. 145 e da alínea “b”, I, Art. 195, CRFB, seu perfil tributário sobre a “renda ou faturamento”, o professor Leonardo Furtado Loubet chama essa classificação de “instrumento de sua atuação nas respectivas áreas” (LOUBET, 2017. p. 433).

No uso da palavra, a contribuição PIS foi instituída inicialmente pela Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, posteriormente regulada pela Lei Federal nº 9.715, de 25 de novembro de 1998, destinada a arrecadação aos programas de integração social, a Lei Federal nº 9.718, de 27 de novembro de 1988, trouxe em seu bojo o verbo “faturamento” a inconstância praticada pelo imposto de renda “receita bruta”, e para tanto a quesitação foi levada a Suprema Corte na ADC nº 1/DF296 qual restou demonstrado que o faturamento não se distingue da renda bruta, nos mesmos fundamentos constitucionais.²⁹⁷ Nessa celeuma, o professor Leonardo Furtado Loubet, registra, sobre o *quantum debeatur* e a polêmica envolvendo a base de cálculo das contribuições, a alteração legislativa acabou por ampliar indevidamente a noção de faturamento em “todas as receitas” (LOUBET, 2017. p. 435).

Ao cabo, o STF declarou a inconstitucionalidade do §1º, Art. 3º da Lei Federal nº 9.718/98 na parte que abarcava todas as receitas (REsp nº 346.084), o professor Leonardo Furtado Loubet adverte que o Congresso Nacional após a publicação da Lei que disciplina PIS/COFINS, correu para aprovação da referida emenda, que se concretizou meses depois a incluir tão somente “receita” das empresas, conseguinte ao controle do STF, decidindo que ela não teria condão de exprimir efeitos

296 Em voto, o Min. Ilmar Galvão: De efeito, o conceito de “receita bruta” não discrepa do “faturamento”, na acepção que este termo é utilizado para efeitos fiscais, seja, o que corresponde ao produto de todas as vendas, não havendo qualquer razão para que lhe seja restringida a compreensão, estreitando-o nos limites do significado que o termo possui em direito comercial, seja, aquele que abrange tão-somente as vendas a prazo (art. 1º da Lei nº 187/68), em que a emissão de uma “fatura” constitui formalidade indispensável ao saque da correspondente duplicata. ADC nº 1-1/DF. DJ 16/06/95, Ementário nº 1791-1. p. 134/135.

297 No mesmo sentido, explica André Mendes Moreira: Como se infere do dispositivo, apesar de referir-se inicialmente à incidência sobre o faturamento, em verdade a Lei nº 9.718/98 determinou a cobrança do PIS/COFINS sobre a receita bruta das empresas. MOREIRA, André Mendes. Não-cumulatividade tributária na constituição e nas leis (IPI, ICMS, PIS/COFINS, Impostos e Contribuições Residuais). São Paulo: USP, 2009. p. 381.

retroativos no campo da invalidez (LOUBET, 2017. p. 435/436), logo, é uma letra morta para buscar alcance na receita das empresas, afirma também Andre Mendes Moreira (MOREIRA, 2009. p. 381/382)298.

Revisita a regra-matriz de incidência tributária das contribuições, para lastrear as contribuições, tendo critério material receita ou faturamento; critério espacial genérico, dentro do território nacional; critério temporal é de apuração mensal; os sujeitos e a base de cálculo se repetem; com exceção da alíquota que será trabalhada oportunamente na verificação de suas nuances; esses são os fragmentos estão disponíveis nos Arts. 2º das leis que regulam, e sintetizadas no Art. 109 da IN RFB nº 1.911, de 11 de outubro de 2019.

Circundando a obra, a necessária elevação do princípio da não-cumulatividade instituída pelas Leis Federais nº 10.637/2002 (PIS) e nº 10.833/2003 (COFINS), afirma Paulo de Barros Carvalho que a não-cumulatividade impõe limite objetivo sobre técnica (CARVALHO, 2019. p. 229)299, para André Mendes Moreira, afirma que esses mesmos limites são diferentes para PIS/COFINS (MOREIRA, 2009. p. 377)300.

298 Explica Andre Mendes Moreira: Como se infere do dispositivo, apesar de referir-se inicialmente à incidência sobre o faturamento, em verdade a Lei nº 9.718/98 determinou a cobrança do PIS/COFINS sobre a receita bruta das empresas.

Essa alteração na base de cálculo contrariou a autorização constitucional então em vigor. À época, a CR/88 permitia a instituição de contribuição apenas sobre o faturamento (entendido como o produto da venda de bens ou serviços) e não sobre a totalidade das receitas da pessoa jurídica. Tanto é verdade que a Constituição foi modificada logo após a edição da Lei nº 9.718/98: a EC nº 20/98 acresceu, ao lado do termo faturamento, a expressão "receita", permitindo a criação de contribuições sobre essa nova base de cálculo. MOREIRA, André Mendes. Não-cumulatividade tributária na constituição e nas leis (IPI, ICMS, PIS/COFINS, Impostos e Contribuições Residuais). São Paulo: USP, 2009. p. 381/382.

299 O professor Paulo de Barros Carvalho, explica: O princípio da não cumulatividade é do tipo limite objetivo: impõe técnica segundo a qual o valor de tributo devido em cada operação será compensado com a quantia incidente sobre as anteriores, mas preordena-se à concretização de valores como o da justiça da tributação, respeito à capacidade contributiva e uniformidade na distribuição da carga tributária sobre as etapas de circulação e de industrialização de produtos. Adotado, na redação original da Constituição de 1988, apenas para o ICMS, o IPI, os impostos de competência residual e as contribuições sobre novas fontes de custeio da seguridade social (arts. 153, § 3º, II, 155, § 2º, I, 154, I, e 195, § 4º), depois das alterações promovidas pela Emenda n. 42/2003, o princípio poderá ser aplicado para determinados setores da economia em relação às contribuições para a seguridade social incidentes sobre a receita ou o faturamento (art. 195, § 12). Com fundamento nessa disposição constitucional, as Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003 instituíram a não cumulatividade para o PIS e a Cofins, respectivamente. CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário, 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 229.

300 Assim Andre Mendes Moreira, explica: O mecanismo de apuração do *quantum debeatur* do PIS e da COFINS não-cumulativos é distinto daquele aplicado ao IPVA e ao ICMS. A não-cumulatividade das contribuições em tela consiste em mera técnica de quantificação do montante devido. Não há,

Realmente ponto tocante e divisor de águas para as alíquotas, assim sendo, opera a seguinte divisão.

Alíquota de PIS/COFINS cumulativas para o agronegócio são de 0,65% (PIS) e 3% (COFINS) respectivamente, conforme disposição do Art. 51 do Decreto nº 4.524/02 que regulamenta a matéria, as mesmas podem ser encontradas na Lei Federal nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, com a devida observação, só é considerada cumulativa desde que se enquadre nas hipóteses do Art. 10, em expressão, as empresas rurais que adotem o regime de apuração sobre o imposto de renda na forma simples, arbitrada ou presumida.

Dado regime de cumulatividade, na decorrência do efeito cascata com tributações sucessivas ao faturamento e no conjunto de operações do agronegócio, foi garantido ao contribuinte através do (REsp. nº 1.354.506/SP) direito a restituição dos valores indevidos, são aqueles pagos a maior, fora de hipótese, dentre outras situações. Cabe recitar as lições de Andre Mendes Moreira que são de suma importância a ver da qualidade sobre o assunto de restituição dos valores das receitas contabilizadas e não pagas³⁰¹. A título de curiosidade, o STF através do Relator Min. Dias Toffoli negou provimento no (RE nº 586.482/RS) em razão da falta de previsão na comanda legislativa, em detrimento de estar pendente o efetivo cancelamento da venda.

portanto, translação jurídica do ônus fiscal ao contribuinte de facto. Afinal, o PIS e a COFINS não tributos plurifásicos, mas sim contribuições que gravam a receita bruta das empresas. A não-cumulatividade em comento consiste tão-somente na possibilidade de deduzir, do PIS/COFINS a pagar, créditos calculados sobre as despesas incorridas no período de apuração. Não há abatimento do tributo pago em operações anteriores, como ocorre no IPI e no ICMS. Assim, eventuais referências nos tópicos seguintes às "etapas" ou "operações" anteriores do PIS/COFINS são feitas tão-somente para fins didáticos. MOREIRA, André Mendes. Não-cumulatividade tributária na constituição e nas leis (IPI, ICMS, PIS/COFINS, Impostos e Contribuições Residuais). São Paulo: USP, 2009. p. 377.

³⁰¹ Assim explica, Andre Mendes Moreira: Sobre o aspecto temporal convém esclarecer que a legislação adota, por analogia com a contabilidade, a regra de que o PIS e a COFINS são devidos por competência. Ou seja, uma vez faturado o valor e registrado na contabilidade, as contribuições passam a ser devidas. Entrementes, se a *posteriori* o montante faturado não ingressar no caixa da empresa por força de inadimplência do comprador, o contribuinte-vendedor fará jus, a nosso sentir, ao estorno dos débitos anteriormente escriturados na conta gráfica. Afinal, o PIS e a COFINS incidem sobre a *receita*, que pressupõe acréscimo patrimonial. Não auferida a *receita*, deixa de haver fundamento para a cobrança das contribuições. Esse tema está sob análise do Supremo Tribunal Federal, que já lhe reconheceu repercussão geral (STF, Plenário Virtual, RE nº 586.482/RS, Relator Min. MENEZES DIREITO, repercussão geral reconhecida em 07.06.2008). MOREIRA, André Mendes. Não-cumulatividade tributária na constituição e nas leis (IPI, ICMS, PIS/COFINS, Impostos e Contribuições Residuais). São Paulo: USP, 2009. p. 384.

Alíquota de PIS não-cumulativas para o agronegócio são de 0,65 (lucro real) conforme §1º, Art. 11, e 1,65% (lucro presumido) conforme §7º, Art. 11, ambas da Lei Federal nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002. Para a alíquota de COFINS não-cumulativas³⁰² ao agronegócio são de 7,6% conforme Art. 2º, da Lei Federal nº 10.833/03.

Contudo, a não-cumulatividade imprime bases constitucionais na Emenda Constitucional nº 42/03, fixada no §12º, Art. 195 que atribui ao legislador ordinário definir os setores das atividades econômicas para as quais serão não-cumulativas – sobremaneira é uma técnica na compensação da outra. Leonardo Furtado Loubet tece críticas a respeito e intitula esse sistema de “miscelânea legislativa”³⁰³ (LOUBET, 2017. p. 439). Ainda, reforça que “sob a capa de não-cumulatividade” o legislador ordinário dado mandamento constitucional, estaria livre para criar além das disciplinas cingidas pela CRFB (LOUBET, 2017. p. 440) dado que o agronegócio não foi juridicizado, e inserido no mesmo bolo das empresas.

Retorna, que na base de cálculo surge uma nova espécie de regime jurídico de apuração por força dos regramentos diferenciados para as contribuições, ao cotejo de uma divisão bípede, utiliza os termos “operacionais e não operacionais” (LOUBET, 2017. p. 437), sendo: receitas típicas, próprias da atividade rural e atípicas, estranhas ao faturamento e fora do objeto social³⁰⁴. Na constância, ao paradigma dependendo das receitas tributações diferentes, faturamento ou renda (LOUBET, 2017. p. 438).

302 Explica o professor Hiromi Higuchi: A Lei nº 10.833, de 29-12-2003, instituiu a dita COFINS não-cumulativa mas que na realidade a não cumulatividade é parcial. Houve um brutal aumento de alíquota de 3% para 7,6% e criou-se muita burocracia. HIGUCHI, Hiromi. Imposto de Renda das Empresas. 2017. p. 822.

303 Explica o professor Leonardo Furtado Loubet: Aliás, o tema central das atuais preocupações é justamente a não cumulatividade dessas contribuições. É que a Emenda Constitucional nº 42/03 incorporou ao estrato de linguagem jurídico-prescritivo de maior envergadura do sistema a possibilidade de esses tributos virem a ser “não cumulativos”. Ocorre que o legislador ordinário, ao supostamente exercer essa competência, destoou-se – e muito – do norte constitucional, criando uma verdadeira miscelânea legislativa, na medida em que discriminou os regimes jurídicos dos contribuintes a partir de parâmetros que não se sustentam. LOUBET, Leonardo Furtado. Tributação Federal no Agronegócio. 1º edição. São Paulo: Noeses, 2017. p. 439.

304 Essas receitas não operacionais conforme a predileção do autor, tomam forma quando não são atividades rurais praticadas pela empresa rural, ou seja, não é típica e resta lembrar de que também não estará no objeto social da empresa, os códigos atribuídos as atividades econômicas pela RFB, dado exemplo: da venda do estabelecimento de uma filial, de um maquinário, e ao exemplo do autor: “como as receitas não operacionais, como aluguéis e aplicações financeiras” **Ibid.** p. 437.

Conclui o tema, com 2 (duas) polêmicas acerca do conceito de “faturamento” ampliado pelos veículos e da declaração de inconstitucionalidade pelo egrégio STF no tocante a “todas as receitas” no §1, Art. 3º, da Lei Federal nº 9.718/98, sobre a cumulatividade em algumas hipóteses e na apuração do lucro simples, arbitrado ou presumido, e não-cumulatividade para o regime de apuração real, paradigma da nova base de cálculo a considerar receitas operacionais e não operacionais, esses são os fatores principais contemplados no exame da PIS/COFINS.

3.3.3 FUNRURAL/SENAR

Considerando a junção dos títulos, nos mesmos termos das justificativas vicejadas, que guardam relação por ser da mesma espécie tributária, em especial autorizadas pela Constituição, nos termos de que, há bis in idem com finalidades diferentes para o FUNRURAL opera-se a contribuição social previdenciária e para o SENAR sobre a folha de salários, que não se confunde com contribuição patronal.

O Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural, FUNRURAL, tem base constitucional no Art. 149 e Art. 195, do mesmo diploma CRFB, trata-se de contribuição social para custeio da seguridade social (CALCINI, 2019), foi instituído pela Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971 e extinto pelo Art. 138 da Lei Federal nº 8.213, de 24 de julho de 1991, o professor Leonardo Furtado Loubet afirma sobre esse espectro que há incorreção técnica ao dizer que os produtores rurais estão obrigados ao FUNRURAL, com reiteradas afirmações pelo STJ, assim como no REsp nº 527.754/PR, acontece que o termo ficou arraigado no meio rural (LOUBET, 2017. p. 520/521).

Na leitura, depreende-se do Art. 25º da Lei Federal nº 8.870/94, o critério material é ser empregador rural (Caput, 1ª parte); o critério espacial é do tipo genérico, âmbito nacional; o critério temporal se dá na comercialização da sua produção (inciso I, 3ª parte), a base de cálculo se dá pela receita bruta (inciso I, 2ª parte), a mesma leitura é feita por Bruna Dias Miguel (MIGUEL, 2012. p. 19/21).

A alíquota praticada pela contribuição ao FUNRURAL, se dá nas vias de 2% (dois por cento) de acordo com inciso I, do Art. 15º da Lei Complementar nº 11/71, mais a título de SAT/RAT 0,1% (um décimo por cento), dado através do inciso II, Art. 25º, da Lei Federal nº 8.212, de 24 de julho de 1991, por meio do controle de constitucionalidade exarado na Petição nº 8.140/DF (incidental) para o STF no RExt nº 718.874, situação de diferimento (antecedente), o professor Leonardo Furtado Loubet assevera que sobre esse no RExt nº 363.852/MG, haveria uma dupla incidência que por sorte foi apartada a pessoa física (LOUBET, 2017. p. 530).

Tanto é verdade que o regime extinto, não fez tratamento adequado para os produtores rurais (LOUBET, 2017. p. 517), colocando os na mesma situação, exceto

para a contribuição sobre salário (LOUBET, 2017. p. 521) que faz coleta por meio do contribuinte individual, a despeito da janela livre para União instituir contribuições às burras estatais, não tão livre assim ao desfecho do bis in idem ao pagamento da COFINS pela empresa rural.

Ao cabo, que as situações que circundam o FUNRURAL, contribuição social arrefecem a discussão na qualidade do produtor rural pessoa física, cujo foi extirpado da análise do trabalho, cabendo aqui suscitar que, por a empresa rural realizar o pagamento da COFINS, não pode o FUNRURAL incidir ao mesmo pretexto, sob pena de configurar dupla incidência devido ao conteúdo de formação ser o mesmo para as contribuições.

O Serviço Nacional de Aprendizagem Rural, SENAR, tem base constitucional no Art. 62, da ADCT, combinado com o Art. 149 e cumulados com o inciso II, Art. 150 e Art. 240, ambos da CRFB, cujo foi instituído pela Lei Federal nº 8.315, de 23 de dezembro de 1991, trata-se de contribuição social que tem a finalidade de destinação para as entidades privadas de serviços social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical, é descontada na folha de pagamento dos funcionários da empresa rural.

Destarte, compreendendo os fragmentos dado pela Lei Federal nº 8.315, de 23 de dezembro de 1991, em especial no Art. 3º, depreende-se para o critério material é “pagar salários aos seus empregados”; o critério espacial é do tipo genérico, para qualquer ponto do território nacional; já o critério temporal para o direito tributário condiciona o nascimento dessa obrigação quando torna o salário devido (LOUBET, 2017. p. 630), e, por excelência o sujeito ativo da obrigação tributária é o próprio SENAR.

A alíquota praticada pela contribuição ao SENAR, é nas vias de 2,5% (dois e meio por cento) conforme inciso I, Art. 3º, da Lei Federal nº 8.315, de 23 de dezembro de 1991, sobre a folha de salários da empresa rural, alíquota essa destacada para as pessoas jurídicas, a título de curiosidade, a alíquota praticada é de 0,2% (dois décimos por cento) conforme Art. 6º da Lei Federal nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997.

É um serviço muito importante, desempenhado com os recursos destinados pelo pagamento da contribuição, tendo em vista os dados apresentados no introdutório do trabalho sobre os trabalhadores do campo, considerando que precisam de atualização para desenvolver sempre mais.

Considerando que, para essas contribuições, há sub-rogação no direito do produtor, deve a empresa reter o valor de repasse, com desconto em função do inciso IV, do Art. 231 da IN RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009.

3.3.4 ITR

O presente imposto é de competência federal, da União, com base constitucional no inciso VI, do Art. 153, CRFB. Inicialmente instituído pela MPv nº 1.528, de 19 de novembro de 1996, qual foi convertida na Lei Federal nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996 que dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR e pagamento da dívida representada por Títulos da Dívida Agrária.

Buscando nas palavras do professor Leonardo Furtado Loubet, realça que a partir das tributações de diversos fatores como renda, operações, heranças e dentre outros, um fato-signo que não poderia ficar de fora é a tributação da propriedade (LOUBET, 2017. p. 363), nessa seara indica que nem todo proprietário de imóvel rural se dedica as atividades rurais (LOUBET, 2017. p. 364), vasculhando o campo do hermeneuta sobre o conceito de imóvel rural, esclarece que cambiantemente seria dado pelos Município, seria dado ineficácia técnico-sintática por não ser capaz de juridicizar o evento (LOUBET, 2017. p. 367).

Contudo há diversas sistemáticas e formas para o emprego do ITR, para que não incorramos em tautologia de explicar que resta poucas páginas a fim de dar o tratamento devido, com requinte que o direito tributário espera, recortamos, a deixar em momento oportuno a profunda investigação. Feito isso, pinça diretamente da regra-matriz de incidência tributária, nos dados recortes da matéria elencados no início da pesquisa.

O critério material é ser proprietário, ter domínio útil ou ter a posse de imóvel de natureza rural, guardadas as devidas proporções – dado pelo Art. 1º, da Lei Federal nº 9.393/96 – por não ter preenchido análise semântica adequada, a propriedade rural terá sentido comum, feita por interpretação sistemática, assim sendo passível de chegar a conceito plausível, desta feita, colaciona julgado para a respectiva consulta (REsp nº 963.499/PR).

Nessa mesma linha, considerado critério material, o arrendatário da propriedade rural (arrendamento rural), caso venha orbitar como sujeito passivo da obrigação tributária, incorre no erro substancial do poder de tributar (CARVALHO, 2019. p. 120), por força de contrato, detêm o usufruto, não podendo ser considerado proprietário indireto, visto que não tem “animus domini”, o professor Paulo de Barros Carvalho retrata bem essa situação³⁰⁵, logo para ele, não há incidência do ITR, nesse

³⁰⁵ Assim explica Paulo de Barros Carvalho: A autoridade administrativa, ao invés de exigir o ITR do proprietário do imóvel rural, entende que o sujeito passivo pode ser o arrendatário: erro de direito apurado no cotejo do elemento subjetivo do enunciado factual, com o critério subjetivo da regra-matriz de incidência. CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 503.

diapásão, se pode falar somente em responsabilidade civil sobre esse crédito tributário.

O critério espacial é genérico, feito por exclusão, sendo zona rural aquelas não compreendidas no conceito de zona urbana – dado pelo §2º, do Art. 1º, da Lei Federal nº 9.393/96 – sobressai da problemática, embora o imposto seja de competência da União, há um enlace que para o Município advém alcance da tributação sobre o IPTU, relação de coexistência no limite da cambialidade Municipal (§§ 1º e 2º, Art. 32, CTN)306, abstrai do texto, que o Município pode reduzir a competência da União ao definir áreas urbanas e descaracterizar as de zona rurais, a solução foi dada através do (REExt nº 76.057/PR) e fixada em tese repetitiva (REsp nº 1.112.646/SP), antecipo as duas, imóvel rural em zona urbana sobrepõe-se ITR desde que seja usada para atividade rural, vedada incidência de IPTU (REsp nº 738.628/SP).

O professor Leonardo Furtado Loubet registra que após inúmeras e sucessivas mudanças legislativas em tempo recorde, até revogação de texto que nunca entrou em vigor, sendo realizada no sentido de alterar as regras que formam o núcleo aglutinador, e classifica essas inúmeras manobras e deturpações de “salada legislativa” sobre as questões infraconstitucionais (LOUBET, 2017. p. 371).

O critério temporal é em 1º de janeiro de cada ano, apuração anual – dado pelo Caput, do Art. 1º, da Lei Federal nº 9.393/96 – critério simples que gravita sobre o critério material.

O critério pessoal como dito, o sujeito ativo da competência é a união cuja destinação tributária, e dada sua capacidade ativa para fins de fiscalização e cobrança pelo inciso III, §4º, Art. 153, CRFB, se trata de uma parafiscalidade delegada aos Municípios. Já para o sujeito passivo é o contribuinte que se encontra nas condições delineadas acima, aquele que pratica o fato jurígeno.

A base de cálculo, encontra-se no Art. 30, CTN “A base do cálculo do imposto é o valor fundiário” aqui reside outra questão polêmica, lastreada no Art. 10º, da Lei Federal nº 9.393/96, que nos diz, para apuração e pagamento do imposto serão efetuados pelo contribuinte, nos prazos fixados pela Secretaria da Receita Federal na IN RFB nº 1.902, de 17 de julho de 2019 – pendente a publicação para o ano de 2020 – na sujeição de homologação posterior; E nas hipóteses que devem ser observadas para se chegar no valor devido, também chamado de *quantum debeatur*, estão

306 O professor Leonardo Furtado Loubet, explica o seu entendimento: A ausência de qualquer critério no âmbito do CTN, aliás, seria extremamente indesejável, pois, em tese, o Município poderia ampliar demasiadamente sua zona urbana, chamando de urbana área que, evidentemente, não o é e, com isso, invadindo competência da União para tributar os imóveis rurais. LOUBET, Leonardo Furtado. Tributação Federal no Agronegócio. 1ª edição. São Paulo: Noeses, 2017. p. 368.

dispostas nos incisos: i) I, VTN; ii) II, área tributável; iii) III, VTNt; iv) IV, área aproveitável; v) V, área efetivamente utilizada; vi) VI, GU.

A determinados exemplos que são dedutíveis do ITR, e que se excluem de acordo com as hipóteses que regem a exação, das áreas utilizáveis, como: nascentes, reservas ambientais, áreas de produção permanente, reservas legais, área utilizada para gerador de energia elétrica, postes de energia elétrica, estradas que cortam a propriedade, os maquinários por acessão física, galpões de armazenamento

As alíquotas a serem praticadas correspondem a mínima de 0,03% podendo chegar à máxima de 20% sobre o valor do VTNt, é dado pelo Art. 11 da Lei Federal nº 9.393/96, cujo disponibilizou graduações em forma de tabela na parte dos anexos do referido veículo.

Pois bem, a normativa do Fisco, condiciona a prática do critério material ocorrido em 1º de janeiro à uma apresentação fixada no Art. 7º da IN RFB nº 1.902/19 da Declaração do imposto (DITR) no período de 12 de agosto a 30 de setembro do corrente ano da expedição da IN. Ora, se a Lei Federal nº 9.393/96 coloca a termo inicial a data do fato jurígeno e no termo final diz que a apuração é feita anualmente, presume-se que até data final daquele ano se encerra o prazo para apresentação. Em miúdos, a lei diz uma coisa e o Fisco por critério de organização readéqua o critério temporal do imposto, qual passa a não ser mais 1º de janeiro e sim um prazo administrativo que o contribuinte deve observar, e para tanto, caso não seja apresentada nas datas programadas o mesmo incorre a lavratura de multas por atraso na entrega de 1% ao mês-calendário ou fração de atraso calculada sobre o valor total do imposto devido.

Considerando as hipóteses, que norteiam a apuração da base de cálculo, ainda, afirma o professor Leonardo Furtado Loubet que dentre os critérios da base de cálculo e alíquota, a análise do *quantum debeatur* recairia apenas nos 3 (três) primeiros incisos (LOUBET, 2017. p. 407).

Nesse diapasão, imaginamos que para esse tipo de fixação de valores da terra nua, como frequentemente acontece no interior do Estado de São Paulo, onde há propriedade rurais limítrofes umas das outras, devido ao critério de urbanidade e concatenando as falas do professor Leonardo Furtado Loubet que, afinal, não deixa de acompanhar a propriedade em tudo que hoje está na área urbana, no passado foi rural (LOUBET, 2017. p. 369).

Fica prejudicado o critério de referência, de qual seria o valor de terra nua hoje em dia, já que tudo o que se conhece foi mudado, guardadas as devidas proporções, não se encontraria terra nua, vislumbrando a propriedade limpa sem qualquer tipo

de acessão, como acontece na consolidação da tabelas³⁰⁷ de VTN por hectare, surge muitas indagações sobre qual seria a base de comparação dos valores praticados pelos Municípios, até mesmo qual o tipo de técnica que foi utilizada para chegar a essa totalidade, e até por um critério de valorização da propriedade todo ano há um aumento, inclusive sem critério, ou seja, dado exemplo de Lavoura Aptidão Boa em Campo Grande/MS no ano de 2019 cada hectare possui valor R\$ 22.500,00 (vinte dois mil e quinhentos reais), daqui a 20 (vinte) anos, esse valor duplicaria? Triplicaria?

Em um exemplo mais esdruxulo, Sarzedo/MG possui VTN de Lavoura Aptidão Boa no ano de 2019 em R\$ 375.659,78 (trezentos e setenta e cinco mil seiscentos e cinquenta e nove reais e setenta e oito centavos) e Ibirité/MG que faz divisa e tem sobre a mesma rubrica de VTN no valor R\$ 74.134,90 (setenta e quatro mil e cento e trinta e quatro reais e noventa centavos), o que justificaria esse valor da terra nua elevado, com os devidos percalços, a mesma atividade rural pode ser desenvolvida por empresa rural em ambos os Municípios, o clima é o mesmo, as situações também, as mesmas rodovias cortam as cidades.

Por fim, esse valor elevado sem razão alguma, impacta drasticamente no valor de ITR a ser recolhido, ou até mesmo, na venda dessas propriedades que valem na casa dos milhões, e agregam valor de mercado diante das declarações prestadas ao Fisco, representando ganho de capital conforme Art. 19º da Lei Federal nº 9.393/96, sendo que a supressão ou diminuição dos valores prestados anteriormente pode ser entendida como prática criminal, sonegação de impostos e demais cabíveis ao caso concreto.

Conclui que, o imposto sobre a propriedade rural, deve ser analisado com cautela pois há muitas nuances que refletem e repercutem como um todo, e vincula o planejamento tributário de tal forma que passa considerar o VTN de cada município para exercer a atividade rural da empresa, é mais uma situação que o bom administrador deve ficar de olho.

3.3.5 ICMS

O Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, é de competência estadual e do Distrito Federal pois a CRFB/88 assim o fez, cabendo a cada ente a instituição de acordo com suas políticas de governo,

³⁰⁷ Para tomar nota sobre o assunto, a RFB reuniu no ano passado com a ajuda dos Municípios de seus valores praticados para cada tipo de atividade de VTN por hectare, está disponível no site da Receita: <https://receita.economia.gov.br/orientacao/tributaria/auditoria-fiscal/valor-de-terra-nua-vtn>.

prevista no inciso II, do Art. 155, CRFB/88 na Seção IV que ordena por classificação os impostos que lhes compete.

Nesse sentido, tratou a CRFB por incorporar um tributo já existente em texto constitucional, ocorrendo o fenômeno da recepção expressa ao Decreto Lei Federal nº 406, de 31 de dezembro de 1968, passando a ser substituído pela Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, foi dado a ela alcunha do então Ministro do Planejamento Antonio Kandir³⁰⁸.

Esse mesmo veículo de lei complementar, introduziu além das mesmas 3 (três) operações para o alcance tributário, seja, critérios materiais, sendo: inciso I "operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;"; inciso II "prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;"; e por fim, inciso III "prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza", esses são os critérios materiais da incidência do imposto.

O especialista Paulo Koto ao redigir sua obra sobre ICMS e seus aspectos de inconstitucionalidade da substituição tributária "para frente" alerta que após a redação expressa dos critérios materiais, em específico exclui diversas hipóteses de incidência e da exemplo sobre a mera circulação física das mercadorias, ou de suas saídas entre filiais ou quando esta retorna ao expedidor (KOTO, 2013. p. 12) com previsão no REsp nº 1.125.133 cujo ganhou status de repetitivo, antecipo, a circulação de mercadoria e transferência devem ocorrer concomitantemente para o alcance do poder de tributar, sendo assunto sumulado pelo STJ nº 166/STJ.

Compreendendo os critérios que formam o núcleo aglutinador da obrigação tributária, há 2 (duas) regras de normas gerais referente a não-incidência de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, denominado como ISS, tratando-se de sobreposição de competência, visando combater a não-cumulatividade e a bitributação sobre a incidência do mesmo tipo de imposto, as hipóteses são, inciso IV "fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos municípios;" e, inciso V "fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos

³⁰⁸ Vide nota de rodapé que conta a história resumida, estando disposta na página 14 da presente pesquisa.

Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual”.

Cabe aqui como forma de recorte, por delinear o imposto frente ao objeto do trabalho, tratando assim por descrever e minuciar a regra-matriz, no intuito de decompor os fatores a qual se exige para configurar a incidência das hipóteses.

O critério material do ICMS é realizar operações de circulação de mercadorias, prestar serviços de transporte interestadual (entre Estados) e intermunicipal (entre Municípios) e prestar serviços de comunicação. É uma definição carregada nos incisos de I, II e III, do Art. 2º da Lei Complementar nº 87/1996, acolhendo 3 (três) operações em que incide o tributo, anteriormente mencionadas.

O critério espacial do ICMS é do tipo genérico, se consuma no lugar onde o critério material foi praticado (KOTO, 2013. p. 32), com as devidas limitações da circunscrição dos Estado ou do Distrito Federal arrecadadores, na exceção específica, i) sobre entradas de produtos importados (I, §1º, Art. 2º), sobre serviço prestado ou iniciado no exterior (II, §1, Art. 2º), já no caso de diferimento da operação iniciada em Estado A (remetente), a exação termina no limite da alíquota aplicável para o Estado B (destinatário), conforme §2º, Art. 6º, Lei Kandir.

O critério temporal é definido pelo Art. 11, da Lei Kandir, destinado ao momento que ocorre o fato jurígeno, especificamente na saída física ou ficta dessa operação (inciso I); onde se tenha iniciado a prestação (inciso II) e no estabelecimento ou lugar do destinatário do serviço (inciso III) do mesmo artigo e diploma.

Segue concatenado as mesmas pessoas do agronegócio, contemplando as pessoas físicas e jurídicas, na estilística, produtores rurais pessoas físicas e jurídicas, na diferenciação do sujeito ativo, embora como vimos até agora sobre competência da União, a do imposto ICMS é dos Estados que compõem a federação, ele é o sujeito da competência e a capacidade ativa encontra-se em mãos das Agências Fazendárias de seus respectivos.

A base de cálculo é o valor da operação, conforme Art. 13º, da Lei Kandir, composto por valor da operação (alínea “a”), mais preço corrente da mercadoria fornecida ou empregada (alínea “b”) todas do inciso IV, para incidência de importados a base de cálculo para incidência é todos os impostos, taxas, contribuições e despesas aduaneiras que agregaram o produto (alíneas de “a” até “e” do inciso V). Todas contemplam a integração do montante do próprio imposto inciso I, do §1º, Art. 13, Lei Kandir e os valores correspondentes ao inciso II, alínea “a” “seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;” e “b” “frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.”, são

essas mesmas situações que circundam o agronegócio ditas por João Eduardo Lopes Queiroz.

Por bem, o diferimento trata-se de gênero para as espécies de substituição tributária (antecedente “para trás”, concomitante “em curso”, subsequente “para frente”), as mais comuns para o ICMS são para trás e para frente, o CTN considera terceiros responsáveis na efetivação do pagamento, também chamada de concomitante, comum nos casos de ITBI. Assevera o professor Andre Mendes Moreira que na verdade, o diferimento trata-se de uma retardação na incidência da exação tributária, que acaba por gravar a fase seguinte da operação de circulação da mercadoria, como um todo (MOREIRA, 2009. p. 146/147)

A alíquota praticada fica a cargo dos Estados disciplinarem sobre os assuntos de cada atividade rural – a Lei Kandir estabeleceu critérios de diferimento entre essas práticas, conforme §3º, Art. 13º do mesmo diploma –, no Mato Grosso do Sul a alíquota geral é de 17% e para interestadual é de 12%, respectivamente inciso II e I do Art. 41 da Lei Estadual nº 1.810/97, como na pesquisa temos poucas páginas a serem destinadas ao assunto, recomendo leitura do Decreto Estadual nº 9.203, de 18 de setembro de 1998 que aprova o Regulamento de ICMS (RICMS), e por critério de replicação da Lei Complementar, muitas estão dispostas nesse Regulamento.

Ocorre que para o agronegócio, essas ocasiões da substituição tributária, afetam diretamente as vendas da empresa rural, qual fica a cargo prorrogação do pagamento daquela mercadoria em razão da substituição no antecedente, que por muitas das vezes pode modular a precificação desse produtor rural, é uma nuance que afeta o mercado, serve para título de conhecimento pois a regra é da incidência tributária sobre o valor da operação.

Muito embora, a questão do diferimento esteja bem vicejada ao FUNDERSUL – que é técnica fiscal de substituição tributária para trás, diferimento na saída do produto –, no intuito de economia de páginas, pois o assunto é extenso e demanda muita reflexão, traz à baila, exemplificação que será abrangida em momento oportuno e que fique registrada, nas lições de Claudio Carneiro:

Assim, quando o pecuarista vende a carne para o frigorífico, em tese, deveria incidir o imposto sobre a circulação de mercadoria, que chamaremos de ICMS-1, e quando o frigorífico vende a carne para o açougue, o tributo incidiria novamente, pois o referido tributo, a que chamaremos de ICMS-2, é plurifásico.

Ocorre que é uma tarefa mais complexa fiscalizar o pecuarista e, então, sob o regime de substituição

tributária (para trás), ele nada paga quando vende a carne para o frigorífico e, portanto, não embute (repercussão) o ICMS no preço. Já quando o frigorífico vende a carne para o açougue, paga o ICMS-1; este tributo seria devido pelo pecuarista, pois ali ocorreu o fato gerador. Note-se que não se trata aqui de fato gerador presumido (que ainda vai ocorrer), ao contrário, há na verdade um diferimento no pagamento do ICMS-1, posto que o fato gerador já ocorreu. O imposto que deveria ser pago na venda do pecuarista para o frigorífico só será pago na venda do frigorífico para o açougue.

O motivo desse diferimento é, na verdade, para atender à praticidade fiscal, pois é mais fácil fiscalizar o frigorífico do que o produtor rural. Por isso, geralmente a substituição tributária para trás é adotada em produtos agrícolas primários ou agropecuários de extração vegetal, a carne, o leite.

Continuando o raciocínio, quando o frigorífico for pagar o ICMS-2, paga também o ICMS-1 e embute tudo isso no preço para o açougue. Trata-se da chamada repercussão tributária, já que o ICMS é um tributo indireto. Quando o açougue vender para o consumidor, ele irá recolher o ICMS-3, através de uma operação normal (sem substituição), e repercutir (embutir) "tudo" no preço da carne para o consumidor. Logo, quem suporta de fato todo o ônus da repercussão tributária é sempre o consumidor final, daí ele ser chamado de contribuinte de fato. CARNEIRO, Claudio. Curso de Direito Tributário e Financeiro. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 547/548.

Esse é o caso de substituição tributária para trás para o produtor e para frente ao frigorífico que é responsável tributário e recolhe nas fases que o antecedem, também as do contribuinte de fato (destinatário final do produto), chamada por sua modalidade de subsequente, na justificativa do Fisco gastar muita energia fiscalizando esses produtores, cuja posterior verificação do cumprimento dos deveres instrumentais resolveria, e também se justifica em nome da chamada praticabilidade tributária, o olhar sobre cadeias, já que o ICMS permite a utilização dessa técnica plurifásica, agregando sucessivos IVAs, assim explica Andre Mendes Moreira:

É imperioso gizar que a monofasia não se confunde com a intitulada substituição tributária para frente ou progressiva, típica do ICMS. Esta pressupõe a existência de tributação plurifásica, é dizer, incidência do gravame sobre mais de uma etapa de circulação da mercadoria. O substituto concentra em si o dever tributário correspondente a duas ou mais fases – porém, o fato de ser recolhido em um só momento não significa que o tributo seja monofásico. MOREIRA, André Mendes. Não-cumulatividade tributária na constituição e nas leis (IPI, ICMS, PIS/COFINS, Impostos e Contribuições Residuais). São Paulo: USP, 2009. p. 88.

Nessa linha de pensamento, o ICMS é plurifásico, ou seja, incide sobre diversas fases, e até o contribuinte de fato realiza o pagamento do ICMS-ST – aquele que está no final da cadeia, o consumidor – muito embora, são situações polêmicas e muito debatidas, qual se extrai do REsp nº 1.191.860 que somente os contribuintes de direito podem ser creditados nas operações, afastando o contribuinte consumidor daquelas relações de fases, isso muito bem justifica-se na demarcação das fases de operações do agronegócio, transferindo esse encargo para o terceiro, em detrimento dos deveres instrumentais, não seria o caso, embora excessivo.

Entrevendo toda a cadeia sistêmica, o professor Kiyoshi Harada ao sustentar argumentos no livro de ICMS doutrina e prática, bascular, que no caso da substituição tributária, ocorre em definitivo no sujeito indicado pela lei, nunca provisória, e esses fatos não podem estar ligados com a restituição do imposto pago, ocorre que na antecipação dessas fases por um critério de controle do Fisco, e para aquele que recebeu a obrigação surge direito ao crédito ante consideração da ficção jurídica, devendo ser por presunção, no momento da aperfeiçoamento tributário, feito o ajuste contábil deve ser compensado em dinheiro e não em crédito lançado para o mês seguinte (HARADA, 2019. p. 188/189), momento esse que com a antecipação acaba presumindo e superestimando a base de cálculo, com isso recolhendo impostos a maior.

Entrevendo, as recentes notícias sobre o imposto, querendo incutir a via do tributário-penal, assim sendo, o lançamento do ICMS-ST e ICMS próprio declarado e não pago, surgiria pretensão da repercussão tributária e com isso alavancaria o crime de “apropriação indébita” na forma da Lei Federal nº 8.137/90, situação dada pelo HC nº 399.109/SC com vistas pendente a julgamento no RHC nº 163.334/SC no STJ. Que inclusive localizaria a pessoa do administrador nos quadros sociais, para responsabilização do tipo penal.

Concluindo que, as empresas rurais não detêm os mesmos privilégios vicejados na Carta Política sobre os tratamentos e regimes especiais para a tributação do agronegócio, o legislador ordinário não conferiu esse tratamento, mas efetivou os na adesão do FUNDERSUL que é subtópico seguinte a esse, as alíquotas se divergem entre operações regra geral de 17% e para interestaduais 12%, aqui vemos com frequência a utilização de técnicas fiscais como modalidades de substituição devido a praticabilidade tributária do Fisco, ocorre que seus pormenores são muitos e não puderam ser lastreados devido ao limites de páginas impostas na feição do trabalho.

3.3.6 FUNDERSUL

O Fundo de Desenvolvimento do Sistema Rodoviário do Estado de Mato Grosso do Sul, como o próprio nome insinua, na sigla FUNDERSUL, criado pela Lei Estadual nº 1.963, de 11 de junho de 1999, sobre a sistemática de contribuição do Estado de Mato Grosso do Sul com destinação exclusiva a construção, manutenção, recuperação ou melhoramento das rodovias localizadas em Mato Grosso do Sul para diferimento das receitas tributárias captadas de acordo com o Código Tributário Estadual (CTE) dado pela Lei Estadual nº 1.810, de 22 de dezembro de 1997.

Um fundo polêmico, que gerou muito debate jurídico desde a sua criação, ao longo de mais de 20 (vinte) anos, acabando por ter recebido uma nova roupagem nessa “contribuição” –veremos que não se trata de tributo – para o setor do agronegócio de Mato Grosso do Sul, chegou a ter sido temática de constitucionalidade na Suprema Corte.

Sem mencionar que, guardadas as devidas proporções lançadas na pesquisa sobre o Art. 149 da Constituição, esse fundo fere os dispositivos constitucionais, pois veste roupa incompatível com a redação magna, não está inserido em nenhum tipo de contribuição social, diga-se de passagem, verdadeiro artifício sobre relação jurídica de um dever tributário.

No intuito de fazer o recorte da matéria, granjear sobre a área epistêmica, põe em relevo as considerações de Luciano Furtado Loubet ao passar sobre o tema na breve exposição feita pela OAB/MS, obra intitulada da natureza não-tributária do FUNDERSUL, qual detêm os seguintes substratos:

Foge ao objeto deste estudo tecer comentários sobre a natureza jurídica do diferimento de tributo, principalmente por ser uma figura extremamente controversa, sendo que alguns juristas entendem como um instituto próprio, enquanto outros como forma de isenção, havendo ainda os que entendem ser caso de

não-incidência. O essencial é que se saiba que o diferimento é uma prorrogação do pagamento do ICMS para outras operações que, presumidamente, irão acontecer. LOUBET, Luciano Furtado. Da natureza não-tributária do FUNDERSUL. Jusbrasil. 2003.

Partindo dessa premissa, que vários articulistas debruçaram para encontrar a natureza jurídica, hoje podemos demonstrá-la com mais tranquilidade, sem as dadas polêmicas que vestiram lá em 1963, imperioso tecer da regra-matriz, porém, sabendo dessas mesmas percepções e na identificação perfunctória, já anticipo, resta prejudicada essa análise de acordo com o Art. 3º, CTN, faltando critério de compulsoriedade, explico:

O Art. 10º da Lei Estadual nº 1.963/99 carrega em seu bojo “Na hipótese de não adesão à faculdade referida no art. 9º desta Lei, os produtores devem pagar o ICMS no ato das saídas de mercadorias de seus estabelecimentos (CTE, art. 12, § 4º), aplicando-se ao caso as alíquotas fixadas na Lei nº 1.810, de 1997, para as operações internas (CTE, art. 41, inciso III, alínea “a”), sem qualquer redução.” o produtor rural inserido como sujeito passivo desse fundo, tem a faculdade de adesão ou não ao diferimento, logo, o adquirente da mercadoria paga o Fundo ou alíquota cheia de ICMS.

Esse termo “faculdade” que a redação expressamente carrega, auxiliou muito os intérpretes para trabalhar com algo novo que, guardada suas devidas proporções, se aplicava ao lançamento do ICMS, em turno, houve diversas consultas sobre a matéria segundo captações de Antonio Augusto Silva Pereira de Carvalho na obra contribuição ao estudo do diferimento na legislação paulista do ICMS, excerto:

Na pesquisa da qual resultou este trabalho não se encontrou nenhuma decisão que, proferida pelo STF, registrasse expressamente que o diferimento, no âmbito do ICM, ou do ICMS, devesse ser considerado como benefício fiscal, ou não. Sucede que, por via oblíqua, a Corte estabeleceu que de benefício fiscal não se trata, pois fixou desnecessária a celebração de convênio estadual para sua implantação.

(...)

Extrai-se da Resposta à Consulta nº 11.792, de 24 de abril de 1978 – na época do ICM, portanto –, que o diferimento “não é benefício fiscal”, pois “não retira as operações do campo da incidência do imposto; apenas

transfere para etapa futura da circulação o momento do lançamento tributário”, não passando de “medida adotada no interesse do Erário, com o fito de simplificar o controle da arrecadação e a fiscalização do pagamento do imposto.

(...)

É bem verdade, outrossim, que na Resposta à Consulta nº 9.750, de 15 de julho de 1976, referindo-se a aquisição de “soja em grão com diferimento do imposto”, o órgão consultivo registrou que “o adquirente torna-se o contribuinte substituto do tributo, de imediato beneficiado com o favor fiscal, refletido na diminuição do preço das mercadorias adquiridas, assumindo, evidentemente, a obrigação do pagamento do imposto. CARVALHO, Antonio Augusto Silva Pereira de. Contribuição ao Estudo do Diferimento na Legislação Paulista do ICMS. São Paulo: USP, 2011. p. 131/132.

Deste modo, não há de se falar em tributo pois não preenche os requisitos do Art. 3º, CTN – da mesma forma entende Luciano Furtado Loubet³⁰⁹ (LOUBET, 2003); se torna a partir dessa análise desnecessária utilização da regra-matriz de incidência tributária pois não é tributo; certa feita, esse fundo não se submete aos regimes do CTN; não é caso de isenção restrita (parcial) pois o tolhimento, a supressão a partir da aderência só gera prorrogação da alíquota aplicada, não exclui a incidência da saída pois sobre a operação já houve o lançamento; por turno, é caso de diferimento pois há por força do fundo, substituição tributária para trás do ICMS, pagamento postergado, adiado pela operação substituída.

Compreendida sua natureza jurídica, o professor Andre Mendes Moreira assevera que a utilização da técnica de diferimento presente a tributação, cuja exação devida em determinado campo é transferida para outra do processo de produção, se efetivando em momento sequente (MOREIRA, 2009. p. 148), faz

³⁰⁹ Assim explica, Luciano Furtado Loubet: “Note-se, por relevante, que inexistente norma jurídica que preveja a obrigação dos produtores rurais a pagarem tal prestação, mas este pagamento é tão somente utilizado como condição para o gozo de alguns benefícios tributários que antes eram dados incondicionalmente. Ora, não há como se falar em dever jurídico (obrigatoriedade/compulsoriedade) se não existe por parte do Estado o direito subjetivo de obter o pagamento do FUNDERSUL, isto porque não há nada que obrigue os produtores a pagarem a prestação, uma vez que se estes não o disserem não poderão ser compelidos a tal, pois, como dito, inexistem instrumentos jurídicos para esta providência.” LOUBET, Luciano Furtado. Da natureza não-tributária do FUNDERSUL. Jusbrasil. 2003.

exposição correta, por eliminar os vícios que por muito tempo foram suscitados, excerto:

Sendo assim, inexistente óbice para que, na operação diferida, o alienante (beneficiado pelo diferimento) mantenha os créditos resultantes dos ingressos tributados em seu estabelecimento. Em tal hipótese, o adquirente dos produtos (que recolherá o imposto às burras estatais) não terá direito de se creditar do montante cobrado nas operações anteriores, sob pena de se transformar o diferimento em um benefício fiscal – afinal, como tais créditos já serão aproveitados pelo vendedor, caso o adquirente também pudesse fazê-lo haveria redução – e não mera postergação – da carga tributária. MOREIRA, André Mendes. Não-cumulatividade tributária na constituição e nas leis (IPI, ICMS, PIS/COFINS, Impostos e Contribuições Residuais). São Paulo: USP, 2009. p. 148/149.

Ainda sobre o diferimento, de acordo com o Art. 9º da Lei Estadual nº 1.963/99 “O diferimento do lançamento e o pagamento do ICMS nas operações internas com produtos agropecuários e com extrativos vegetais, de que tratam os arts. 12 e 47, incisos I e III e §§ 1º e 2º, da Lei Estadual nº 1.810, de 22 de dezembro de 1997 (Código Tributário Estadual - CTE), ficam condicionados a que os produtores remetentes das mercadorias contribuam para a construção, manutenção, recuperação e para o melhoramento asfáltico de rodovias estaduais e de vias públicas urbanas.”, nesse preâmbulo, não se pode falar de direito ao crédito quando aderente ao fundo, no regime tributário fica a cargo da parcela devida ao substituto.

No mesmo artigo de lei, subsome as hipóteses de transferência entre produtores rurais, sempre na saída, das respectivas mercadorias, momento que a incidência tributária na operação diferida a título de ICMS gera sobre o produto nos termos do título que abre a tributação no agronegócio, o chamado IVA, imposto de valor agregado.

As alíquotas de diferimento estão presentes no Art. 4º da Lei Estadual nº 1.963/99, qual devem ser analisadas de acordo com o objeto social praticado pela empresa rural, sendo assim, incidirá alíquotas diferidas de acordo com as operações praticadas, sendo:

Art. 4º Nas operações a que se refere o artigo anterior, o valor da contribuição é equivalente aos seguintes

percentuais de uma Unidade de Referência Fiscal do Estado de Mato Grosso do Sul (Uferms), por cabeça:

I - 29,42% (vinte e nove inteiros e quarenta e dois centésimos por cento), no caso de gado bovino ou bufalino, macho ou fêmea, de até doze meses;

Em conta gráfica para operação de gado bovino, temos 1 (um) UFERMS para o mês 06/2020 no valor R\$ 30,37 (trinta reais e trinta e sete centavos) dada pela Resolução SEFAZ nº 3.094/2020, em seguida alíquota de ICMS de 5% sobre operação interna do agronegócio dada no Art. 6º, do Decreto Estadual nº 12.056/06. No exemplo hipotético, venda de 100 (cem) cabeças ao custo de R\$ 500 (quinhentos reais) cada, i) na incidência da alíquota: $100 \times 500 = 50.000 \times 0,05\% = 2.500$ (dois mil e quinhentos reais), b) no pagamento diferido pelo FUNDERSUL: $100 \times 30,37 = 3.037 \times 29,42 = 893,48$ (oitocentos e noventa e três reais e quarenta e oito centavos).

Nesse diapasão, compensa para a empresa rural aderir as regras de diferimento dispostas na Lei Estadual nº 1.963/99, pois assim deixa de recolher nas exações especificadas, sua obrigação tributária termina ali, nas operações interestaduais (não são todas), e nas saídas dessas operações quando se encerra o diferimento, visando a economia, uma espécie de elisão fiscal, a redução da carga tributária nesse aspecto, ajuda muito no final de cada apuração.

Em comento a decisão do STF na ADI nº 2.056/MS – MC, o Ministro Relator Néri em primeiro momento no ano de 1999, indeferiu o pedido liminar ao julgar a medida cautelar, posteriormente no exame da inconstitucionalidade o Min. Gilmar Mendes acolhendo nos mesmos termos do parecer da AGU para aquela ação, em síntese “deu nova disciplina ao diferimento do ICMS nas operações internas com produtos agropecuários, eliminando a ordem legal pretérita, que previa a modalidade do diferimento incondicionado, e instituindo uma forma de contraprestação para a obtenção de tal benefício no pagamento do ICMS.”, tratou por expressar que mesmo o legislador do Estado tenha instituído a lei como contribuição, essa, trata-se apenas de nova regra de diferimento, portanto constitucional.

Certo que, em virtude da autonomia política consagrada aos Estados (Art. 18, CRFB) acompanharia a financeira nos limites da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, denominada como Lei de Responsabilidade Fiscal (VASCONCELLOS, 2013. p. 118), considerando que o Fundo foi declarado como constitucional e, portanto, não houve replicação dessas falas no Acórdão, resta para o direito, caso de

disposição própria, assim o ente estaria autorizado a realizar o diferimento para o Fundo, e não as diretrizes que o ICMS está imbuído, pois os regramentos são diferentes.

Conclui o tema, ao dizer que o FUNDERSUL não é tributo, como fora dito e para fins de fixação trata-se de uma regra para diferimento dos créditos já lançados com redução de alíquota, na modalidade de substituição tributária antecedentes, mais conhecida como para trás, regra essa que nos termos da legislação estadual permite as operações interestaduais sem a devida exação, e por não ser tributo, não se submete aos limites constitucionais ao poder de tributar conferidos pela Carta Política, logo, a tributação não alcança a matéria de diferimento, e por essa, reveste-se na qualidade de ICMS refletindo nos limites da responsabilidade fiscal do Ente estadual.

4 CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho, tivemos a oportunidade de abordar diferentes temas que amalgamam em torno de um só núcleo, o direito tributário que recai sobre as empresas rurais, edificando o conceito teórico de agronegócio e aplicação da tributação sobre essas pessoas jurídicas.

Iniciando os estudos, na primeira parte, que compreende o sistema constitucional tributário, a fim de revisitar as bases sólidas já estruturadas sobre a temática.

Foi visto no título 2 e seus subtítulos de 2.1 a 2.3, o conceito de tributo e as espécies tributárias em explanação genérica, como a distribuição da competência tributária está estruturada e dos fundamentos de validade. Da principal carga principiológica que gira em torno dos tributos e são utilizadas como meio de prova.

Em seguida, no título 3 e seus subtítulos 3.1 a 3.3, foi visto sobre os tributos tratados e as pessoas que compõem a temática, bem como, os fundamentos de validade do conceito de agronegócio, ficando assentado que falta base constitucional, e que para o termo equivalente “atividade rural” por um critério inegável econômico as pessoas produtores rurais formam o núcleo aglutinador em que gravitam as atividades rurais e demais nuanças sobre as regras das espécies tributárias, qual estudo propiciou ao estudioso, alcançar um conceito implícito e combinado com os fragmentos substanciais dados ao longo dos trechos, a cabo:

- a) Para o conceito de agronegócio, deve perceber desde o altiplano aglutinações do legislador constituinte, por ordenações que descem para a juridicização do legislador ordinário aplica-las de acordo com as políticas que o setor requer. Na qual há segmentos antes, dentro e depois da

porteira, esses devem ser analisados pelo legislador, só ele pode atribuir a devida carga normativa. A cabo, chegou-se a conceitos doutrinários, sem afastar o viés econômico, e percebemos um implícito com combinações de dispositivos constitucionais, ordinários e entre outros.

- b) A maioria dos impostos incidem sobre a base de valores agregados, isso significa que na repercussão tributária, os ônus são passados ao contribuinte de fato, em que quase sempre, suporta toda as fases das operações de incidência, exceto no IVA para renda. Dentre outras situações essa sistemática se aplica muito bem ao agronegócio e repercute no todo, formando estruturas de tributação segundo as emanações legais.

Para tanto as empresas rurais, se submetem ao mesmo regramento de outras empresas, nas regras jurídicas de apuração real, presumida, arbitrada e simples, guardadas as devidas proporções, tais elucubrações que são devidas as empresas jurídicas sem fazer distinção, e os tributos recaem da mesma forma para as do segmento do agronegócio, não foi alcançado mediante as políticas de tratamento diferenciado, determinada preferência constitucional.

No último ponto, foi assentado sobre a tributação que recai ao agronegócio:

- a) O imposto sobre a renda, recai sobre as receitas operacionais e não operacionais ao agronegócio, em que para cada atividade desempenhada pela empresa rural será segregada suas receitas a fim da incidência tributária, visando a proporcionalidade delas dentro do devido período de apuração cujo devido é de 15%, sobrestado esse recairá no limite mês-calendário quantia nominada de vinte mil, adicional de 10%, dentro do período de apuração trimestral, qual prejuízo da atividade terá trava de 30% para compensação da carga tributária, e repercute sobre a mesma base de cálculo a contribuição social sobre lucro líquido na alíquota de 9%, totalizando 34% de tributação sobre a renda da empresa rural.
- b) As contribuições sociais, revestem a mesma regra-matriz da referência CSLL, com período de apuração mensal, mesma base de cálculo, nas alíquotas cumulativas de 0,65% e 3%; e não-cumulativas 0,65% (real), 1,65% (presumido) e 7,6%, PIS e COFINS respectivamente.
- c) As contribuições sociais, em tese revestiriam frente ao altiplano mesmo núcleo aglutinador, contudo para o FUNRURAL, reside nos critérios ser proprietário rural, incidindo sobre a comercialização do produto a alíquota de 2% e para SAT/RAT 0,1%. SENAR, reside em ser empregador, com nascimento da obrigação quando o salário se torna devido, com incidência de 2,5%. Para tanto, essas contribuições reservadas as de similitude, não podendo incidir sobre duplicidade tributária.

- d) O imposto sobre as propriedades rurais, tem período de apuração anual embora na prática seja mitigado por período de apresentação do DIAT ao Fisco somente no meio do ano, com alíquotas praticáveis que podem ir de 0,03% a 20%, as problemáticas com VTN que não tem bases de referência pra tamanho valor.
- e) O ICMS incide nas operações do agronegócio, com apuração, alíquota praticável no MS é de 17% e 12% interestadual, com diferimentos a substituições tributárias antecedente e subsequente, assim havendo a prorrogação da obrigação tributária inculda a terceiro.
- f) O FUNDERSUL trata-se de técnica fiscal de diferimento da obrigação tributária, em primazia possui regramento fiscal (Lei de responsabilidade fiscal) diferente do que subsome ao ICMS (Lei Complementar Kandir), e por essa via, reveste-se na qualidade das operações de ICMS para lançar ao Fundo rodoviário aos títulos de impostos, com alíquotas reduzidas para a empresa rural que mantêm adesão, caso negativo recolherá na alíquota cheia de ICMS.

São essas, em apertada síntese, as principais conclusões do trabalho, cuja abordagem da tributação sobre as empresas rurais, da Constituição, das leis e sobre as matérias de controle de constitucionalidade e outras vinculantes, pretendeu exibir um panorama do que é tributação para as empresas que desempenham suas atividades no direito do agronegócio, que após 32 anos da Carta Magna encontra-se espalhado pelo ordenamento jurídico, sem ter o requinte que merece.

REFERÊNCIAS

ASCARELLI, Tulio. *Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil, introducción y traducción de Evelio Verdera y Tuells*. Barcelona: Bosch, 1964.

ATALIBA, Geraldo. *Hipóteses de incidência tributária*, 6 ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2003.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*, 5ª edição. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa.

BURANELLO, Renato. *Manual do Direito do Agronegócio*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

CALCINI, Fábio Pallaretti. *Direito do Agronegócio: Agroindústria e a imunidade nas receitas de exportação indireta para Funrural*. Revista Consultor Jurídico, 22 de fevereiro de 2019.

CARNEIRO, Claudio. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. São Paulo: Saraiva, 2020.

CARRAZZA, Roque Antonio. Imposto sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHO, Antonio Augusto Silva Pereira de. Contribuição ao Estudo do Diferimento na Legislação Paulista do ICMS. São Paulo: USP, 2011.

CARVALHO, Paulo Barros. Curso de direito tributário, 29 ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2019.

GONÇALVES, José Artur Lima. Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2002.

HARADA, Kiyoshi. ICMS: Doutrina e Prática. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2019.

HIGUCHI, Hiromi. Imposto de Renda das Empresas, 2017.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 8º ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KOTO, Paulo. ICMS: Aspectos de Inconstitucionalidade da Substituição Tributária "Para Frente". São Paulo: IBET, 2013.

LOUBET, Luciano Furtado. Da natureza não-tributária do FUNDERSUL. Jusbrasil. 2003.

LOUBET, Leonardo Furtado. Reflexões sobre o Funrural: julgamentos, derrubada de vetos e Refis. Revista Consultor Jurídico, 17 de maio de 2018.

LOUBET, Leonardo Furtado. Tributação federal no agronegócio. 1 ed. São Paulo. Noeses, 2017.

MARION, José Carlos. Contabilidade Rural – Agrícola, Pecuária e Imposto de Renda. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2020.

MAMEDE, Gladston. Manual de Direito Empresarial. 14ª edição. São Paulo: Atlas, 2020.

MIGUEL, Bruna Dias. A Inconstitucionalidade da Exigência da Contribuição ao FUNRURAL devida pelas Pessoas Jurídicas. São Paulo: IBET, 2012.

MINATEL, José Antonio. Conceito de Receita e CPC 47 para fins de PIS e COFINS. Campinas: IBET, 2019.

MONTESQUIEU, Barão de. Do Espírito das Leis. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MOREIRA, André Mendes. Não-cumulatividade tributária na constituição e nas leis (IPI, ICMS, PIS/COFINS, Impostos e Contribuições Residuais). São Paulo: USP, 2009.

NEGRÃO, Ricardo. Curso de Direito Comercial e de Empresa: Teoria Geral da Empresa e Direito Societário. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

OPTIZ, Silvia C. B. OPTIZ, Oswaldo. Curso completo de direito agrário. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEREIRA, Luiz Fernando. BARBOSA JUNIOR, Mauro Ribeiro (org.). Direito Aplicado ao Agronegócio. 1ª edição. Porto Alegre: ASGAH, 2018.

QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Direito do agronegócio: é possível a sua existência autônoma?. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito, Saraiva: São Paulo, 15ª Edição, 1987.

ROSS, Alf. Sobre el Derecho y la Justicia, Eudeba, 1963.

TORRES, Heleno Taveira. DPVAT é seguro compulsório, e não uma espécie de tributo. Revista Consultor Jurídico, 14 de dezembro de 2016.

VASCONCELLOS, Mônica Pereira Coelho de. ICMS: Distorções e medidas de reforma. São Paulo: USP, 2013.

WARAT, Luis Alberto. O direito e sua linguagem, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1964.

AS VACINAS SÃO TRIBUTADAS?

MIRELA REIS CALDAS: Bacharel em Direito pela faculdade Imaculada Conceição do Recife - FICR. Pós-graduanda em Direito Tributário Municipal pelo IAJUF

Introdução

Em dezembro de 2020, algumas vacinas contra a Covid-19 receberam autorização para uso emergencial em alguns países, estando outras em fase de estudo para garantir a eficácia e resolver questões como número e intervalo das doses³¹⁰.

A vacinação contra a Covid-19 no mundo é considerada, inclusive, como uma das medidas para diminuir impactos na saúde e na economia. Com isso, torna-se necessário entender como ocorre a tributação de vacinas no Brasil, visando fortalecer os cofres públicos, especialmente devido à pandemia.

Destaca-se que existem análises diferentes da possível tributação: a vacina do setor público e a vacina do setor privada, pois é possível que a vacina chegue a estar disponível em serviços particulares.

Questiona-se primeiramente se incide tributação nas vacinas oferecidas pelo setor público, se o serviço de vacinação por clínicas particulares é passível de tributação e, posteriormente, qual tributo iria incidir.

Passemos a analisar as situações.

Da incidência ou não de tributação no setor público

No Brasil, a imunização da população é atribuída ao Sistema Único de Saúde - SUS, responsável pelo planejamento e execução de estratégias de elaboração e implantação de programas de vacinação.

Destacamos que o Programa Nacional de Imunizações é considerado referência mundial, sendo responsável pela erradicação e redução de casos de diversas doenças. O próprio SUS é uma referência, principalmente por ser gratuito, atingindo populações de baixa renda.

³¹⁰ Para mais informações, acessar: <https://www.paho.org/pt/vacinas-contracovid-19>. Acessado em 26/12/2020.

Posto isso, pagamos tributos sobre vacinas disponibilizadas em postos de saúde ou hospitais públicos? Não. A sociedade financia indiretamente por meio de impostos, que financiam o SUS e, por consequência, as vacinas.

E por que não cobrar por meio de taxas, já que aplicação é um serviço específico e divisível, assim como a coleta de lixo e as taxas judiciais?

As taxas são tributos retributivos ou contraprestacionais (ALEXANDRE, 2020), estão vinculadas a uma atividade estatal e são cobradas pelo (i) poder de polícia ou (ii) prestação de serviço específico e divisível, prestado ou posto à disposição do contribuinte.

O ente competente para instituir e cobrar a taxa é aquele que presta o serviço ou que exerce legitimamente o poder de polícia, não podendo cobrar sem tais pré-requisitos (FÉLIX; HENRIQUE, 2018).

Não faria sentido cobrar vacinas por taxas. Caso fossem tributadas por meio de taxas, poucas pessoas de baixa renda iriam ter condições de pagar e os números de doenças certamente iria aumentar. É a saúde pública que está sendo analisada, logo, é indispensável à disponibilização gratuita de vacinas.

No mais, a Emenda Constitucional nº 29/2000 traz a aplicação dos percentuais mínimos da receita de impostos para o financiamento das ações e serviços de saúde.

Os municípios e Distrito Federal devem aplicar anualmente, no mínimo, 15% da arrecadação dos impostos em ações e serviços públicos de saúde, cabendo aos Estados 12%. Para a União, o montante aplicado deve corresponder ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido do percentual relativo à variação do Produto Interno Bruto (PIB) do ano antecedente ao da lei orçamentária anual.

Sobre o assunto, há uma Proposta de Emenda à Constituição - PEC de nº 143/2015 que visa desvincular receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Seriam afetados com a desvinculação das receitas vários pontos, como o custeio mínimo das ações e serviços públicos de saúde, que é justamente um dos financiadores da saúde, em outras palavras, de vacinas.

Desvincular receitas pode ser desastroso para a saúde pública, visto que é uma garantia mínima de manutenção ou investimento.

Da sujeição ao ICMS e/ou ISS no setor privado

Passadas as questões relativas à tributação de vacinas públicas, vejamos como ocorre no setor privado.

Tendo em vista a pandemia de Coronavírus, certamente muitas pessoas iriam procurar alternativas para a vacinação, ou seja, clínicas particulares, inclusive podendo escolher qual vacina tomar, visto que existem diferentes tipos sendo disponibilizadas por diferentes laboratórios a depender do País.

Assim, pergunta-se sobre qual imposto irá incidir na aplicação da vacina: ICMS, ISS ou ambos?

Começamos com os esclarecimentos se a aplicação seria mercadoria ou serviço.

Na definição da natureza da operação (se aquisição de mercadorias, prestação de serviços ou os dois) cabem diversas discussões, mas daremos destaque nas leis complementares dos impostos em análise.

Salienta-se que a prestação de serviços envolve uma obrigação de fazer, sendo diferenciada da venda mercantil em que o conteúdo da obrigação envolve a entrega de algo (obrigação de dar). Contudo, o conceito não é suficiente, especialmente em operações que envolvam as duas obrigações (fazer e dar), como por exemplo, a construção civil por empreitada com fornecimento do material.

Posto isso, a análise das Leis Complementares nº 87/1996 (respectiva ao ICMS) e 116/2003 (respectiva ao ISS) torna-se crucial.

Caso exista uma obrigação de fazer por parte do contratado e ela se referir a uma atividade constante da lista anexa à LC 116/2003, a determinação da lei é que:

§ 2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

Assim, é possível entender que as atividades descritas da lista anexa à LC 116/2003 possuem a natureza exclusiva de prestação de serviços, salvo se houver ressalva na própria descrição do respectivo subitem. Quando não há ressalva acerca da incidência do ICMS sobre as mercadorias fornecidas juntamente com a execução do serviço, incide apenas incide ISS.

Nessa linha, pela análise da lista anexa, existem duas possibilidades para o enquadramento da aplicação da vacina:

Pelo subitem 4.03 (Hospitais, clínicas, laboratórios, sanatórios, manicômios, casas de saúde, prontos-socorros, ambulatórios e congêneres), poderemos enquadrar as empresas que aplicam vacinas nesse tipo de serviço, pois normalmente são formadas por clínicas especializadas.

E pelo subitem 4.06 (Enfermagem, inclusive serviços auxiliares), caso não haja enquadramento pelo 4.03. O subitem em análise está baseado no decreto que regulamenta o exercício da profissão, atribuindo ao auxiliar de enfermagem à aplicação de vacinas (Decreto nº 94.406/87, art. 11, III, e).

Poderia também ser tributada a vacinação em conjunto com ICMS? Não, pois nos dois subitens passíveis para o enquadramento não há ressalvas, restando apenas ao ISS exclusivamente.

Por fim, a prestação de serviços é tributada pelos Municípios por meio do ISS, destaca-se que se o serviço for gratuito, não ocorrerá o fato gerador do ISS (STF, RE 112.923-9/SP-1987). Para a cobrança, os Municípios podem adotar todos os itens da Lista de Serviços anexa à lei complementar (LC nº 116/2003) ou apenas alguns deles, restando proibida criação de serviços não previstos na norma complementar (SABBAG, 2018).

Da aplicação e do comércio de vacinas

Caso o comércio (venda) de vacinas aconteça concomitantemente com a aplicação, é caso exclusivo de ISS, como já analisado.

Ocorre que nem sempre a venda está atrelada a aplicação, pode haver apenas a venda, exemplo das vacinas veterinárias. Nesse sentido, questiona-se se ainda seria sujeito apenas ao ISS.

A Receita Federal, na Solução de Consulta COSIT nº 42, de 19 de abril de 2016, elucidou a situação, vejamos:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA
IRPJ*

*EMENTA: LUCRO PRESUMIDO.
VENDA DE VACINAS COM APLICAÇÃO. PERCENTUAL DE
PRESUNÇÃO.*

***A venda (comércio) de vacinas veterinárias classifica-se
como venda de mercadoria e o percentual para a***

determinação da base de cálculo do IRPJ é de 8% sobre a receita bruta.

A aplicação de vacinas veterinárias classifica-se como prestação de serviço e o percentual para determinação da base de cálculo do imposto é de 32% sobre a receita bruta. Caso a consulente desempenhe, concomitantemente, as duas atividades o percentual de presunção correspondente deve ser aplicado sobre o valor da receita bruta auferida em cada atividade.

[...]

(Grifos nossos)

Assim, a venda pura e simples seria passível de ICMS e a venda junto com a aplicação, ISS. Tal entendimento segue a orientação do não desmembramento de contratos para fins tributários.

Por não existir ressalva na lista anexa do ISS quanto aos subitens 4.03 e 4.06, analisados no tópico anterior, incidirá apenas ISS quando houver venda e aplicação, pois o fornecimento da mercadoria está integrada a prestação do serviço.

Da taxatividade do ISS

Como visto, a aplicação de vacinas está sujeita ao ISS, com base em dois subitens analisados, cabe-nos fazer um pequeno esclarecimento sobre a taxatividade da lista anexa.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o tema 296 da repercussão geral em 2020, restando entendido que a técnica usada para permitir interpretações extensivas ou ampliativas na lista taxativa de serviços tributáveis por ISS é válida (VITAL, 2020).

O caso da controvérsia analisou a lista de serviços em que incide ISS partindo do disposto no artigo 156, III, da CF, tal norma não define quais são esses serviços, apenas decide que essa lista será feita por lei complementar, desde que não sejam serviços constantes no artigo 152 cuja competência tributária é estadual.

Em resumo, o rol de serviços a ser tributados pelo ISS é taxativo, não sendo possível admitir interpretação extensiva a todas as situações, caso contrário, o rol deixaria de ser taxativo e passaria a ser exemplificativo. A interpretação extensiva é apenas nos casos em que há abertura textual.

Portanto, segundo o STF, o rol do ISS é taxativo, mas cabe interpretação extensiva.

Conclusão

A pandemia de Coronavírus ainda traz efeitos incertos na economia, entender formas alternativas e eficazes para fortalecer os cofres públicos é fundamental para não prejudicar mais a população.

Existem formas diferentes para a tributação para a aplicação da vacina. Sendo a vacina pública, financiada por tributos, é ofertada à população de forma gratuita. Como tributos são impostos não vinculados a atividade estatal, estão passíveis da melhor alocação dada pela Administração.

Destacamos as graves consequências da PEC nº 143/2015, pois revela um desconhecimento do SUS, deixando de permitir o repasse mínimo financeiro, tendo em vista que a vinculação é um dos pilares para a saúde pública.

Já a vacina cobrada no setor particular, é passível de cobrança do ISS, com base nos subitens 4.03 e 4.06 da LC 116/2003, feita pelos Municípios. Ocorrendo apenas a venda da vacina e não a aplicação, cabe ICMS.

Referências

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário**. 14 ed. re., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

FÉLIX, Gláucia Vieira; HENRIQUE; Márcio Alexandre Ioti. **Direito tributário** - direito constitucional tributário. Londrina: Editora e Distribuidora Educacional S.A., 2018.

SABBAG, Eduardo. **Código Tributário Nacional Comentado**. 2º ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

VITAL, Danilo. Rol **do ISS é taxativo, mas cabe interpretação extensiva, diz STF**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-29/rol-iss-taxativo-interpretacao-extensiva-stf>. Acesso em: 15/07/2020.

TORTURA RACIAL É CRIME IMPRESCRITÍVEL

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia Aposentado, Mestre em Direito Social, Pós – graduado em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia, Medicina Legal e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós – graduação do Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.

FRANCISCO SANNINI

(coautor)³¹¹

Nos termos do texto constitucional, são crimes imprescritíveis apenas a prática de racismo (art.5º, XLII)³¹² e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art.5º, XLIV), não havendo qualquer menção ao crime de tortura e aos demais crimes hediondos ou equiparados.

Ocorre que o Estatuto de Roma, internalizado através do Decreto 4.338/02, estabelece que a tortura é um crime contra a humanidade e imprescritível, “quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil” (art.7º, I, f). Reforçando essa premissa, o artigo 29, do Estatuto de Roma, diz que os crimes da competência do Tribunal não prescrevem.

Nesse cenário, discute-se na doutrina se o crime de tortura seria de natureza imprescritível ou não. Para uma primeira corrente, se a tortura houver sido praticada após a entrada em vigor do Decreto 4.388/02, que internalizou o Estatuto de Roma,

311 Mestre em Direitos Difusos e Coletivos e pós-graduado com especialização em Direito Público. Professor da Pós-graduação da UNISAL/Lorena. Professor Concursado da Academia de Polícia do Estado de São Paulo. Professor da Pós-Graduação em Segurança Pública do Curso Supremo. Professor do Damásio Educacional. Autor de livros jurídicos. Delegado de Polícia do Estado de São Paulo. Titular do primeiro Setor de Combate à Corrupção, Organização Criminosa e Lavagem de Dinheiro (SECCOLD) do Estado de São Paulo.

312 Os crimes de racismo estão tipificados na Lei 7.716/89, sendo as condutas punidas com reclusão em respeito à Constituição da República.

e na forma do seu artigo 7º, I, f, o crime seria imprescritível.³¹³ Em reforço, LIMA destaca que esse entendimento vai ao encontro do *princípio pro homine*, devendo prevalecer a norma mais protetiva aos direitos humanos.³¹⁴

Uma segunda corrente, todavia, entende que só são imprescritíveis os crimes assim considerados pela Constituição da República, “não se admitindo nenhuma outra exceção em nosso ordenamento jurídico”.³¹⁵ Parece-nos correto esse entendimento, uma vez que a prescrição é um direito fundamental e, como tal, não poderia ser mitigado por tratados ou convenções internacionais. Ora, se o legislador constituinte entendeu por bem tornar imprescritível apenas o crime de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, não se pode admitir a ampliação desse rol.³¹⁶

Nem mesmo o princípio *pro homine* poderia ser invocado para subsidiar a imprescritibilidade geral do crime de tortura. Isto, pois, estamos diante de normas que tutelam igualmente direitos fundamentais, mas sob perspectivas distintas. Note-se que nesse conflito existe uma norma internacional favorável à imprescritibilidade e outra norma, de natureza constitucional, que sugere a prescritibilidade, limitando, assim, o direito de punir pertencente ao Estado. Parece-nos que nesse embate deve prevalecer a norma constitucional, inclusive por ela se destinar a proteger o indivíduo da ânsia punitiva estatal. É mister consignar, ainda, que em respeito ao princípio da legalidade, especialmente na sua dimensão de garantia da *Lex Populi*, tratados e convenções internacionais não podem dispor sobre Direito Penal.

Demais disso, não podemos olvidar que a tortura é um crime equiparado aos hediondos, sendo certo que a Constituição impôs os maiores rigores aos delitos dessa natureza no seu artigo 5º, LXIII, mas não estabeleceu a imprescritibilidade. Teria sido um lapso do legislador? Não acreditamos. Assim, em respeito ao princípio da Supremacia da Constituição, entendemos que o crime de tortura está sujeito à prescrição nos termos do artigo 109, do Código Penal. Em reforço a esse

313 Adotando esse entendimento: GRECO, Rogério. *Leis Penais Especiais Comentadas – Crimes Hediondos e Tortura*. Volume 1. Niterói: Impetus, 2016. p. 240-241; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Leis Penais Especiais Comentadas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 471.

314 LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação Especial Criminal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p.989.

315 CAPEZ, Fernando. CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Volume 4. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 654.

316 CABETTE, Eduardo. SANNINI, Francisco. *Tratado de Legislação Especial Criminal*. 2. Ed. Leme, São Paulo: Mizuno, 2021. p.610. No mesmo sentido, STF, 2ª Turma, Ext. 1.278/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18.09.2012.

entendimento, lembramos que o STF reconheceu que a Lei de Anistia (Lei 6.683/79) se aplica àqueles que praticaram a tortura na época da Ditadura Militar de 1964.³¹⁷

Sem embargo do exposto, considerando o julgamento do HC 154.248/DF pelo Supremo Tribunal Federal, que analisa a imprescritibilidade do crime de *injúria racial*, previsto no artigo 140, §3º, do CP, entendemos necessária uma revisão sobre a imprescritibilidade do crime de tortura, mas apenas na hipótese do artigo 1º, inciso I, alínea "c", da Lei 9.455/97, que trata da denominada *tortura preconceituosa* ou *tortura racial*.

Nessa modalidade de tortura a violência (física ou moral) empregada contra a vítima decorre de uma prévia discriminação racial ou religiosa. Note-se que, diferentemente das figuras anteriormente previstas no artigo 1º, inciso I, da Lei de regência, a *tortura racial* não exige uma finalidade específica por parte do agente. Em outras palavras, o torturador não tem a expectativa de obter determinado comportamento da vítima, submetendo-a aos seus desejos e vontades. Nessa hipótese a tortura ocorre por uma razão pura e simples: o preconceito ou discriminação.

Sobre o tema são irretorquíveis as lições de ROQUE, TÁVORA e ALENCAR:

Com efeito, na presente hipótese, diversamente do que ocorre nas alíneas "a" e "b", não há uma finalidade a ser alcançada. A discriminação a que se refere o dispositivo não é a finalidade, mas sim a motivação para a prática da tortura. Por outras palavras, o agente não tortura para discriminar, ele discrimina e, por esta razão, tortura. Não há, portanto, elemento subjetivo específico, uma finalidade específica a ser atingida. E, assim, o sofrimento imposto é o próprio resultado que se pretende. E o crime se consuma com a imposição de tal sofrimento, trata-se de crime material.³¹⁸

Apenas se deve ter uma cautela com o afirmado pelos autores em destaque. Quando em seu texto acima alegam que não há "elemento subjetivo específico" (sic) no crime de Tortura – Racismo, isso não pode ter o significado de que essa modalidade de tortura, diversamente das demais previstas no mesmo dispositivo, seria um crime informado pelo dolo genérico. O dolo na Tortura – Racismo é

317 STF, Plenário, ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, j. 29.04.2010.

318 ROQUE, Fábio; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Legislação Criminal para concursos*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 454.

específico. Há, portanto, na verdade, exigência de um *elemento subjetivo específico*, consistente em que a motivação da conduta de torturar não seja qualquer outra a não ser a discriminação. Tanto é fato que se alterando essa motivação, haverá outros crimes, sejam outros crimes de tortura ou mesmo crimes comuns. Como aduz a doutrina, o dolo específico se revela numa “tendência especial da ação” 319 ou numa “particular direção da conduta ou um fim especial”. 320 De outra forma, seria de se abandonar toda uma tradição doutrinária e jurisprudencial que, por exemplo, reconhece o crime de Prevaricação (artigo 319, CP) como de dolo específico, consistente na satisfação de um interesse ou sentimento pessoal. 321 Há ainda que lembrar que a própria noção da dupla dolo genérico/específico é objeto de crítica na doutrina, apontando-se como mais condizente a distinção entre dolo (vontade de praticar a conduta descrita no tipo); finalidade (o que o autor pretende com a prática criminal) e motivo (móvel psíquico da ação, que leva o agente a praticar a conduta). A finalidade é ulterior à ação, enquanto que o motivo é anterior ou concomitante. 322 Contudo, aquilo que se denomina como *dolo específico*, independentemente de qualquer crítica técnica, pode se manifestar como uma finalidade especial do agente (v.g. fim de transmitir doença, no artigo 131, CP) ou uma específica motivação (v.g. a já citada satisfação de um interesse pessoal no artigo 319, CP). Por isso também se deve ter muito cuidado com a afirmação dos autores de que o crime consiste na simples imposição do sofrimento, pois que não é assim. Realmente se trata de um crime material, que se consuma com o sofrimento, mas, para a configuração do tipo penal de tortura, esse sofrimento deve ser imposto com especial motivação, que é a discriminação. Sem isso, como já dito, o crime pode se transmutar em outra figura delitiva.

Nesse contexto, é inegável que a *tortura racial* constitui uma das formas de manifestação do *racismo*, uma vez que o torturador submete a vítima a intenso sofrimento físico ou psicológico movido por uma ideologia preconceituosa de raça. Particularmente, entendemos que essa modalidade de tortura representa a forma mais grave e reprovável de manifestação do preconceito racial, exigindo, portanto, a incidência do artigo 5º, inciso XLII, da Constituição da República.

319 MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Volume I. 31ª. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 130.

320 DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 314;

321 BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal Parte Geral*. Volume 1. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 271.

322 Op. Cit., p. 271.

Sobre o tema, valem as lições do Ministro Edson Fachin em seu voto no HC 154.248/DF:

A injúria racial consoma os objetivos concretos da circulação de estereótipos e estigmas raciais ao alcançar destinatário específico, o indivíduo racializado, o que não seria possível sem seu pertencimento a um grupo social também demarcado pela raça. Aqui se afasta o argumento de que o racismo se dirige contra grupo social enquanto que a injúria afeta o indivíduo singularmente. A distinção é uma operação impossível, apenas se concebe um sujeito como vítima da injúria racial se ele se amoldar aos estereótipos e estigmas forjados contra o grupo ao qual pertence.

Inegável que a injúria racial impõe, baseado na raça, tratamento diferenciado quanto ao igual respeito à dignidade dos indivíduos. O reconhecimento como conduta criminosa nada mais significa que a sua prática tornaria a discriminação sistemática, portanto, uma forma de realizar o racismo.³²³

Impossível confrontar tais conclusões, sob pena de incidirmos no denominado *racismo estrutural*. É evidente que se a tortura é movida por uma discriminação de raça, a conduta constitui, sim, um ato de racismo e, portanto, crime de natureza imprescritível.

Em ligeira discordância o autor Eduardo Cabette se manifesta pela inexistência de incidência em suposto “racismo estrutural” (sic) quando se venha a confrontar os argumentos da decisão do Ministro enfocado. Fato é que a argumentação é eminentemente técnica, consistindo no fato de que o crime de injúria qualificada não passa disso, um crime contra a honra, tal como o legislador o tratou. Fosse outra a “mens legislatoris”, teria incluído a conduta na Lei de Racismo. Note-se que a lei que incluiu a qualificadora dentre os crimes contra a honra (Lei 9.459/97) é posterior à Lei de Racismo e inclusive promove alterações nesta segunda, não havendo dúvidas de que a colocação da injúria preconceito no Código Penal dentre os crimes contra a honra foi uma opção consciente do legislador que, se o quisesse, teria se limitado a alterar a Lei 7.716/89. Ademais, não há proporcionalidade entre a injúria qualificada prevista no Código Penal e as condutas de extrema gravidade previstas na Lei 7.716/89. Diversa, porém, é a situação da Tortura – Racismo. Nesse caso se trata de um ato discriminatório de extrema gravidade, comportando certamente e praticamente de forma indubitosa ou

323 STF, HC 154.248/DF, trecho extraído do voto do Rel. Min. Edson Fachin.

inquestionável, a qualificação como um crime de racismo. Caso contrário, haveria outra infração à proporcionalidade em sentido oposto à que ocorre, ao sentir do autor Eduardo Cabette, com a decisão do STF. No primeiro caso, há um excesso em relação à injúria. Já no segundo, haveria uma insuficiência protetiva em relação à tortura. Seria inconcebível pensar que indeferir a entrada de alguém em uma casa de espetáculos em razão de discriminação racial configuraria crime de racismo (e deve configurar), enquanto que sujeitar essa pessoa, por motivo de idêntica discriminação, à tortura, não seria crime de racismo! Neste caso, entende o autor Eduardo Cabette que, independentemente da decisão do STF, concorde-se ou não com ela em relação ao crime de injúria, a proporcionalidade está a ancorar a tipificação de um crime de racismo, ainda que fora da Lei específica. E, diversamente do caso da injúria, que foi incluída num diploma legal genérico (Código Penal), os crimes de tortura teriam de ser tratados, por disposição constitucional, em lei própria, o que justifica o fato de a Tortura – Discriminatória não ter sido incluída na Lei de Racismo, embora seja, indubitavelmente, um crime de racismo.

Saliente-se, ainda, que o artigo 3º, inciso III, da CR, elenca como um dos objetivos fundamentais da República, promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Com efeito, tendo em vista que o ordenamento jurídico deve ser interpretado a partir da Constituição, não se pode excluir a *injúria racial* e a *tortura racial* do rol dos crimes imprescritíveis.

Apenas destaque-se o entendimento divergente do autor Eduardo Cabette, para quem o crime de injúria – preconceito não constitui crime de racismo e se trata de uma decisão equivocada primeiro do STJ e depois do STF sua inclusão nessa qualidade. Até seria possível fazer isso por iniciativa legislativa que transportasse tal infração do Código Penal (Crimes contra a Honra) para a Lei de Racismo. Ainda assim, não se considera que a injúria seja uma conduta equiparável em grau de gravidade com os demais crimes de racismo previstos na legislação brasileira. Já no que tange à Tortura Discriminatória, como já afirmado, é incontornável o fato de que deve ser reconhecida como um crime de racismo previsto em diploma legal diverso. Há não somente proporcionalidade para isso, como também uma explicação plausível para que o crime de tortura tenha sido previsto fora da Lei 7.716/89, tendo em vista uma especialidade imposta pelo próprio texto constitucional.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL: EFETIVIDADE DA SUBMISSÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

ROBSON FILIPE NOVAIS PAIVA:

Bacharel em Direito e Especialista em
Direito Constitucional.

JULIANA ALBERTO COSTA

(orientadora)

RESUMO: Este estudo tem o objetivo de ressaltar a eficiência da preservação dos direitos fundamentais durante os procedimentos legais e do devido processo. Em princípio, faz-se uma análise dos direitos violados na prática no curso do devido processo legal e os ajustes da máquina pública. Às vezes por falta de pessoal no serviço público ou equipamento, outras, por violação as regras constitucionais ou normativas. Demonstra-se a necessidade de obediência do cumprimento das normas fundamentais. Analisa-se, que a maioria dos Estados não tem sustentáculo suficiente para garantir, agredindo os direitos do cidadão, vítima ou não do Estado. Enumera-se, exemplificativamente, os principais direitos fundamentais do preso, destacando os aspectos violados. Para trazer o estudo à nossa realidade, fundamenta-se em estudos, doutrina e por participar da persecução penal como Escrivão de Polícia. O Estado “deve” responder objetivamente pelos danos causados aos seus agentes e cidadãos violadores da lei, limitando à função punitiva do Estado. Os direitos fundamentais carecem em ser respeitados. A Constituição Federal é apenas a norma pai de tais direitos. A aplicabilidade imediata está dentre elas. No âmbito penal, a fase investigatória é sensível e deve adotar uma série de cuidados para não contaminar ou violar o processo. Finalmente, ressalta-se aspectos da polícia judiciária do Brasil que sofre por falta de investimento e basta um defensor atento para anular a maior parte de uma investigação criminal, por isso abordaremos as principais violações do devido processo legal durante a reunião de provas no inquérito policial. Exemplo: violação do art. 304, 304 § 4o, 306, CPP, além da morosidade das investigações violando brutalmente os direitos fundamentais.

Palavras-chave: Constituição. Direitos Fundamentais. Cidadão. Estado. Polícia judiciária. Devido processo legal.

SUMMARY: This study aims to highlight the efficiency of the preservation of fundamental rights during the legal proceedings and due process. In principle, it is an analysis of the rights violated in practice in the course of due process and adjustments of public administration. Sometimes a lack of personnel in the public service or equipment, others for violating the constitutional or legislative rules. It

demonstrates the need for obedience compliance with core standards. It is analyzed that most states do not have enough sinew to ensure, attacking the rights of the citizen, victim or not the state. Lists is, as example, the main fundamental rights of the prisoner, highlighting the aspects violated. To bring the study to our reality, based on studies, teaching and participating in the criminal prosecution as Registrar Police. The state "must" respond objectively for damage caused to its agents and citizens violators of the law, limiting the punitive function of the State. Fundamental rights need to be respected. The Federal Constitution is only the father of standard such rights. Immediate applicability is among them. In criminal matters, the investigation stage is sensitive and should take a lot of care not to contaminate or violate the process. Finally, we emphasize aspects of the judicial police in Brazil suffering from lack of investment and simply an attentive defender to cancel most of a criminal investigation, so we will cover the major violations of due process during the meeting of evidence in the police investigation . Example: violation of Art. 304, 304 § 4, 306, CPP, in addition to the slow pace of investigations brutally violating fundamental rights.

Keywords: Constitution. Fundamental rights. Citizen. State. Judiciary Police. Due process.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS PARADIGMAS. 1.1 Definição dos Direitos Fundamentais e sua abordagem na CF. 1.2 Características dos Direitos Fundamentais e Humanos. 1.3 São titulares dos direitos fundamentais. 1.4 Contraditório, separação entre acusação e órgão julgador, publicidade, ampla defesa e presunção de inocência. 1.5 Garantias em relação a pena e ao processo. 1.5.1 Garantias em relação ao delito. 1.5.2 Garantias relacionadas ao processo. 2 A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL. 2.1 Direitos violados no devido processo legal. 3 EGO JURÍDICO SOCIAL E A LEI 11..340/2006. 4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO PRESO: UMA QUESTÃO DE DIGNIDADE E RESPONSABILIDADE SOCIAL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O artigo que será apresentado tem como intuito destacar a importância da proteção dos direitos fundamentais diante o decurso do devido processo legal. Neste sentido serão tratados princípios e medidas que devem ser respeitadas para garantir que seja evitado algum tipo de prejuízo, principalmente a dignidade da pessoa humana.

A meta do presente artigo é averiguar a efetividade da submissão do devido processo legal aos direitos fundamentais e se existe reparação civil do dano. O princípio do devido processo legal é um princípio genérico. Dele emana a

fundamentação de vários outros, pois é o princípio reitor de todo o arcabouço jurídico processual. Pode-se afirmar que no sistema jurídico brasileiro, o devido processo legal substancial está fundado na garantia dos direitos fundamentais do cidadão.

A elaboração deste trabalho será baseada em doutrinas que conceituam os principais enfoques desta, Constituição Federal de 1988, códigos, estatutos que podem ser relacionados, jurisprudência aplicada ao tema, artigos e revistas jurídicas. Diversos questionamentos serão levantados, de grande importância para a sociedade e juridicamente para uma posição mais adequada do Estado. O Estado responde por danos causados pelos seus agentes, por uma conduta comissiva ou omissiva, lícita ou ilícita? Deve o Estado indenizar os danos patrimoniais ou morais que seus agentes, atuando em seu nome, ou seja, na qualidade de agentes públicos, causem à esfera juridicamente tutelada dos particulares? Dessa forma, vamos descobrir qual é o limite da atuação do poder estatal.

O devido processo legal visa impor limites à função punitiva do Estado. Não basta dizer que o bem jurídico está sob tutela contra ataques de terceiros. O bem jurídico também deverá estar garantido contra ataques do próprio Estado, a pretexto de aplicação do Direito Penal. A pessoa que pratica uma infração penal merece a punição do Estado, prevista na nossa legislação. Contudo, para aplicação desta punição há que ser respeitado o direito do autor da infração, também previsto na nossa legislação. Por isso, abordarei os princípios relativos à garantia do devido processo legal.

Quanto aos Direitos Fundamentais, trataremos suas características, tais como: Universalidade, Caráter absoluto, historicidade, inalienabilidade/indisponibilidade, constitucionalização, vinculação dos Poderes Públicos, aplicabilidade imediata, indivisibilidade, abertura e eficácia, harmonização ou concordância prática, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, concorrência e principalmente a efetividade.

Ao estudarmos a submissão do devido processo legal aos direitos fundamentais, iremos discutir o processo penal brasileiro, as leis especiais que trouxeram medidas sensíveis que hoje ainda são discutidas pelos tribunais plenos e juristas, como a Lei 11.340/2006. As vítimas tem usado a Lei como mecanismo de ego jurídico social e muitas vezes o “possível” autor tem padecido diante das medidas protetivas na lei.

Por fim, demonstrando a influência do tema que será aprofundado, no desenvolver do trabalho serão então explorados os estudos e analisado as

pesquisas para que os resultados esperados sejam alcançados, de modo que haja uma conclusão efetiva sobre a problemática.

1. Direitos fundamentais e seus paradigmas

O presente Capítulo será apresentado à definição e diversidades que norteiam o tema. Serão abordadas características e garantias dos direitos fundamentais. O foco é demonstrar a omissão estatal em face do devido processo legal pré-processual. A Constituição Federal de 1988 teve um cuidado especial com os direitos fundamentais. E não poderia ser diferente, pois os direitos fundamentais são prerrogativas para as pessoas assegurar uma vida digna. As pessoas cumprem o seu dever e adéquam o seu comportamento quando percebem que as prestações que lhes são exigidas são legítimas, entretanto, no Brasil, verifica-se a ausência de um sentimento constitucional em razão de um cenário legislativo distante da realidade social e de raízes herdadas do processo de colonização, com a imposição das normas do ordenamento jurídico pelos governantes sem qualquer interação ou manifestação social.

1.1 Definição dos direitos fundamentais e sua abordagem na Constituição Federal de 1988.

Os direitos fundamentais foram surgindo em momentos distintos, conforme a necessidade de cada época. Dando origem às chamadas gerações de direitos fundamentais. Agora, tendo em conta que o surgimento de novas gerações não importa na eliminação das anteriores, parte da doutrina tem preferido pelo termo dimensão.

Destaca-se que não há direito fundamental absoluto. Exemplo: Não se deve atribuir um caráter absoluto ao direito à vida, sendo plenamente possível que ele venha a ceder em face de outros princípios que forneçam razões mais fortes. Vale lembrar que a própria Constituição de 1988 consagra a pena de morte no caso de guerra declarada. É uma regra resultante de uma ponderação feita pelo poder constituinte originário, na qual foi atribuído um peso maior à soberania nacional do que ao direito à vida.

O art. 5, § 1º, dispõe que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Logo, cabe aos poderes públicos (Judiciário, Legislativo e Executivo) desenvolver esses direitos. Isso, porém, não quer dizer – como ressalta José Afonso da Silva – que todos os direitos e garantias fundamentais venham sempre expressos em normas de eficácia plena ou contida.

O STF, em suas decisões, de forma geral, tem deferido aos direitos e garantias fundamentais a aplicação imediata, o que fez de forma expressa, quando do julgamento do RE 136.753 (impenhorabilidade da pequena propriedade rural trabalhada pela família), bem como por ocasião do julgamento da Extradicação 986, e do MI 712 – Direito de Greve dos Servidores Públicos.

A efetividade está relacionada à produção concreta de efeitos. O fato de uma norma existir, ser válida, vigente e eficaz não garante, por si só, que os efeitos por ela pretendidos serão efetivamente alcançados. É imprescindível que a norma exerça sua intenção, atenda à função social para a qual foi criada. Algumas normas constitucionais, em especial as que tratam de direitos fundamentais sociais, apresentam sérios problemas de efetividade em razão de limites orçamentários ou de omissões inconstitucionais em sua regulamentação. Ex: moradia (CF, art. 6.º), proteção do emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa (CF, art. 7.º, I) direito de greve dos servidores públicos (CF, art.37, VII).

1.2 Características dos Direitos Fundamentais e Humanos.

Os direitos individuais são aqueles vistos a pessoa para defender contra as decisões do Estado ou de outros particulares. As garantias individuais, por seu lado, são os dispositivos para garantir a execução desses direitos. Os direitos e garantias individuais, apesar de consagrados de forma sistemática no art. 5.º da Constituição brasileira de 1988, não se restringem a esse dispositivo, encontrando-se espalhados por toda a Constituição.

A Constituição não proíbe a reparação para o aprimoramento, mas sim uma alteração eliminatória ou diminutiva de sua essência, capaz de afetar a identidade constitucional. O desafio da jurisdição constitucional é encontrar um ponto de equilíbrio da preservação do núcleo essencial da Constituição. Uma emenda constitucional que tende a lesar direitos e garantias individuais provem de inconstitucionalidade.

Dessa forma, dispõe o Art. 60. § 4º CF Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

Destaca-se que o legislador em seu poder reformador respeitando os limites constitucionais poderá através de emenda alterar a redação constitucional. Contudo, deverá respeitar as garantias alcançadas, tais como: o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido.

JORNADA – ATO JURÍDICO PERFEITO E ACABADO – CLÁUSULA PÉTRETA. Ante a existência de situação jurídica aperfeiçoada, descabe modificar, em prejuízo do servidor, a jornada de trabalho.

(STF - MS: 25875 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/10/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014)

“As cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao poder constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo poder constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio poder constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas.” (ADI 815, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 28-3-1996, Plenário, DJ de 10-5-1996.)

(A Constituição e o Supremo, 2011, p. 1024)

“O STF admite a legitimidade do parlamentar – e somente do parlamentar – para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo. Precedentes do STF: MS 20.257/DF, Min. Moreira Alves (leading case) (RTJ 99/1031); MS 20.452/DF, Min. Aldir Passarinho (RTJ 116/47); MS 21.642/DF, Min. Celso de Mello (RDA 191/200); MS 24.645/DF, Min. Celso de Mello, DJ de 15-9-2003; MS 24.593/DF, Min. Maurício Corrêa, DJ de 8-8-2003; MS 24.576/DF, Min. Ellen Gracie, DJ de 12-9-2003; MS 24.356/DF, Min. Carlos Velloso, DJ de 12-9-2003.” (MS 24.667-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 4-12-2003, Plenário, DJ de 23-4-2004.)

(A Constituição e o Supremo, 2011, p. 1024)

“O STF já assentou o entendimento de que é admissível a ação direta de inconstitucionalidade de emenda constitucional,

quando se alega, na inicial, que esta contraria princípios imutáveis ou as chamadas cláusulas pétreas da Constituição originária (art. 60, § 4º, da CF). Precedente: ADI 939 (RTJ 151/755)." (ADI 1.946-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 29-4-1999, Plenário, DJ de 14-9-2001.)

(A Constituição e o Supremo, 2011, p. 1024)

Os direitos humanos são tratados de forma especial no que tange ao seu valor diante a Constituição Federal de 1988. Podem, entretanto possuir status de supralegalidade ou constitucionalidade e estão intimamente ligadas as liberdades fundamentais. A Emenda Constitucional 45/04 incrementou um ideal no que tange aos tratados internacionais de Direitos Humanos e sua hierarquia constitucional. Rol ampliativo das garantias fundamentais.

Exibe-se a evolução dos tratados internacionais de direitos humanos ao adotar de forma explícita na Constituição Federal, art. 5º §§ 1º e 2º:

"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: (...)

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

§ "2º Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados e convenções internacionais em que a república federativa do Brasil seja parte."

1.3 São titulares dos direitos fundamentais

Brasileiros natos ou naturalizados, estrangeiros residentes no Brasil, estrangeiros em trânsito pelo território nacional e quaisquer pessoas alcançadas pela lei brasileira. O STF faz uma leitura ampliativa dos direitos fundamentais. Os estrangeiros residentes no Brasil e em trânsito pelo território são titulares de alguns direitos fundamentais. Art. 5º, CF 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.

Há direitos fundamentais que podem ser usufruídos por todos, mas há direitos restritos a determinadas classes. Podem ser titulares dos direitos compatíveis com a sua natureza.

Pessoa jurídica não tem direito à liberdade de locomoção, por isso não pode ser concedido um habeas corpus em favor dela.

1.4 Contraditório, separação entre acusação e órgão julgador, publicidade, ampla defesa e presunção de inocência.

O art. 5º, IV, da CF/88, nos traz, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Observa-se que o contraditório e a ampla defesa deve ser preservada em qualquer processo. O legislador não foi preciso, por isso existem divergências doutrinárias. Ex. Há quem entenda que o inquérito policial existe, outros não.

Os autores que negam o contraditório, não considera a investigação preliminar como “processo” administrativo, mas sim “procedimento”. Explica-se por não haver juiz ou decisão punitiva. Entende como peças informativas, com escopo de buscar provas de autoria e materialidade. A junção destes procedimentos serve apenas para o convencimento do titular da ação penal, denunciar ou não o “suposto” autor do crime.

Alexandre de Moraes declara:

O contraditório nos procedimentos penais não se aplica aos inquéritos policiais, pois a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo, pois, mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, o Ministério Público.

O nosso sistema processual é antigo. Seu foco na época era tornar mais rígido os procedimentos criminais em face do governo autoritário. A Constituição democrática de 1988 trouxe diversas garantias e direitos fundamentais. O código de Processo Penal prevê a coleta inicial das provas, através do inquérito policial, presidido por um Delegado de Polícia. Sendo que as garantias constitucionais iniciam-se quando na ação penal e em juízo.

Na prática, percebo claramente a violação da maioria dos procedimentos pré-processual. Não há efetivo de pessoal suficiente, a busca incessante de provas violando direitos e garantias individuais, sem contar a usurpação de função por parte de outros cargos, exercendo atribuição de delegados.

As investigações não são acompanhadas pelos Delegados, ficando aptas a um relatório ineficaz e a liberdade do indiciado. Os autos vivem retornando ao Ministério Público para serem realizados procedimentos burocráticos, em sua maioria desnecessária. Onde a celeridade deveria ser a regra, o sistema burocratiza e as vítimas tendem a desconfiar do trabalho da atividade de polícia judiciária.

Ao delegado indiciar, mesmo não sendo um ato formal, já existe uma situação fragilizada para o investigado. É comum o delegado ou escrivão ao reduzir a termo de interrogatório como uma oportunidade de defesa. Percebo uma incoerência a não haver contraditório nesta fase ou seria uma antecipação da fase judicial? Dessa forma, torna-se claro que deve reformular os sistemas e assegurar à fase pré-processual o contraditório e a ampla defesa, transformando o inquérito em “processo” no sentido amplo.

1.5 Garantias em relação a pena e ao processo

1.5.1 Garantias em relação ao delito

1.5.1.1 Princípio da lesividade ou ofensividade: não a necessidade de lei penal sem lesão; não há necessidade se não há também uma relevante e concreta lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado. Destaca-se que a lei penal é a ultima ratio, ou seja, é último recurso ou último instrumento a ser realizado pelo Estado.

1.5.1.2 Princípio da exterioridade da ação: não há lesão sem conduta ou que proíbe a criação de tipos penais que punam o modo de pensar, o estilo de vida. Há somente a punição pela ação ou omissão do homem, pois o direito penal é do fato e não do autor.

1.5.1.3 Princípio da culpabilidade: não há conduta sem dolo e sem culpa. Deve-se apurar o grau de culpa (dolo ou culpa stricto sensu) para então dosimetrar a punição pela prática humana. O sujeito só pode ser responsabilizado se a sua conduta ofensiva for dolosa (quis o fato ou assumiu o risco de produzi-lo) ou culposa (deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia). Em regra, os tipos penais são dolosos. Os tipos culposos deve ter previsão expressa.

1.5.2 Garantias relacionadas ao processo

1.5.2.1 Princípio da jurisdicionariedade: não há culpa sem o devido processo legal ou não há reconhecimento de culpa sem que o órgão jurisdicional a reconheça;

1.5.2.2 Princípio acusatório: não há processo sem acusação.

O poder judiciário não afirma o direito de ofício, devendo ser provocado; o referido poder é inerte (princípio da inércia). Frederico Marques dizia que "o juiz é um expectador de pedra", ou seja, por ser inerte não pode agir;

1.5.2.3 Princípio do ônus da prova: não há acusação sem provas que a fundamente, ou não há acusação sem a existência de prova ou suficiente indício de autoria;

1.5.2.4 Princípio da ampla defesa e do contraditório: não há prova sem ampla defesa. Ampla defesa é o direito de rebater as acusações que lhe são feitas, por todos os meios de prova lícitos. A ampla defesa traduz o direito que tem o interessado de, quando acusado, defender-se das acusações da maneira mais ampla e livre possível. Contraditório tem a ver com equilíbrio processual, de partes. É um duelo entre autor e réu, acusação e defesa. Só tem justiça se ambas as partes tiverem as mesmas armas. O princípio do contraditório (associado ao princípio da paridade de armas) determina que o interessado tem o direito de se manifestar no processo, contraditando (contradizendo) as argumentações que lhe sejam contrárias. Assim, sempre que a Administração produzir prova deve ser dada ao interessado a oportunidade de também produzir prova ou sobre ela se manifestar. Contraditório, então, é prova e contraprova, argumentação e contra-argumentação.

Súmula Vinculante nº 3: se depois do ato já concedido, o TCU for anular ou revogar, é

preciso dar o contraditório e a ampla defesa. Súmula Vinculante nº 5: a presença de advogado do PAD é facultativa.

2. A efetividade dos direitos fundamentais no processo penal

O estado "povo" que almeja ter conhecida sua política como democrática, tem o empenho de assegurar o respeito aos direitos fundamentais de seus cidadãos, mesmo quando os interesses do Estado possam ser minimizados. Contudo, sobreveio que a persecução penal foi dividida em duas etapas. A primeira manifestada no inquérito, sendo a polícia judiciária responsável. A segunda seria o processo judicial, sob alçada de um juiz.

Contraditório tem a ver com equilíbrio processual, de partes. É um duelo entre autor e réu, acusação e defesa. Só tem justiça se ambas as partes tiverem as mesmas armas. O princípio do contraditório (associado ao princípio da paridade de armas) determina que o interessado tem o direito de se manifestar no processo, contraditando (contradizendo) as argumentações que lhe sejam contrárias. Assim, sempre que a Administração produzir prova deve ser dada ao interessado a

oportunidade de também produzir prova ou sobre ela se manifestar. Contraditório, então, é prova e contraprova, argumentação e contra-argumentação. Súmula Vinculante nº 3: se depois do ato já concedido, o TCU for anular ou revogar, é preciso dar o contraditório e a ampla defesa. Súmula Vinculante nº 5: a presença de advogado do PAD é facultativa. Este princípio foi trazido pela constituição no Art. 5º, inciso LV.

A necessidade de observância e respeito por parte do Poder Constituinte aos direitos fundamentais conquistados por uma sociedade e sobre os quais haja um consenso profundo é conhecida como princípio da proibição de retrocesso (“efeito cliquet”). Hipótese de violação deste princípio seria a consagração da pena de morte, além do caso de guerra declarada previsto na atual Constituição (CF, art. 5.º, XLVII, a), em uma Constituição futura.(Novelino, 2014)

Percebe-se que o princípio do contraditório não se faz presente no inquérito policial, devido ser um procedimento administrativo, não decidindo a punibilidade do suspeito. A justificativa seria que as diligências realizadas pela polícia não teria eficácia porque o infrator esconderia as provas. Dessa forma, o individuo teria o contraditório assegurado posteriormente, não ensejando inconstitucionalidade já que o inquérito dispensa.

No entanto, não raras vezes, a polícia tem de tratar com a produção de provas irrepetíveis. São provas que não poderiam ser renovadas, seja por sua probabilidade de desconstituição ou por ser de grande relevância. Acredito que o novo Código de Processo penal, se aprovado, regulamentará de forma precisa esta matéria de suma importância para a segurança jurídica dos cidadãos.

2.1 Direitos violados no devido processo legal

O artigo 5º, inciso LIV da constituição federal, nos trás a seguinte redação:

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:

LIV – ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal”.

A cláusula genérica do devido processo legal tutela os direitos e as garantias típicas ou atípicas que emergem da ordem jurídica, desde que fundadas nas colunas democráticas eleitas pela nação e com o fim último de oferecer oportunidades efetivas e equilibradas no processo. Aliás, essa salutar atipicidade vem também corroborada pelo art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (Lucon, 1999, p. 66).

Além da Constituição Federal, a convenção de São José da Costa Rica, também assegura o princípio do devido processo legal em seu art. 8º.

3. Ego jurídico social e a lei 11.340/2006.

A Lei Maria da Penha, 11.340/2006, trouxe em seu Art.7º, II, formas de violência doméstica e familiar contra mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

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;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

É comum a chegada de diversas vítimas na delegacia, noticiando que seu marido lhe agrediu verbalmente, exigindo da polícia que restrinja a liberdade de seu marido. A lei garante a assistência e proteção nesta situação. Contudo, qual é o limite? Entende-se que a lei vitimizou a mulher, sem cuidar do contexto social. A família é uma união de personalidades e sensíveis a eventuais desentendimentos. As delegacias e o judiciário foram transformados em terapia familiar. Na maioria das vezes, a vítima se satisfaz apenas a ver o autor preso por alguns minutos ou no máximo que durma na delegacia e no outro dia corre para assinar o termo de renúncia. A polícia vive um retrabalho pela manipulação das vítimas, na realidade, quem é a vítima de toda essa situação? Na maioria o próprio autor ou o Estado.

4. Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e responsabilidade social.

A Constituição Federal proíbe as penas cruéis e garante ao cidadão-preso o respeito à integridade física e moral. A maior parte da população entende que o preso deixa de possuir direitos, devido ser infrator da legalidade. O preso é apenas restringido de alguns direitos do cidadão devido estar privado de sua liberdade. Contudo, a dignidade, princípio tão utilizado e zelado por todos operadores do direito, deve ser preservada.

Ao analisarmos a situação dos detentos do presídio do Distrito Federal, temos uma realidade melhor em comparação aos demais Estados, mas longe de preservar todos os direitos do preso. O Estado tem se omitido atrás das contas públicas e no limite fiscal. O preso já não tem segurança jurídica para manter a dignidade enquanto estar privado de sua liberdade.

Na penitenciária do Distrito Federal, percebemos: ausência de trabalho interno, cursos, alimentação adequada e superlotação das celas. Observa-se que em outros Estados, a insalubridade é muito pior. A impossibilidade de políticas públicas de ressocialização do detento tem agravado seriamente a dignidade da pessoa humana. Na prática, o cidadão perde muito mais que sua liberdade. Perde sua dignidade. Está submetido a todo tempo a vexame e acaba se

sentindo um nada. O preso ao ser posto em liberdade sem possibilidade de adaptação terá maior probabilidade em continuar no mundo do crime.

Dessa forma, no período em que a garantia dos direitos fundamentais e o respeito à dignidade do cidadão-presos, é indispensável que o Direito Penal seja interpretado à luz da Constituição e compreendido como *ultima ratio*, no sentido de atuar apenas quando os demais ramos do direito forem incapazes de tutelar os bens relevantes à vida do indivíduo e da própria sociedade. Do contrário, continuará servindo como instrumento de supressão social, e em pouco tempo não haverá mais lugar para o homem nas casas prisionais.

Por fim, destacamos algumas alternativas para que o Estado atue de maneira a dirimir as violações dos direitos fundamentais. Tais como: utilizar parte de seus terrenos para produção agrícola, fazer consórcio com uma rede de educação para abranger cursos a todos os presos, descontando em sua pena e o ressocializando o mais breve possível.

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais são prerrogativas para assegurar uma vida digna. Entretanto, a imposição para assegurar a celeridade processual e o próprio cumprimento da lei em tese, tem violado diretamente o cidadão, sujeito de direito. Conforme demonstrado, os direitos fundamentais não se restringem ao art. 5º da CF. Apesar de *Clausula pétre*a, pode-se então aprimorar, então porque não respeitar já o de direito.

Não é possível falar de direitos fundamentais sem incluir os direitos humanos. Na CF por si só já possui status supralegal. Destacamos que os direitos fundamentais se estendem aos estrangeiros residentes ou em trânsito. Ao comentarmos sobre o devido processo legal, sistema de preservação da liberdade ou de seus bens, destacamos procedimento inicial, que se deve ter cuidado, "o inquérito policial": procedimento administrativo que busca com a investigação a materialidade e autoria do delito. Tem como características: procedimento administrativo; inquisitivo: não tem contraditório exceto: em casos de expulsão de estrangeiro; sigiloso: não abrange o Juiz, MP e o Advogado; Discricionariedade: o delegado conduz o inquérito na forma que achar mais conveniente; Oficialidade: conduzido por um órgão oficial do estado.

Sob as perspectiva atual, lemos muito quanto ao ego jurídico social. Como fico muito tempo em delegacia policial, percebo claramente a utilização da lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) como artefato de dar "apenas um gelo" no marido. Sendo o mais comum encontrarmos até no mesmo dia da comunicação da infração

a assinatura no termo de renúncia. Acarreta dessa forma, tumulto no trabalho policial. Às vezes o autor tem sua liberdade restrita apenas por ter agredido verbalmente a mulher, não se sabendo a reciprocidade nas ofensas. Este marido, pai de família, é jogado junto com os demais criminosos, passando uma noite degradante na delegacia, sujeitando-se a um nível de humilhação imensurável.

O outro passo seria a penitenciária do Distrito Federal. Meio que deveria ser para ressocialização, mas sem planejamento governamental. Nosso desenvolvimento nos trouxe falhas visíveis da não preservação dos direitos fundamentais até mesmo na fase pré-processual. Dissertamos a cerca da atividade prática da atividade de polícia judiciária e a real necessidade de reformulação de modelo. Os direitos fundamentais são tratados na CF de forma especial, citados no art. 60 § 4º.

Por fim, destacamos meios essenciais para um controle eficaz de submissão dos direitos fundamentais. Implantamos a ideia de o inquérito transformar em processo e adquirir a ampla defesa e o contraditório.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 15ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: RT. 2ª ed. 1996.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

Processo Penal. 15ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006.

DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 10ª ed. São Paulo: Método, 2006.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo e Execução Penal. São Paulo: Ed. RT, 2005.

PATRIMÔNIO E ESTRUTURA FERROVIÁRIA NO TEMPO E NO ESPAÇO: análise, perspectivas e projeções do trecho metropolitano São Gabriel/Jardim Colonial, Grande Belo Horizonte - MG

VAGNER LUCIANO DE ANDRADE: Educador e Mobilizador socioambiental, Bacharel/Licenciado em Geografia e Análise Ambiental (UNI-BH) e graduado em Biologia/Licenciatura (Patrimônio Natural) e História/Licenciatura (Patrimônio Cultural) com oito especializações na área pedagógica.

RESUMO: Introdução: O município de Ribeirão das Neves, criado em 1953 e integrante da Grande Belo Horizonte, desde 1973, possui área territorial de 154.180 km², população de 303.029 habitantes dispersos em inúmeros bairros, loteamentos e vilas distribuídos em dois distritos e quatro áreas regionais. Objetivo: discutir as relações interdisciplinares entre Direito Ambiental, Ecologia Cidadina; Patrimônio Cultural; Mobilidade Urbana e Transporte Público no Contexto da RMBH – Região Metropolitana de Belo Horizonte (MG). Metodologia: O presente estudo aborda, a partir de trabalhos de campo e reconhecimento local, a possível expansão da estrutura metroferroviária, a partir da Estação Vilarinho, passando por Venda Nova, Justinópolis, Sede Municipal e chegando à região do Veneza, no trevo de Esmeraldas. Resultados e Discussão: após a extensão da linha férrea ao município, o sistema seria composto por uma linha ligando o Jardim Colonial ao Anel Rodoviário com projeção de dezessete estações de embarque, desembarque e integração física e tarifária com outros modais de transporte, em especial, ônibus e micro-ônibus. O município carece de infraestrutura no que se refere à lazer, entretenimento e qualidade de vida, sendo viável como compensação ambiental, a criação de um amplo corredor ecológico e cultural no município com espaços culturais e grandes parques urbanos. Conclusão: Faz-se necessário, e, portanto, emergencial, sua discussão junto às comunidades locais com vista à realocação de políticas públicas que fomentem a implantação e ampliação do sistema metroferroviário ao município.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Ambiental, Ecologia Cidadina; Patrimônio Cultural; Mobilidade Urbana; Transporte Público.

ABSTRACT: Introduction: The municipality of Ribeirão das Neves, created in 1953 and a member of Greater Belo Horizonte, since 1973, has a territorial area of 154,180 km², a population of 303,029 inhabitants dispersed in countless neighborhoods, subdivisions and villages distributed in two districts and four regional areas.

Objective: to discuss the interdisciplinary relations between Environmental Law, City Ecology; Cultural heritage; Urban Mobility and Public Transport in the Context of RMBH - Metropolitan Region of Belo Horizonte (MG). Methodology: The present study addresses, from fieldwork and local recognition, the possible expansion of the metro-railway structure, from the Vilarinho Station, through Venda Nova, Justinópolis, Municipal Headquarters and arriving at the Venice region, at the Esmeraldas interchange. Results and Discussion: after the extension of the railway line to the municipality, the system would consist of a line connecting the Jardim Colonial to the Ring Road with projection of seventeen embarkation, disembarkation and physical and tariff integration stations with other modes of transport, in particular, buses and minibuses. The municipality lacks infrastructure with regard to leisure, entertainment and quality of life, being viable as environmental compensation, the creation of a broad ecological and cultural corridor in the municipality with cultural spaces and large urban parks. Conclusion: It is necessary, and therefore emergency, to discuss it with local communities with a view to reallocating public policies that foster the implantation and expansion of the metro-rail system to the municipality.

KEYWORDS: Environmental Law, City Ecology; Cultural heritage; Urban mobility; Public transportation.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva debater as possibilidades de melhorias em termos de Mobilidade Urbana e Transporte Público no Contexto da RMBH – Região Metropolitana de Belo Horizonte (MG) através da discussão de ampliação da linha férrea e estações ferroviárias a partir da Estação Vilarinho até o Trevo da Cidade de Esmeraldas, na BR 040, altura do Bairro Veneza, passando por Ribeirão das Neves e pelo Distrito de Justinópolis. Uma discussão dessa vai além da questão orçamentária inicialmente necessária para execução das obras. É relevante mobilizar comunidades e poder público para ações emergenciais que viabilizem futuramente a operação da Linha São Gabriel/Jardim Colonial até o ano de 2030. Esta linha partiria do traçado a partir de São Gabriel atingiria as regiões mencionadas, após o Terminal Vilarinho. A linha São Gabriel/Jardim Colonial estaria conectada ao terminal metropolitano de ônibus do Jardim Colonial, previsto desde 2010 e ainda não construído pelo governo estadual. Assim, a ausência de um patrimônio e estrutura ferroviária no município de Ribeirão das Neves no tempo e no espaço se torna um fato ofensivo quando se pensa em otimizar a mobilidade urbana em seu contexto de contínuo crescimento urbano e populacional. Sendo uma das maiores cidades da Grande Belo Horizonte - MG, com agravantes no transporte coletivo em profícua ascensão, faz-se necessário a análise do trecho, delineando suas perspectivas de projeções. Esse trabalho foi especialmente preparada para o 4º Simpósio Científico do ICOMOS Brasil ocorrido

concomitantemente com o 1º Simpósio Científico ICOMOS-LAC (Figura 01), na cidade do Rio de Janeiro entre 10 e 12 de novembro de 2020, tendo sofrido alterações adaptativas ao isolamento social imposto pela Pandemia da COVID-19.

Figura 01 - 4º Simpósio Científico do ICOMOS Brasil / 1º Simpósio Científico ICOMOS-LAC

Rio de Janeiro – 10 a 12/11/2020



Fonte: <https://www.even3.com.br/simposioicomos2020/>

Atualmente o trecho metropolitano São Gabriel/Jardim Colonial é composto por apenas cinco estações componentes da linha 01 - Azul (Vilarinho/Eldorado), construída durante dezesseis anos, entre 1986 e 2002. Em meados da década de 2000, os trens circulavam parcialmente com viagens contínuas entre São Gabriel e Eldorado, e viagens com menos horários entre São Gabriel e Vilarinho que obrigavam os usuários a fazerem baldeações entre os dois trens. Posteriormente a linha passou a circular no trecho total de 28,1 km e dezenove estações. A Estação Terminal do metrô São Gabriel (anteriormente denominada Matadouro e posteriormente São Paulo) localiza-se na Avenida Cristiano Machado, n.º 5.600, entre o Anel Rodoviário e a Avenida Risoleta Neves (Via Municipal 240/Rodovia Estadual MG 020) entre os bairros Palmares, Primeiro de Maio, São Gabriel, São Paulo, na zona leste de Belo Horizonte (Regional Administrativa Nordeste). Ela é um terminal de transporte coletivo intermodal classificado como de grande porte, integrando o metrô e várias outras linhas municipais de ônibus alimentadoras das zonas nordeste/leste (Regionais Administrativas Nordeste e Norte) de Belo Horizonte e Região Metropolitana de Belo Horizonte, recebendo linhas de ônibus intermunicipais das municipalidades de Caeté, Nova União, Sabará, Santa Luzia e Taquaraçu de Minas. Existem ao lado da estação metroferroviária (Figura 02), dois setores de embarque e desembarque de ônibus para transferência e integração tarifária entre os dois modais: setor Oeste (Estação Municipal São Gabriel) e Setor Leste (Terminal

Metropolitano São Gabriel), ambos integrados ao MOVE, o sistema de BRT da Avenida Cristiano Machado. A ideia é que o terminal opere da seguinte forma: setor oeste, linhas municipais e o setor leste, linhas rodoviárias. As linhas metropolitanas serão remanejadas para a Estação José Cândido da Silveira, localizada na avenida homônima, altura dos Bairros Dom Joaquim, Nossa Senhora da Penha e Santa Inês, que por sua vez, passa a se denominar Terminal Penha. A contrapartida ambiental pelos impactos ocasionados é a ampliação dos Parques Renato Azeredo e Reserva Ecológica do Bairro União (Parque da Matinha).

Figura 02 - Estação Metroferroviária de São Gabriel



Fonte: <http://meustransporte.blogspot.com/2014/03/em-bh-embarque-e-desembarque-na-estacao.html>

Em 2009, a Prefeitura de Belo Horizonte anunciou o local de constituição da nova Rodoviária da capital mineira, com desapropriação de uma vila, ao lado da Estação Metroferroviária, no setor leste, ao lado do Terminal Metropolitano São Gabriel, sendo que as estações e terminais seriam conectados. A previsão era que em julho de 2012 se principiasse a edificação e ao final de 2013, a operação, suprimindo a atual que se localiza no Centro, na Praça Rio Branco. Com a inauguração da estrutura, a estimativa era de aumento do movimentação da Nova Estação Rodoviária de 60.000 para 100.000 passageiros/dia. Porém se o congestionamento que será

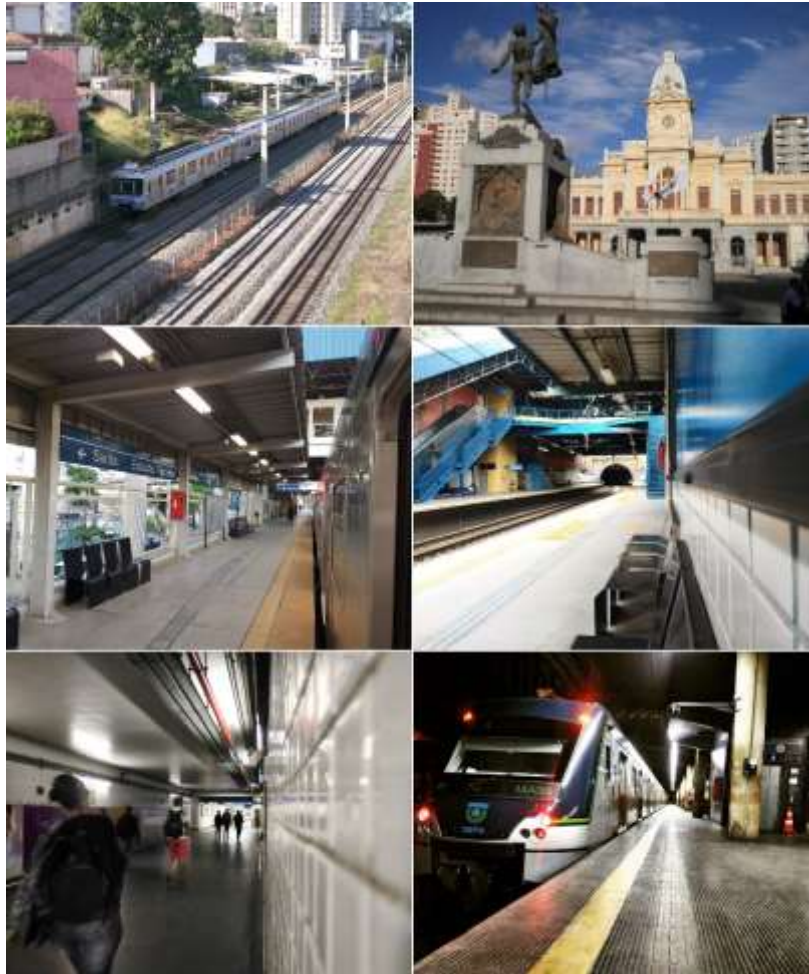
tirado da área central, este será transferido para o já saturado Anel Rodoviário Celso Mello de Azevedo com linhas vindo da MG 005, 010, 020, 030, 040, 050 e 060 e das BR 040, 262, 356 e 381. Segundo reportagem veiculada no Jornal O Tempo (2019, on line):

Entre promessas e adiamentos, o anúncio do projeto de um novo terminal rodoviário no bairro São Gabriel, na região Nordeste de Belo Horizonte, está completando dez anos sem sair do papel e sob a ameaça de cair no esquecimento. No terreno de 70 mil metros quadrados – onde a rodoviária já deveria funcionar desde 2012, conforme o plano inicial –, não há sinal de obras, e o que se vê é apenas mato, já que até o trabalho de terraplenagem, executado há cerca de três anos, perdeu-se com a ação do tempo.

A construção do terminal, que se arrasta por três gestões municipais e já custou mais de R\$ 30 milhões somente com desapropriações, esbarra agora na ausência de um projeto viário para o entorno, o que ainda vai demandar a remoção de outros 27 imóveis. Em março de 2018, o prefeito Alexandre Kalil (PHS) chegou a chamar a nova rodoviária, aprovada no primeiro governo do ex-prefeito Marcio Lacerda, de “aberração” e praticamente descartou a possibilidade de dar início à obra, temendo a piora do trânsito no Anel Rodoviário.

O ideal era que a cidade tivesse quatro estações rodoviárias para cada entrada: norte, leste, sul e oeste, ou seja, além da São Gabriel, seriam imprescindíveis uma no Barreiro, outra no Belvedere e outra em Venda Nova. Ultimamente, determinadas linhas interestaduais, durante feriados, como no carnaval, onde há aumento de saída, partem do setor oeste da Estação São Gabriel para cidades de Minas Gerais, outras regiões do Brasil, no sentido de retirar parte do tráfego da Rodoviária Israel Pinheiro e, logicamente, da área central de Belo Horizonte. A Estação do Metrô Primeiro de Maio (Figura 03), inicialmente denominada de Dona Clara, encontra-se situada entre as Estação São Gabriel e Waldomiro Lobo, sendo inaugurada em 2002. destaca-se pelo pontilhão sobre a Avenida Cristiano Machado, altura do Bairro Suzana.

Figura 03 - Estação Metroferroviária de Primeiro de Maio



Fonte: <https://www.cbtu.gov.br/index.php/pt/belo-horizonte/>

A Estação do Metrô Waldomiro Lobo foi estabelecida em 2002, sendo a última estação da rede de Belo Horizonte edificada até agora. A estação inserida na confluência da Avenida Waldomiro Lobo, com Cristiano Machado, entre os Bairros Guarani e São Bernardo, surgiu nos projetos de extensão da Linha 1 do Metrô em 1998. Por meio do levantamento de US\$ 197,34 milhões (sendo US\$ 99 milhões do BIRD e US\$ 98,34 milhões de investimento do Tesouro Nacional), a CBTU ampliou a Linha 01 (Azul - Eldorado/Vilarinho) em 6,6 km de extensão entre São Gabriel e Vilarinho, incluindo a estação Waldomiro Lobo (Figura 04). Concretizadas entre 1999 e 2002, as obras da estação Waldomiro Lobo, quase totalmente subterrânea foram entregues em julho de 2002.

Figura 03 - Estação Metroferroviária de Waldomiro Lobo



Fonte:

<https://www.cbtu.gov.br/index.php/pt/belo-horizonte/>

A Estação do Metrô Floramar (Figura 05), situada entre Floramar e Heliópolis, foi inaugurada em 2002, entre as Estação Waldomiro Lobo e Vilarinho. A Estação Vilarinho é um terminal intermodal de transporte coletivo localizado no distrito de Venda Nova entre as zonas norte e nordeste (Regionais Norte e Venda Nova), próximo às avenidas Cristiano Machado, Maria Vieira Barbosa (Avenida Vilarinho) e Pedro I que integra várias linhas de ônibus em dois setores: sul (Estação Municipal Vilarinho) e norte (Terminal Metropolitano Vilarinho) e uma linha de metrô. Atualmente, a Estação Vilarinho possui um movimento de 30 mil passageiros/dia. É integrada ao Metrô de 05h15 às 23h00, com intervalos entre 00:04 e 00:12 minutos. A região é emblemática, do ponto de vista cultural, por abrigar as famosas Quadras, onde lendas urbanas afirmam que aprecia o Capeta da Vilarinho.

Figura 05 - Estação Metroferroviária de Floramar



Fonte: <https://www.cbtu.gov.br/index.php/pt/belo-horizonte/>

A Estação Vilarinho (Figura 06) foi erigida para ser o maior terminal de conexão da Região Metropolitana de Belo Horizonte, com previsão de circulação de 120 mil passageiros/dia. Adjacente há o Shopping Estação BH, operado pela BrMalls, uma respeitável corporação gerenciadora de Shopping Center do Brasil. Este é o shopping mais conexo ao Vetor Norte Metropolitano de Belo Horizonte sendo um dos maiores atrativos do terminal. Ao lado encontra-se o HPS Venda Nova (Hospital Estadual Risoleta Neves), a Faculdade de Minas (FAMINAS) e a catedral Cristo Rei, em construção. Se o único trem de passageiros da capital acaba na Vilarinho, mobilizações se fazem necessárias para se viabilizar sua ampliação pela Avenida Maria Vieira Barbosa, até os limites com Neves. Seria legitimar a importância e a urgência dessa ferrovia que partindo regularmente de São Gabriel atingiria o Bairro Jardim Colonial. Para isso fazem necessários estudos técnicos que destaquem as relações interdisciplinares entre Direito Ambiental, Ecologia Cidadã; Patrimônio Cultural das duas regiões nas quais a linha passaria futuramente: Ribeirão das Neves e Venda Nova.

Figura 06 - Estação Metroferroviária de Vilarinho



Fonte:

https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2012/08/17/interna_gerais,312320/melhorias-no-metro-de-bh-podem-demorar-quase-quatro-anos.shtml

CARACTERIZAÇÃO DE RIBEIRÃO DAS NEVES

Na Região Sudeste do país, encontra-se o município brasileiro de Ribeirão das Neves (Figura 07), estado de Minas Gerais, criado em 1953 e integrante da Região Metropolitana da capital mineira, possuindo área territorial de 154.180 km². Ribeirão das Neves é uma municipalidade pertence desde 1973, à primeira versão da Grande Belo Horizonte que concebida apenas com treze cidades hoje se consolida com 34. E é o sétimo município mais populoso do estado, reunindo 303.029 moradores dispersos em inúmeros bairros, loteamentos e vilas distribuídos em dois distritos e quatro áreas regionais (Areias, Justinópolis, Neves e Veneza) essa população deve se elevar para 334 858 habitantes segundo estimativa de 2019 (Quadro I). A área de drenagem se divide em duas bacias hidrográficas que desaguam no Ribeirão da Mata, afluente dos Rios Velhas, e, posteriormente São Francisco. O Ribeirão das Neves drena o distrito da Sede Municipal e o Ribeirão das Areias integra áreas do distrito de Justinópolis lamentavelmente os recursos hídricos encontram-se em completa degradação com impactos que variam da remoção de cobertura vegetal até o lançamento in natura de esgotos em suas margens. A cidade também se caracteriza por múltiplos estereótipos além da tipologia de "cidade dormitório", sendo pejorativamente chamada de cidade- presídio devidos à inúmeras unidades prisionais no município. É preciso reescrever esta história mudando este cenário absurdo.

Quadro I - Dez maiores cidades do Estado de Minas Gerais

Município	Localização	População
Belo Horizonte	Região Metropolitana de Belo Horizonte	2.512.070
Uberlândia	Região do Triangulo Mineiro	691.305

Contagem	Região Metropolitana de Belo Horizonte	663.855
Juiz de Fora	Região da Zona da Mata Mineira	568.873
Betim	Região Metropolitana de Belo Horizonte	439.340
Montes Claros	Região do Norte de Minas	409.341
Ribeirão das Neves	Região Metropolitana de Belo Horizonte	334.858
Uberaba	Região do Triângulo Mineiro	333.783
Ipatinga	Região do Vale do Aço	263.410
Governador Valadares	Região do Vale do Rio Doce	279.885

Fonte: IBGE (2019)

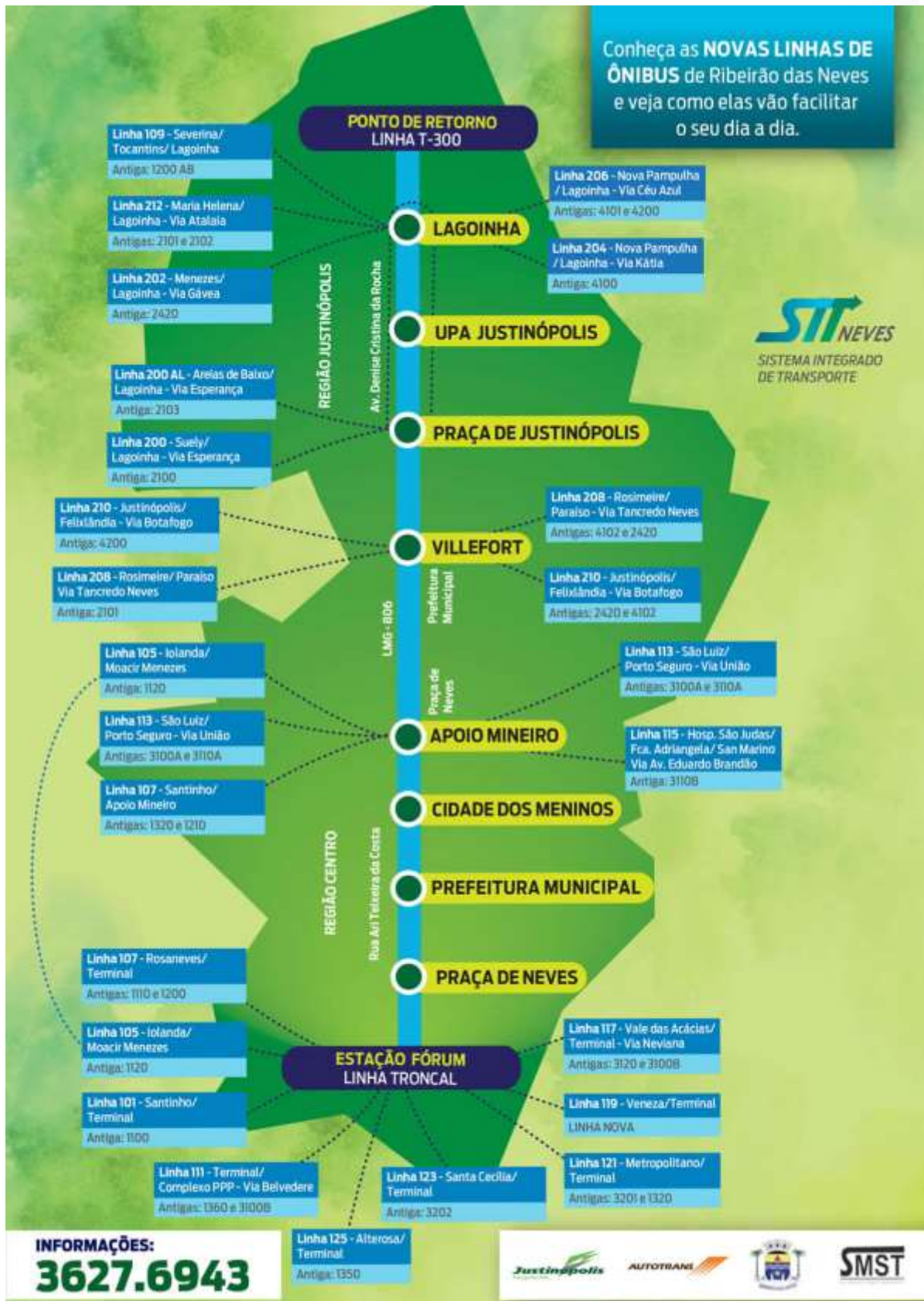
Figura 07 - Mapa de Ribeirão das Neves - MG



Fonte: <http://ribeiraodasneves.net/component/tags/tag/275-distrito-de-justinopolis>

De acordo com a divisão regional vigente desde 2017, indicada pelo IBGE, Ribeirão das Neves pertence às Regiões Geográficas Intermediária e Imediata de Belo Horizonte. Até então, com a validade dos conjuntos em microrregiões e mesorregiões, fazia parte da microrregião de Belo Horizonte, que por sua vez ficava incluída na mesorregião Metropolitana de Belo Horizonte. O município foi considerado um município dormitório, pois a maior parcela de seus habitantes trabalhavam na cidade de Belo Horizonte, ou nas municipalidades próximas. A economia municipal concentra-se na indústria e no comércio, que concentra a população economicamente ativa. Conta com dois distritos Ribeirão das Neves (Sede Municipal) e Justinópolis (antiga Campanhã) e o território subdivide-se em quatro macro-regionais; a 1ª regional (Centro), a 2ª regional (Areias), a 3ª regional (Veneza), e a 4ª regional (Justinópolis). O município, além de linhas intermunicipais metropolitanas conectadas ao Terminal Justinópolis, no bairro Urca, Estação Vilarinho do Metrô tem um sistema integrado de ônibus municipal, que tem uma linha troncal saindo da sede até a Lagoinha e alimentada por linhas alimentadoras originadas dos bairros (Figura 08).

Figura 08 - SIT de Ribeirão das Neves - MG



Fonte: <http://ribeiraodasneves.net/component/tags/tag/217-sit-neves>

A municipalidade, antes designado Matas de Bento Pires, se destaca por ainda preservar grandes extensões de vegetação nativa ou em recuperação ambiental, parte delas pertencentes ao poder público, como a Fazenda Mato Grosso e a Fazenda das Lajes. Porém, a quantidade de loteamentos clandestinos com impactos se destaca no município, sendo necessários ações conservacionistas emergenciais (Figura 09). Assim devido à muitas alterações na paisagens decorrentes da extensão do trem de São Gabriel até o Jardim Colonial, haverá um conjunto com grandes compensações ambientais. Neste contexto propõe-se a criação de quatro grandes parques metropolitanos, além de parques urbanos menores nos locais pelos quais passar a linha de trem de superfície.

Figura 09 - Loteamentos em meio à vegetação



Fonte: <https://lotesfinanciadosbh.com.br/>

Preteritamente denominava-se "Matas de Bento Pires" e teve suas principais documentações datadas do século XVIII. Em 1745, Jacintho Vieira da Costa, então mestre de campo, consegue o direito as terras das Matas de Bento Pires. Ergue uma ermida consagrada à Nossa Senhora das Neves (Figura 10) que acaba por batizar a

Fazenda das Neves e em seguida Engenho das Neves em 1746. Vieira da Costa falece em 1760 passando os direitos de terra e bens ao seu filho, Antônio Vieira da Costa, que morre em 1796 sem deixar herdeiros. Com o leilão dos bens, o capitão português José Luís de Andrade, morador de Vila do Sabará, assume a Fazenda das Neves e também a Fazenda dos Carijós, onde presentemente encontram-se os bairros Nova União, Porto Seguro, Santa Marta, e Santa Martinha.

Figura 10 - Matriz de Nossa Senhora das Neves



Fonte: <https://pensaraeducacao.com.br/pensaraeducacaoempauta/ribeirao-das-trevas-e-a-desconstrucao-dos-estereotipos-em-neves/>

Com o desenvolvimento da região, em 1820 é criada uma Guarda-Moria nas Capelas de Nossa Senhora das Neves e Santo Antônio da Venda Nova elevando-as a Distrito de Paz. Em 1830, a população média era de 1.240 pessoas, mas em 1846, a degradação da capela e aumento a populacional faz com que o então vereador, Padre José Maria de Andrade, restringisse Neves a categoria de distrito de Venda Nova e em seguida ao distrito de Pindahybas, atual Vera Cruz de Minas e assim ficou até 1911, quando as duas foram vinculadas ao município de Contagem. Em 1927, o Governo do Estado de Minas Gerais toma posse de parte da Fazenda das Neves para

a edificação de uma penitenciária agrícola (Figura 11), finalizada em 1938. A construção do presídio aumenta a população do distrito que passa a fazer parte de vários municípios, só é elevado à hierarquia de municipalidade em 12 de dezembro de 1953 com a denominação de Ribeirão das Neves.

Figura 11 - Penitenciária Agrícola de Neves



Fonte:

https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2017/01/16/interna_gerais,839731/ribeirao-das-neves-ja-teve-presidio-modelo.shtml

Distante da capital 32 km, tem como municípios limítrofes, Belo Horizonte (sudeste), Contagem (sul), Esmeraldas (oeste), Pedro Leopoldo (norte), Vespasiano (leste) e São José da Lapa (nordeste). Sua área total é de 155,454 km², onde a Estimativa IBGE de 2019, presume 334 858 habitantes, gerando uma densidade de 2.154,1 habitantes/km². O Clima é o tropical de altitude (Cwa) com temperaturas médias anuais 22 °C, máxima: 30 °C e mínima 11 °C e a Altitude média é de 808 metros, sendo a máxima de 1.019 metros no Córrego do Café e a mínima: 730 metros no Córrego Água Fria. O índice pluviométrico anual é de 1.400mm. Não há unidades de conservação, mas apenas parques urbanos como o Parque Ecológico da Lajinha, bairro Jardim São Judas Tadeu na Região de Justinópolis e o Parque Ecológico do

bairro Várzea Alegre, na Região do Centro (Figura 12). Estes parques são da tipologia de parques urbanos e apresentam áreas pequenas destinadas ao lazer, entretenimento, contemplação, prática esportiva e recreação das populações locais.

Figura 12 - Parque Ecológico do bairro Várzea Alegre, na Região do Centro



Fonte: <http://ribeiraodasneves.net/35-noticias/cidade/3589-nevenses-tem-sabado-de-lazer-com-o-projeto-esporte-e-cidadania>

Em termos de economia, o IDH é médio (PNUD/2010), com percentual de 0,684, o PIB (IBGE/2015) girava em torno de R\$ 3 469 745,30 mil. O PIB per capita (IBGE/2015) é de R\$ 10 753,60 e em 2017, o salário médio era de dois salários. Houve elevação no PIB per capita, em 2017 para R\$ 11.723,14. Na educação, a taxa de escolarização de 06 a 14 anos de idade é de: 96,5% e o número de matrículas se estrutura da seguinte forma: 41.426 matrículas no ensino fundamental, onde 1.990 docentes, atuam em 95 escolas; 13.727 matrículas no ensino médio, onde 825 docentes, atuam em 36 escolas

METODOLOGIA, RESULTADOS E DISCUSSÃO

O presente estudo aborda, a partir de trabalhos de campo e reconhecimento local, a possível expansão da estrutura metroferroviária, a partir da Estação Vilarinho, passando por Venda Nova, Justinópolis, Sede Municipal e chegando à região do Veneza, no trevo de Esmeraldas. Foram considerados os níveis de topografia, que se alternam entre 10% de terrenos planos, 25% de áreas onduladas e 65% de terrenos montanhosos. Ainda se considerou as rodovias de acesso ao município BR-040, LMG-806 e MG-432, bem como os terminais de BRT Metropolitano (Figura 12).

Figura 12 - Terminal Metropolitano de BRT



Fonte: <https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/previsto-para-o-in%C3%ADcio-de-2015-terminal-bernardo-monteiro-s%C3%B3-deve-ficar-pronto-no-fim-deste-ano-1.400708/esta%C3%A7%C3%A3o-move-em-justin%C3%B3polis-1.400722>

EXPANSÃO ATÉ DISTRITO DE JUSTINÓPOLIS

Uma expansão da linha férrea pela Avenida Vilarinho, até a divisa entre Belo Horizonte e Ribeirão das Neves é uma temática que exige estudos técnicos aprofundados e discussão com as comunidades locais. A região lamentavelmente se consagrou pelas enchentes catastróficas (Figura 13), elemento que paralisaria a circulação de trens. Outro aspecto a se pensar é a possível supressão de indivíduos arbóreos em canteiros centrais ruas e avenidas, bem como a supressão de vegetação nativa em áreas naturais ou rurais ou em bosques urbanos. O trecho Vilarinho/Justinópolis prevê sete estações: Candelária, SESC, Paraúna, Laredo, Justinópolis, Labanca, Papine. Como compensação ambiental, sugere a implantação de novos parques, um no Candelária, outro no Maria Helena. O Parque do Cenáculo deve ser ampliado e o Parque do Conjunto Lagoa, efetivamente implantado.

Figura 13 - Enchentes na Avenida Vilarinho



Fonte: <https://nortelivre.com.br/pbh-cancela-tuneis-e-apresenta-novo-projeto-para-vilarinho/>

EXPANSÃO ATÉ RIBEIRÃO DAS NEVES

A segunda etapa de expansão da linha de trem de superfície abrange a área central com destaque para a Cidade dos Meninos São Vicente de Paulo e alguns pontos turísticos, como a Igreja Nossa Senhora das Neves. Evidentemente haverá a supressão de indivíduos arbóreos em canteiros centrais ruas e avenidas, bem como a supressão de vegetação nativa em áreas naturais ou rurais ou em bosques Lajes. Esta área é o cerne da linha troncal T300 do SIT - Sistema de Integração de Transporte (Figura 14) e será forma por duas estações: Presídio e Status. A compensação ambiental adequada e a criação de dois grandiosos parques urbanos metropolitanos, um ao norte, na área da fazenda Mato Grosso e outro ao sul, na fazenda das Lajes.

Figura 14 - SIT - Sistema de Integração de Transporte



Fonte: <http://ribeiraodasneves.net/43-noticias/transportes/7933-novo-sistema-integrado-de-transporte-vai-entrar-em-operacao-na-proxima-quinta-feira>
<http://ribeiraodasneves.net/43-noticias/transportes/7933-novo-sistema-integrado-de-transporte-vai-entrar-em-operacao-na-proxima-quinta-feira>

EXPANSÃO ATÉ REGIÃO VENEZA/TREVO BR 040

Na BR 040 (Figura 15), sentido Brasília, atura do Trevo de Esmeraldas, existem muitos bairros, cuja ligação com Belo Horizonte, se dá exclusivamente por modal rodoviário. Assim seria ideal que a linha férrea expandida a partir de Vilarinho finalizasse seu traçado nesta área ampliando as possibilidade de deslocamento, conexos e integração. Supressão de indivíduos arbóreos em canteiros centrais ruas e avenidas um Estudo de Impacto ambiental auxiliará no dimensionamento da supressão de vegetação nativa em áreas naturais ou rurais ou em bosques, no que se refere à construção das estações Napoli, Colonial e Neviana. A compensação ambiental evidentemente seriam a criação de pelo menos uns cinco parques urbanos.

Figura 15 - Mapa de Mobilidade de Neves



Fonte: <https://journals.openedition.org/pontourbe/4981>

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a extensão da linha férrea ao município, o sistema seria composto por uma linha ligando o Jardim Colonial ao Anel Rodoviário com projeção de dezessete estações de embarque, desembarque e integração física e tarifária com outros modais de transporte, em especial, ônibus e micro-ônibus. O município carece de infraestrutura no que se refere à lazer, entretenimento e qualidade de vida, sendo viável como compensação ambiental, a criação de um amplo corredor ecológico e cultural no município com espaços culturais e grandes parques urbanos. Conclusão: Faz-se necessário, e, portanto, emergencial, sua discussão junto às comunidades locais com vista à realocação de políticas públicas que fomentem a implantação e ampliação do sistema metroferroviário ao município.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vagner Luciano de. **Desconstruindo estereótipos em Ribeirão das Neves Minas Gerais.** Disponível em <<https://clubedeautores.com.br/livro/desconstruindo-estereotipos-em-ribeirao-das-neves-minas-gerais>> Acesso em 23. Nov. 2020

ANDRADE. Vagner Luciano de. **Ribeirão das Trevas e a desconstrução dos estereótipos.** Disponível em <<https://pensaraeducacao.com.br/pensaraeducacaoempauta/ribeirao-das-trevas-e-a-desconstrucao-dos-estereotipos-em-neves/>> Acesso em 23. Nov. 2020

NOGUEIRA, Camila. **DIRETRIZES PARA A MOBILIDADE URBANA NA ÁREA DE PLANEJAMENTO 3 DO Município DO RIO DE JANEIRO.** In: Associação Nacional de Transporte de Passageiros. Disponível em <<http://files-server.antp.org.br/5dotSystem/download/dcmDocument/2014/11/06/172DF139-AA0A-4292-A837-64901256AFA1.pdf>> Acesso em 23. Nov. 2020

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS. **Implantação do Metrô de São Paulo: dificuldades e desafios.** Disponível em <<https://anptrilhos.org.br/implantacao-do-metro-de-sao-paulo-dificuldades-e-desafios/>> Acesso em 23. Nov. 2020

CÂMARA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO DAS NEVES. **Informações históricos-geográficas do município de Ribeirão das Neves.** Disponível em <www.cmrn.mg.gov.br> Acesso em 23. Nov. 2020

COMPANHIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS. **Sistema Belo Horizonte.** In: Disponível em <<https://www.cbtu.gov.br/index.php/pt/belo-horizonte/>> Acesso em 23. Nov. 2020

ENGENHARIA COMPARTILHADA Capítulo VI

Transporte urbano sobre trilhos: metrô e trens urbanos. Disponível em <<https://www.engenhariacompartilhada.com.br/biblioteca/capitulos/222-transporte-urbano-sobre-trilhos-metro-e-trens-urbanos>> Acesso em 23. Nov. 2020

JORNAL O TEMPO. **Cidades - metro-de BH: primeira etapa termina após 20 anos.** Disponível em <<https://www.otempo.com.br/cidades/metro-de-bh-primeira-etapa-termina-apos-20-anos-1.334052>> Acesso em 23. Nov. 2020

JORNAL O TEMPO. **Cidades - no papel há 10 anos nova rodoviária já custou 30 milhões.** Disponível em <<https://www.otempo.com.br/cidades/no-papel-ha-10-anos-nova-rodoviaria-ja-custou-r-30-milhoes-1.2171256>> Acesso em 23. Nov. 2020

MUSEU CASA PORTINARI. **Estação Brodowski: Construção de ferrovias.** Disponível em <<https://www.museucasadeportinari.org.br/exposicao-estacao-brodowski/construcao-de-ferrovias.html>> Acesso em 23. Nov. 2020

PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO DAS NEVES. Disponível em <www.ribeiraodasneves.mg.gov.br> Acesso em 23. Nov. 2020

SANTOS, Jonas Clemente dos; SOBRAL, Marcos Felipe Falcão. **Diagnóstico, perspectivas de uso e expansão dos serviços de trens metropolitanos no Brasil.** In: Revista de Administração Pública. vol.48 no.2 Rio de Janeiro Mar./Apr. 2014. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122014000200010> Acesso em 23. Nov. 2020

SILVEIRA Tácito Pio da. **Critérios para nomenclatura de estações de trem, metrô e terminais de transporte.** São Paulo Transporte S. A. Disponível em <http://files-server.antp.org.br/_5dotSystem/download/dcmDocument/2015/06/17/1E6B31AD-C210-45DF-BB26-A7596251AB0F.pdf> Acesso em 23. Nov. 2020

SINDICATO DOS ENGENHEIROS NO ESTADO DE SÃO PAULO. **Os trens e as ações para melhorar a mobilidade urbana.** Disponível em <<https://www.seesp.org.br/site/index.php/comunicacao/noticias/item/3378-os-trens-e-as-a-es-para-melhorar-a-mobilidade-urbana>> Acesso em 23. Nov. 2020

SITE RIBEIRÃO DAS NEVES. **Informações históricos-geográficas do município de Ribeirão das Neves.** Disponível em <<https://ribeiraodasneves.net/component/tags/tag/217-sit-neves>>

TORRES, Marina Abreu. **Quando o ônibus não passa: transporte e exclusão social em Ribeirão das Neves.** Disponível em <<https://journals.openedition.org/pontourbe/4981>>

A CONFIDENCIALIDADE NAS MEDIAÇÕES POR VIDEOCONFERÊNCIA

ANNANDA REGINA CARVALHO BRITO:

Bacharela em Direito pelo Centro
Universitário- UNINOVAFAPI.

JORDANA LUISA DO NASCIMENTO LEMOS

(coautora)

ALEXANDRE AUGUSTO BATISTA DE LIMA

(orientador)

RESUMO: O presente artigo elabora reflexões envolvendo a Lei nº 13.140/2015, o Novo Código de Processo Civil de 2015 e a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, referente à Mediação de Conflitos. A problemática reside em examinar o princípio da confidencialidade nas audiências de mediação, visto que, em tempos extraordinários, como na pandemia, ocorrerem por videoconferência. A pesquisa objetiva evidenciar os benefícios das mediações por videoconferência acerca do envolvimento das partes, as funções e sanções diante do questionamento de ferir o princípio abordado. O instituto pode reestabelecer a comunicação dos indivíduos, conforme a análise dos artigos das referentes leis que estabelecem os procedimentos adequados. Denotando as características como baixo custo, celeridade, eficiência, consensualidade. Apresentando plataformas para as audiências ocorrerem de forma habitual diante da conformidade das Leis, Decretos e Resoluções referentes ao tema. Por fim, incentiva à sociedade na utilização deste método para resolver conflitos diversos. A metodologia utilizada é desenvolvida por meio de revisão bibliográfica narrativa, extraindo os resultados de livros, manuais, artigos, sites, decretos, resoluções e legislações acerca do tema proposto.

Palavras-chave: Confidencialidade. Mediação. Pandemia. Videoconferência.

ABSTRACT: This article elaborates reflections involving Law nº 13.140 / 2015, the New Code of Civil Procedure of 2015 and Resolution nº 125 of the National Council of Justice, referring to Conflict Mediation. The problem lies in examining the principle of confidentiality in mediation hearings, since, in extraordinary times, such as in the pandemic, they occur by videoconference. The research aims to show the benefits of mediations by videoconference about the involvement of the parties, the functions, and sanctions in the face of the question of hurting the approached principle. The institute can reestablish the communication of the individuals, according to the analysis of the articles of the referring laws that establish the appropriate procedures. Denoting characteristics such as low cost, speed, efficiency, consensus. Presenting

platforms for the hearings to take place in the usual way in view of the compliance with the Laws, Decrees and Resolutions related to the theme. Finally, it encourages society to use this method to resolve various conflicts. The methodology used is developed through a narrative bibliographic review, extracting the results from books, manuals, articles, websites, decrees, resolutions, and legislation on the proposed theme.

Keywords: Confidentiality. Mediation. Pandemic. Video conference.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA E O PRINCÍPIO DA CONFIDENCIALIDADE. 2.1 A MEDIAÇÃO JUDICIAL. 2.2 A MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL. 2.3 A FIGURA DO MEDIADOR. 3 OS BENEFÍCIOS DA MEDIAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA. 4 A (I)LEGALIDADE DA INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA CONFIDENCIALIDADE NAS MEDIAÇÕES POR VIDEOCONFERÊNCIA. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A mediação é um meio consensual de resolução de conflitos, que surgiu para facilitar e desburocratizar o acesso à justiça, assim como desafogar o Poder Judiciário. Esse meio alternativo é utilizado em vários países como: Estados Unidos, Europa, Argentina, Chile, dentre outros.

No Brasil, a mediação é incentivada e ganhou força com a criação da Lei de Mediação nº 13.140/2015, juntamente com a Resolução nº125 do CNJ, que originou a criação de núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos – CEJUSCS, e com o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015 que fixou a solução consensual dos conflitos como norma fundamental, podendo ocorrer tanto na fase pré-processual como no curso do processo.

Atualmente, com a pandemia da Covid-19, em que o distanciamento social e o isolamento são regras, os órgãos judiciários tiveram que se reinventar, utilizando-se dos meios tecnológicos para promover os atendimentos e uma dessas alternativas foi a realização das audiências de mediação por videoconferência. Oportuno ressaltar que as mediações sempre devem seguir princípios próprios para serem consideradas atos válidos. Com essa compreensão, o presente trabalho tem como objeto de estudo o princípio da confidencialidade.

Partindo dessa explanação, elaborou-se o seguinte questionamento: O princípio da confidencialidade está sendo seguido nas mediações realizadas por videoconferência?

Em decorrência disso, o objetivo geral desse estudo é analisar as mediações realizadas por plataformas virtuais durante períodos de anormalidade institucional, tal como a pandemia do COVID-19; e os objetivos específicos são: descrever a mediação como forma de acesso à justiça; identificar os benefícios da mediação em tempos extraordinários; e, por fim, discorrer sobre o princípio da confidencialidade nas mediações por videoconferência durante a pandemia.

Portanto, a inquietação para estudo desse tema está em discutir se as regras e o princípio da confidencialidade estão sendo respeitadas nas mediações realizadas por plataformas virtuais de videoconferência.

Destaca-se que o tema é relevante tanto para a sociedade acadêmica e científica, como para a sociedade em si, visto que analisará se as mediações realizadas por videoconferência durante a pandemia seguem as normas e os princípios pertinentes para sua validação.

O artigo, utiliza como metodologia, a revisão bibliográfica narrativa de abordagem qualitativa. Os resultados serão extraídos de: livros, manuais, artigos científicos, sites, decretos, resoluções e legislação vigente acerca do tema proposto.

Nesse sentido, os resultados do estudo serão apresentados em tópicos: a Mediação como forma de acesso à justiça, sobretudo, as noções dos meios de soluções de conflitos adentrando nas leis referentes a esse instituto, os conceitos, características, princípios norteadores e suas finalidades. Em seguida, serão expostos os benefícios da Mediação para a celeridade do processo viabilizado na escolha dessa medida restaurativa na prestação jurisdicional em situações de anormalidade. E, por fim, será abordada a questão da confidencialidade, por sua vez, examinando a (i)legalidade da inobservância do princípio da confidencialidade nas mediações por videoconferência.

2.A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA E O PRINCÍPIO DA CONFIDENCIALIDADE

É cediço, historicamente, que o processo é instrumento da jurisdição e, há alguns anos, o Sistema Judicial Brasileiro está saturado de processos. Somente em 2018 havia cerca de 80 milhões de processos tramitando no Judiciário Brasileiro e, destes, 94% concentrados no primeiro grau (CNJ, 2018).

Nesta perspectiva, os métodos de Soluções Adequada de Conflitos Judiciais surgem com o intuito de promover diferentes formas de acesso à justiça, os quais visam promover a paz, além de propiciar uma reflexão, junto aos operadores do direito, sobre o incentivo à utilização da autocomposição ou da heterocomposição.

Estes meios de soluções não podem ser vistos apenas como instrumento de descompressão do Poder Judiciário, mas como forma de tratamento adequado para a efetivação do direito ao acesso à justiça, disposto no artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal Brasileira, que assim versa: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Para Vasconcelos (2020, p. 36), a Mediação é definida como:

Mediação é um meio geralmente não hierarquizado de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, com a colaboração de um terceiro, o mediador- que deve ser apto, imparcial, independente e livremente escolhido ou aceito-, expõem o problema, são escutadas e questionadas, dialogam construtivamente e procuram identificar os interesses comuns, opções e, eventualmente, firmar um acordo [...].

O foco deste mecanismo é a restauração da relação dos litigantes, prevenindo, de certo modo, a demanda judicial através da celeridade, eficiência e consensualidade, presentes nesse instituto.

Como ensina Tartuce (2019, p. 73), “[...] mesmo quando, em certo momento, não é possível um acordo entre as partes, a mediação cumpre seu papel, ao passo que reestabelece a comunicação perdida entre as partes e esclarece dados relevantes inerentes ao conflito”.

A Lei nº 13.140/2015, conhecida como “Lei da Mediação”, determina em seu art. 1º, §1º: “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (BRASIL, 2015).

Portanto, tal instituto é subespécie da transação e pertence à classe da autocomposição. Para Alvim (2018, p. 32-33), no que se refere à autocomposição, assinala que:

[...] O vocábulo “*autocomposição*” se deve a Carnelutti, que, ao tratar dos *equivalentes jurisdicionais*, aí a incluiu, sendo integrado do prefixo *auto*, que significa “próprio”, e do substantivo “*composição*”, que equivale a *solução, resolução* ou *decisão do litígio por obra dos próprios litigantes*. A autocomposição aparece como uma solução *altruísta*, pois traduz atitudes de renúncia ou reconhecimento a favor do adversário. Assim, “A” desiste de reclamar o pagamento de seu

crédito; "B" acede em satisfazer a dívida; a vítima de uma ofensa à honra perdoa o seu ofensor etc. [...]

Importa dizer que além da legislação, há princípios que norteiam a eficácia da mediação, sendo eles: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, informalidade, decisão informada, e por fim, o princípio da confidencialidade que é objeto do presente trabalho, de forma que, os demais não serão abordados.

Quanto ao princípio da confidencialidade, que será abordado detalhadamente mais à frente, considera-se:

[...] Este princípio engloba todas as informações, fatos, relatos, situações, propostas e documentos oferecidos ou produzidos durante toda a realização desta medida restaurativa, contudo, é vedado qualquer uso para proveito de quem quer que seja, a não ser em casos estabelecidos no contexto em que a prática da mediação se dá e/ou previsão em contrário estabelecida entre os mediados (Braga Neto, et al, 2020, p. 218- 219).

A confidencialidade está respaldada no Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 166 do CPC, que assim determina, *in verbis*:

Art. 166. [...] §1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação (BRASIL, 2015).

Através da Lei nº 13.140/2015, denota-se que a função do princípio da confidencialidade é garantir que as informações utilizadas nas sessões não possam ser reveladas sequer em audiências judiciais, isto é, só poderá ocorrer a liberação de informações, caso seja expressamente decidido pelas partes, quando a divulgação for exigida por lei ou para cumprimento do acordo obtido. Esta obrigação de sigilo estende-se aos respectivos mediadores, membros de equipe e às partes.

No que tange ao acesso à Justiça, este por sua vez, é abrangido pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação, ou seja, "[...] é a garantia de qualquer cidadão pode ter suas desavenças analisadas pelo Poder

Judiciário, assim protegendo os direitos inerentes [...]” (ANNUNZIATO, 2016, p.1). Apresenta-se a determinação da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, trazido em seu art. 8º, 1, *in verbis*:

Artigo 8º- Garantias judiciais

1.Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza [...] (CIDH, 1969).

Portanto, os órgãos jurisdicionais, para a efetivação do acesso à justiça, devem emanar confiança aos cidadãos, para que eles possam acionar o poder judiciário, de forma segura, a fim de entender e solucionar seu conflito em tempo hábil.

Sem dúvida, o acesso à Justiça é direito social básico dos indivíduos. Contudo, esse direito não está restrito ao mero acesso aos órgãos judiciais e ao aparelho judiciário estatal. Muito, além disso, deve representar um efetivo acesso à ordem jurídica justa (PINHO, 2020, p. 64). Ou seja, essa ordem jurídica é no sentido de que haja efetividade do sistema jurídico ao acesso à Justiça diante da satisfação do direito através dos valores sociais.

Para a compreensão pormenorizada acerca da mediação, passa-se a explicar nos itens subsequentes à mediação judicial, extrajudicial e a figura do mediador respaldados nas legislações, resoluções e doutrinas.

2.1A mediação judicial

A Mediação Judicial é aplicada na esfera do Poder Judiciário, quando já existe um processo em andamento. É regulamentada pela Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, além de estar prescrita no Novo Código de Processo Civil. A Lei nº 13.140/2015 representa seu marco legal, sendo, a primeira lei a regulamentar esse instituto em pontos específicos assim como complementar lacunas do Novo Código de Processo Civil de 2015.

Ensina Machado Junior, et al (2016, p. 41):

[...] O Código de Processo Civil enfatiza e privilegia a resolução consensual de conflitos por meio de conciliação, mediação e outros métodos, o que deverá ser estimulado pelos sujeitos do

processo e poderá ocorrer inclusive após a judicialização do conflito. Observa-se o incentivo à resolução consensual dos litígios em diversos institutos no novo Código, o que implicou na criação de centros judiciários de mediação e conciliação (arts. 165 e ss.), na alteração do procedimento comum, com a instituição de audiência de conciliação ou mediação (art. 334), dentre outras inovações.

Corroborar-se com o autor sobre os métodos consensuais de solução de conflitos, em destaque a mediação, instituto abordado neste trabalho, trouxeram-na, como fase do processo, a qual merece incentivo e, sua não ocorrência, dar-se-á somente por vontade das partes.

Importante frisar que as mediações, sejam elas presenciais ou por videoconferência, devem ser pautadas pelo princípio da celeridade, mas também, pelo da confidencialidade, para que as partes sintam-se mais seguras sabendo que o acordo discutido é sigiloso e não será objeto de processo judicial ou de uma arbitragem, além de sentirem-se confiantes para divulgar certas informações, o que facilita o diálogo e conseqüentemente o sucesso do acordo (COSTA, 2014).

Fica claro o engajamento que Novo Código de Processo Civil deu para os meios consensuais de solução de conflitos, e, assim para a mediação judicial, como também a contribuição positiva que a Lei de Mediação deu a esse instituto.

No tocante ao princípio da confidencialidade, nas mediações por videoconferência, com a força que a tecnologia propicia, há meios eficazes para garantir sua aplicabilidade nas mediações. Tal abordagem será detalhada mais à frente, em tópico próprio, assim como os benefícios desse instituto em tempos de anormalidade, a exemplo da pandemia de COVID-19.

2.2 A mediação extrajudicial

A Mediação extrajudicial ou privada teve seu marco regulamentar a partir da Lei nº 13.140/2015, como também pela Resolução 125 do CNJ. Pode ser realizada tanto antes do processo, como durante seu curso.

Leciona Tartuce (2018, p. 71):

[...] A mediação privada oferece mais uma alternativa para reduzir tempo e custos na solução de conflitos. Embora normalmente ela seja realizada antes da instauração de uma relação processual, nada obsta que litigantes em conflito busquem dirimi-lo pela mediação extrajudicial mesmo

havendo um processo pendente; nesse caso, é possível pedir a suspensão do feito enquanto participam das sessões consensuais. Como, porém, há a sensação de que os processos no Brasil demoram muito, é comum que os envolvidos atuem em uma dupla perspectiva, participando da mediação e “tocando” o processo [...].

Deste modo, a mediação extrajudicial é voluntária, pois acontece de forma alheia ao poder judiciário, quando um dos interessados procura um mediador, conhecido como “terceiro imparcial”, para auxiliar na resolução da demanda, sem dar sugestões, apenas usando de técnicas de negociação para que os próprios interessados cheguem às conclusões necessárias.

Assim como a mediação judicial, o respeito ao princípio da confidencialidade deve ser mantido. Nas mediações por videoconferência é primordial que o mediador faça menção a tal princípio antes do início do ato, na Declaração de Abertura, explicando que o procedimento não será gravado e garantindo que as partes, estejam sozinhas em local seguro, de modo a salvaguardar o que for discutido.

Cumprido salientar, que caso as informações discutidas em sessão de mediação por videoconferência vazem por alguma das partes, pela quebra do dever de confidencialidade, tem-se a violação da boa-fé e da lealdade, se essa informação for usada em processo judicial ou arbitral, essa prova será ilícita, como também cabe indenização, caso haja dano há alguma das partes envolvidas (PEIXOTO, 2016).

Portanto, a mediação extrajudicial também deve seguir o princípio da confidencialidade para ser considerada um meio válido e eficaz para os interessados solucionarem seus litígios fora do Poder Judiciário, sabendo que as informações discutidas na sessão estão protegidas e quem descumpri-las deverá sofrer as consequências jurídicas.

2.3 A figura do mediador

Trata-se do terceiro imparcial que auxilia nas mediações judiciais ou extrajudiciais. É, portanto, um facilitador que utiliza de técnicas próprias para cada tipo de conflitos a fim de reestabelecer o diálogo entre os interessados. Freitas e Pellegrini (2016, p. 12) conceituam o mediador da seguinte forma: “[...] o mediador é um facilitador que atua como conselheiro, não pode sugerir tampouco apreciar o mérito, de maneira que cabe às partes constituir suas respostas e não o mediador”.

Não é uma tarefa fácil lidar com problemas distintos que muitas das vezes incluem o plano da afetividade, porém, através da atuação técnica e regrada, o

mediador deve intermediar todas as questões levadas à sessão. Como bem leciona Tartuce (2019, p.70):

O mediador deve ser treinado para buscar propiciar o restabelecimento da comunicação entre as pessoas. Para tanto, deve ser paciente, sensível, despido de preconceitos e hábil para formular perguntas pertinentes aos envolvidos no conflito de modo a proporcionar espaço para a reflexão sobre seus papéis e a responsabilização quanto à reorganização de condições.

O mediador, assim como os demais, deve estar atento a resguardar o princípio da confidencialidade, aduz Lagrasta (2020, p.5):

De acordo com o disposto no § 1º, do art. 30 da Lei nº 13.140/2015, nota-se que a obrigação de preservação do sigilo destina-se não só o mediador e ao servidor do Judiciário que conduzirão a sessão virtual e que deverão, para isso, além de organizar a sessão pela plataforma virtual, enviando o “link” a todos os envolvidos, cuidar para que estejam, durante seu desenrolar, em ambiente silencioso e isolado, sem que sofram interrupções; mas também aos mediados/partes e seus advogados, que deverão tomar o mesmo cuidado, evitando que outras pessoas, sejam parentes ou amigos, ouçam a conversa ou permaneçam no mesmo recinto.

Não restam dúvidas de que o mediador é imprescindível durante o processo da autocomposição, visto que será peça-chave no auxílio às partes no processo de “cortar as amarras” que as impedem de chegar a uma solução justa, adequada e satisfativa para ambos os interessados, saindo da cultura do ganhador e perdedor, para a cultura do ganho para todos.

Cumprido salientar também que o mediador é primordial para garantir o cumprimento ao princípio da confidencialidade, visto que será ele que informará as partes sobre a existência desse princípio, deixando-as mais seguras, e usará de métodos adequados para assegurar que a mediação virtual siga suas regras próprias para ser considerada válida.

3.OS BENEFÍCIOS DA MEDIAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA

É de conhecimento mundial que, no final do ano de 2019 e durante o ano de 2020, surgiu e se propagou primeiramente na cidade de Wuhan, na China, o vírus Sars-CoV-2 ou COVID-19, que ficou conhecido popularmente como “Coronavírus”, e

que através de sua rápida transmissão, desencadeou uma pandemia que teve como consequência uma série de crises em diversos setores da sociedade (SILVA; TAKESHITA, 2020). Pelo mundo são milhões de infectados, e a primeira alternativa instituída pelos governantes foi a decretação da quarentena, resultando no isolamento social por vários meses.

O Poder Judiciário, em consequência, na tentativa de suprir a falta do acesso presencial aos seus órgãos, tornou-se mais tecnológico, permitindo aos demandantes, resolverem seus conflitos por videoconferência e criando leis e plataformas para possibilitar o acesso à justiça.

A Lei nº 13.979/2020 concomitante com o Decreto Legislativo nº 6 de 2020 decretaram o estado de calamidade, por conta da pandemia da COVID-19 e determinaram as medidas a serem adotadas na situação emergencial de saúde pública, instituindo o desenvolvimento dos trabalhos por meios virtuais.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou resoluções para propiciar a prática de atos processuais de forma eletrônica, uma delas foi a Resolução nº 314/2020 que prorrogou e modificou regras da Resolução nº 313/2020.

Essas resoluções estabeleceram critérios para o funcionamento dos serviços judiciários em tempos extraordinários, assim como criou e disponibilizou na internet, gratuitamente, a plataforma Cisco Webex, como forma preferencial para a realização de audiências telepresenciais.

Anteriormente, o CNJ, em 2010, por meio da Resolução nº 105/2010, já havia regulamentado a realização de atos processuais online, e em 2015 instituiu o Sistema Nacional de Videoconferências, o qual visava a uniformização segura do uso da tecnologia nas comarcas e tribunais brasileiros (SCALIANTE; PIMENTEL; NOGUEIRA, 2020).

Além disso, a Lei nº 11.149 do ano de 2006, há 14 anos, já disponha sobre a informatização do processo judicial, trazendo, essa disponibilidade da prática de atos virtuais para a mediação. O NCPC/2015 menciona em seu art. 334, §7º a alternativa da audiência de mediação ser realizada por videoconferência, como também a Lei nº 13.140 de Mediação em seu art. 46, contando que as partes estejam de acordo com a realização da sessão por formas virtuais.

Todavia, foi com a ascensão da pandemia e adequação as novas formas de práticas de atos processuais, que aumentou o uso dos meios eletrônicos para a realização de audiências por videoconferência. Logo, com a criação das leis e decretos para possibilitar o trabalho por via remota, deu-se continuidade à prestação jurisdicional.

Desde o início da pandemia da COVID-19 houve crescimento da procura pelo poder judiciário em ações relacionadas aos diversos temas, desde processos relacionados às medidas que flexibilizam a legislação trabalhista, a pedidos de leitos em unidades de terapia intensiva (UTI), e, também nas relações consumeristas onde voos, shows e eventos foram cancelados, entre outros.

Como preceitua Domingues, Balbani e Lutaif (2020, p. 1-2): “A deficitária infraestrutura da saúde brasileira, as desigualdades regionais e sociais e mesmo a vulnerabilidade de grande parcela da população maximizam as chances de acionamento do Judiciário para dirimir conflitos que surjam em decorrência da pandemia”.

Nesse período extraordinário, a justiça precisou dar respostas rápidas à sociedade. Em tempos de reflexão, solidariedade e empatia, os métodos de solução consensuais de conflitos se fizeram ainda mais necessários, pois possibilitaram, e ainda o fazem, uma resposta célere, rápida e justa através de sessões judiciais ou extrajudiciais de mediação, por exemplo.

A mediação adquire relevância, notadamente pela celeridade que demanda o momento. É mecanismo viável para equacionar os interesses antagônicos nas relações de trabalho, permitindo o diálogo social, em especial na crise sanitária e humanitária que assola a humanidade (SILVA; TAKESHITA, 2020, p. 22).

Em regras gerais, nas mediações por videoconferência, cada uma das partes deve estar em local de sua preferência, participando da audiência através de computador ou aparelho celular com acesso à internet. Importante que estejam em local seguro, onde pessoas alheias ao litígio não estejam presentes, a fim de que seja preservado o princípio da confidencialidade, conforme o inciso II, § 2º do art. 22 da Lei de Mediação. Quando não há acesso à internet, a audiência é suspensa, até que haja a possibilidade para sua realização por videoconferência ou presencial, de acordo com a resolução nº 313/2020 CNJ.

A mediação apresenta benefícios às partes, ao poder judiciário, às Câmaras e Tribunais, os quais serão explanados no decorrer desse tópico. Como ensina Barrocas, Ferreira e Peters-Panko (2020, p. 2):

As vantagens da utilização da tecnologia na mediação são notórias: conveniência para as partes; acesso a mediadores experientes que não estão disponíveis localmente; a comunicação mais lenta permite ao mediador que aplique com mais eficácia suas técnicas, principalmente se for assíncrona.

A plataforma Cisco Webex, criada pelo CNJ, facilita o procedimento virtual, uma vez que, a partir da sua utilização houve a possibilidade da realização das audiências no Poder Judiciário, segundo apontam dados do CNJ entre 1º de maio a 4º de agosto foram feitas 366.278 mil videoconferências pela Webex, sendo em sua maioria audiências e sessões de julgamento (CNJ, 2020).

Logo, a mediação virtual apresenta vantagens da economia de tempo e dinheiro para as partes que moram em lugares geograficamente distantes, pois, na maioria das vezes, quando trata-se de métodos consensuais de resolução de conflitos, por serem não obrigatórios, no entanto, sendo online, não há impedimentos, assim há um aumento na participação das mediações se realizadas pelas plataformas virtuais, como aduz Borges e Abdel (2019).

Cabe ressaltar que, apesar de haver a plataforma Cisco Webex como forma preferencial para realização das videoconferências, isso não impede a realização por qualquer outro aplicativo de escolha dos litigantes, respeitando os princípios norteadores da mediação.

Ensina Hoffmann (2020), que plataformas como *GoToMeeting*, *Google Hangouts Meet*, *Skype*, *WebEx*, *Whereby* e *Zoom*, aumentaram o seu número de usuários, sendo que muitos desses usuários, são profissionais da área de resolução de conflitos, que oferecem seus serviços à distância.

Parafraseando Maretti (2020), dentro do cenário desafiador da pandemia, a adoção de meios de resolução de conflitos consensuais, nas modalidades de autocomposição, como a mediação é uma opção para a possibilidade da resposta almejada ao conflito dos demandantes em tempo adequado, assim como para o alcance da pacificação social.

Para Castro (2020, p. 3):

Alcance-se, portanto, por meio da mediação, o aspecto humano do conflito. Sabe-se que grande parte das conflituosas decorrentes do Covid-19, tem por motivação um fator que foge da previsibilidade das partes, e que, por isso, gera impasse no momento de atribuição de responsabilidades. Em situações de crise, o Direito não pode ser lido sem o compromisso com o outro. É necessário escuta ativa, identificação de interesses, exercício da empatia, e sobretudo criatividade na geração de opções, benefícios esses encontrados na mediação enquanto ferramenta de gestão de conflitos.

Aos Tribunais e Câmaras (SOARES; ALVES, 2020), dispõem que há a redução nas despesas dos Tribunais e Câmaras, em virtude da diminuição no uso das instalações dos prédios, não havendo necessidade, por exemplo, de manutenção de móveis e equipamentos, pagamento de funcionários para limpeza e conservação do ambiente, ou seja, continuariam existindo os ambientes para realização de mediações, porém, de forma virtual, mais econômico que a forma convencional, com dinamicidade e celeridade, garantindo o conforto às partes, advogados e mediadores que não precisariam sair de casa.

Assim, os Tribunais, Comarcas, Câmaras e partes que utilizam a mediação, estariam propiciando a redução de custos à máquina pública, uma vez que é apenas necessário o acesso à internet e a sessão de mediação pode ser realizada de qualquer lugar, não sendo necessário o deslocamento até o Fórum para sua realização, diminuindo os empecilhos para chegar ao tribunal ou local designado para a audiência.

Destaca-se o fato de que, por se tratar de conflitos advindos de uma pandemia ou mesmo anteriores, os meios consensuais de solução de conflitos são uma opção também para não abarrotar o poder judiciário com diversos novos litígios.

A cada mediação realizada de forma virtual, são feitas melhorias, para tornar mais eficaz esse método. Para Barrocas, Ferreira e Peters-Panko (2020, p. 3):

À medida que a resolução de disputas on-line se torna mais popular e mais mediadores obtêm habilidades especializadas em como conduzir mediações on-line, as limitações que antes eram percebidas do uso de plataformas on-line para resolução de disputas estão sendo desmascaradas. Muitas plataformas de resolução de disputas on-line possuem recursos em que o mediador pode facilitar reuniões individuais em tempo real. O mediador também pode controlar o áudio dos participantes e, se eles se tornarem inadequados, poderão ser silenciados. O mediador também tem uma quantidade incrível de poder na criação e manutenção de um espaço seguro. No mundo da resolução virtual de disputas, o mediador pode encerrar imediatamente uma mediação se a situação evolui de forma a se tornar inadequada ou insegura para continuar com o processo. Cada participante pode manter um local anônimo usando uma resolução de disputas online, o que também pode aumentar a segurança.

Segundo dados do CNJ, foram poupados cerca de R\$ 81.000.000,00 (oitenta e um milhões de reais) devolvidos aos cofres públicos graças às audiências de conciliação realizadas por videoconferência, no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (TRT2) foram mais de 6 mil audiências no período de quarentena e realizados acordos que somaram quase R\$ 56.000.000,00 (cinquenta e seis milhões de reais) (BRASIL, CNJ, 2020).

Dessa forma, com o advento das Resoluções do CNJ e da plataforma de videoconferência, o CISCO WEBEX, não há por que esperar o fim da pandemia, ainda considerado uma incerteza, para solucionar conflitos, apresentando-se a mediação como a opção mais viável e econômica.

Através da pandemia, a população pode se conscientizar e refletir sobre os benefícios da utilização dos meios consensuais, e, assim, fugir de ações judiciais que demoram anos para a consolidação do direito pretendido, denominado de trânsito em julgado, fugindo a ideia de justiça, celeridade e resultado útil do processo.

4.A (I) LEGALIDADE DA INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA CONFIDENCIALIDADE NAS MEDIAÇÕES POR VIDEOCONFERÊNCIA

A Mediação é um procedimento envolto por princípios, como já explanado nos tópicos anteriores, contribuindo para a desburocratização, celeridade, informalidade e confiança das partes no procedimento. Reale (2001, p. 285), interpreta da seguinte forma o que seriam os princípios dentro do direito:

[...] Restringindo-nos ao aspecto lógico da questão, podemos dizer que os princípios são "verdades fundantes" de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *práxis*[...].

A confidencialidade é um dos princípios fundamentais no procedimento da mediação, conforme a Lei nº 13.140/15, o CPC/2015 e a Resolução nº 125/2010 do CNJ. Com a implementação das regras do Código de Processo Civil de 2015, a manifestação do interesse da audiência de mediação ficou a cargo dos advogados, por meio de pedido, por escrito, na petição inicial.

Sobre o dever de respeito a esse princípio, Colombo (2019, p. 21) menciona:

Da análise da legislação brasileira vigente em matéria de mediação se depreende que o princípio da confidencialidade,

de forma genérica, concretiza-se no dever que o mediador, as partes, os advogados e os assessores técnicos têm de resguardar o sigilo das informações trocadas no decorrer das sessões de mediação, oralmente ou por escrito.

Jesus (2020, p. 119), faz a seguinte análise acerca do princípio da confidencialidade:

À luz do modelo analítico-comportamental do Direito, a confidencialidade é uma meta social, e isso é facilmente percebido nas diversas enunciações do CPC e da Lei da Mediação. Estabeleceu-se politicamente que a conduta violadora da confidencialidade na mediação é socialmente indesejável, havendo previsão de sanções, entre as quais a qualificação da prova apresentada como ilícita (art. 30, § 2º, da Lei da Mediação).

Na visão de Almeida (2015) o cerne da mediação é o princípio da confidencialidade, uma vez que proporciona confiança às partes, possibilitando a relação entre a boa-fé e a transparência durante o procedimento.

O princípio da confidencialidade está intimamente ligado ao da boa-fé. Paz (2017), ensina que, no que tange a cooperação entre as partes e o mediador, para compreensão do conflito, ambos devem ser pautados na boa vontade e na verdade para resolvê-lo, facilitando a decisão e o reestabelecimento da comunicação, sem a intenção de querer prejudicar o outro.

No mesmo sentido, Oliveira (2017, p. 63): “Como deve existir um comprometimento de todos os envolvidos para evitar que haja um vazamento das informações ou que não se construa um espaço democrático e confiável para as partes, a boa-fé deverá estar atrelada à confidencialidade”.

Heck e Bombino (2018, p. 130) analisam a relação de interdependência entre a confiança e a confidencialidade nas mediações:

A interdependência entre os conceitos pode ser aferida de forma assertiva de que a confidencialidade das informações dentro do processo de mediação é mais um elemento que influencia na construção de uma relação de confiança entre interessados e entre estes e o conciliador/mediador. Quando os interessados confiam que nada do que foi compartilhado no procedimento de conciliação/mediação poderá ser levado a público ou utilizado em outro processo em seu desfavor,

sentem-se confortáveis para revelar informações relevantes sobre a controvérsia.

Ainda, Azevedo (2003, p. 306) entende que a confidencialidade funcionaria com a chave para que as partes exponham a verdade dos fatos:

Sendo a informação importante moeda de troca nas negociações e de exposição sensível à confiança e à promessa de reciprocidade, não é raro que um mediador somente consiga os dados cruciais para a inteligibilidade de um conflito numa sessão privada, após a promessa de confidencialidade. Em razão disso, trair a confiança depositada pela parte confidente abala toda credibilidade do processo de mediação.

Corroborando com as ideias dos autores, é cediço que a inobservância ao princípio da confidencialidade gera a incredibilidade do procedimento às partes, ao passo que, pelo dever do sigilo, sentem-se à vontade para falar a verdade acerca do real problema que gera o conflito, considerando, sobretudo, as consequências jurídicas a quem quebra tal dever.

Nas mediações presenciais, há maior facilidade da observância ao cumprimento do princípio da confidencialidade, uma vez que as partes estão reunidas no mesmo ambiente. Todavia, nas mediações por videoconferência é imprescindível o respeito a esse princípio, a fim de que o procedimento seja legalmente válido.

Com o advento dos meios tecnológicos, o mediador pode pedir permissão para reunir-se em particular com cada uma das partes, para tirar suas dúvidas, levando em consideração que estas não estão acostumadas com procedimentos virtuais. Para tanto, deve o mediador agir com cautela, explicando como funcionará a sessão e deixando claro, desde o início, que esta não será gravada, esclarecendo que as informações debatidas não serão corrompidas, preservando-se, assim, o princípio da confidencialidade (HOFFMANN, 2020).

O dever de informar no início da sessão ou em qualquer outro momento sobre o procedimento ser pautado pelo sigilo do princípio da confidencialidade, como exposto acima, está regulamentado pelo art. 14 da Lei de Mediação.

No entanto, ainda há uma necessidade de que legisladores e operadores do direito, busquem maneiras tecnológicas para tornar ainda mais seguro o ambiente virtual de realização das mediações, com o intuito de não haver o que se chama popularmente de "vazamento" de informações.

Quanto à ilegalidade da inobservância a esse princípio no procedimento de mediação, o mediador e sua equipe, quando no exercício das suas funções, serão equiparados a servidor público, ou seja, a violação do princípio da confidencialidade ensejará a eles, responsabilidade criminal, conforme o art. 325 do Código Penal pelo crime de sigilo, e art. 154 do Código Penal por violação de segredo profissional, como também, há a restrição para atuação como testemunha nos processos judiciais devido a sua posição em relação às informações privilegiadas de audiência que participou, para não ferir o princípio mencionado, de acordo com o art. 229, I do Código Civil e art. 406, II do CPP.

Há ainda, para os mediadores, a sanção correspondente ao afastamento de suas atividades por certo período, através de uma decisão fundamentada do juiz do processo ou do juiz coordenador do CEJUSC, podendo ser informado ao Tribunal acerca da instauração do processo administrativo, que poderá acarretar exclusão do mediador do cadastro de mediadores, conforme o art. 173 do CPC/2015.

Em consonância com o art. 30 da Lei 13.140/2015, toda informação relativa ao procedimento de mediação, será confidencial, não podendo ser revelada em processo judicial ou arbitral, alcançando assim as declarações, opiniões, sugestões, documentos, promessas ou propostas formuladas pelas partes.

Essa preocupação em bem definir o princípio da confidencialidade deve-se ao objetivo do legislador de incentivar as partes a adotarem postura proativa no processo de mediação, sem receios de que o que for sugerido, debatido, comentado, seja tornado público ou levado ao juiz do processo, de modo que, na ausência de acordo possa haver qualquer prejuízo ou prejulgamento do caso (GÓES, 2018, p. 1).

Porém, cumpre destacar que a mediação comporta exceções ao princípio da confidencialidade. Dessa maneira, conforme o artigo mencionado acima, se as partes optarem pela divulgação de qualquer informação contida na mediação, não há ilegalidade, bem assim, se a divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

Salienta-se, por exemplo, que nas mediações onde faça parte a Administração Pública, há prevalência do princípio da publicidade dos atos, em face da confidencialidade, sendo admitido somente de forma excepcional e de acordo com o art.166 do CPC, observando os limites da lei de acesso à informação.

Após detida análise, percebe-se que o princípio da confidencialidade é peça chave nas mediações, por gerar a confiança das partes nos sigilos das informações

prestadas, o que não aconteceria em alguns processos judiciais, haja vista a publicidade dos atos.

As partes envolvidas na mediação são cientes que, todo assunto ali verbalizado caracteriza-se como segredo de justiça, possibilitando que elas revelem verdades para não se sentirem prejudicadas, caso não cheguem a um acordo e precisem demandar ao judiciário, visto que tudo o que discutiram deve ficar resguardado, salvo no caso das exceções.

Nas mediações por videoconferência também há todo o dever de observância à manutenção do sigilo, sendo, portanto, a única diferença desta para a mediação presencial, o ambiente onde é realizada, a saber, salas virtuais.

Logo, cabe às partes, mediadores e advogados, terem a responsabilidade de não permissão de escuta de terceiros acerca do que está sendo discutido, não permissão de gravações e não divulgação verbal dos fatos ocorridos na sessão, com exceção das liberações feitas pelas próprias partes, pois cada um é ciente das consequências jurídicas caso haja inobservância ao dever de confidencialidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho aborda o princípio da confidencialidade nas mediações por videoconferência e suas consequências jurídicas, nesse sentido, conclui-se, inicialmente, que a mediação é método adequado e seguro para o acesso à justiça e não apenas uma forma alternativa para resolução de litígios, como também que a confidencialidade é princípio fundamental para a validação desse instituto.

Abordaram-se, ainda, os benefícios da mediação em meio à Pandemia, portanto, arremata-se que as mediações por videoconferência oferecem a vantagem da celeridade e rapidez para resolução dos litígios, conveniência para as partes e a redução nos custos para manutenção das salas dos fóruns e câmaras, assim, não há por que esperar o fim da pandemia para a realização da audiência, haja vista ser possível sua realização por videoconferência. A plataforma Cisco Webex foi muito bem-vinda como meio preferencial utilizado pelo Poder Judiciário para realização das audiências.

Depreende-se, pois, de tudo o que fora abordado sobre o princípio da confidencialidade, que esse princípio, nas audiências de mediação por videoconferência, não é prejudicado, nem prejudicial, uma vez que o mediador usa de várias técnicas para garantir o sigilo das informações, no entanto, entende-se que as partes são seus próprios fiscais e devem estar cientes quanto ao respeito à confidencialidade inerente a sessão de mediação.

À vista do exposto, é oportuno ressaltar que a confidencialidade é seguida nas mediações por videoconferência, e só difere das sessões realizadas presenciais, no que concerne ao ambiente, deixando de ser nas salas de audiências presenciais e passando as salas virtuais, logo, cabe aos legisladores criarem formas para influenciar as mediações por videoconferência durante e após a pandemia, visto os benefícios explanados acerca desse instituto.

Dessa maneira, deduz-se que no pós pandemia as audiências por videoconferência serão o “novo normal”. Assim, sabendo que há conflitos nunca lidados pelo Poder Judiciário, decorrentes da pandemia, a partir desse estudo chega-se à conclusão de que a mediação é forma eficaz para diminuir os impactos assombrosos da pandemia do COVID-19, ainda mais por carecerem de um olhar mais humano e empático, desde que cada um dos envolvidos na sessão prezem pelo respeito a confidencialidade nas informações discutidas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tânia. **Mediação e Conciliação**: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: SOUZA, Luciane Moessa de (ed.). **Mediação de conflitos**: novo paradigma de conflitos. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2015. Cap. 6. p. 80-87. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/ns5v8xv>. 361p. Acesso em: 25 out. 2020.

ALVIM, J. E. Carreira. **TEORIA GERAL DO PROCESSO**. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. 464 p.

ANNUNZIATO, Camila Bonin. O acesso à justiça no Brasil: direito constitucional. **Revista de Âmbito Jurídico**: nº 149, São Paulo, p. 1-4, 01 jun. 2016. Mensal. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-acesso-a-justica-no-brasil/>. Acesso em: 27 set. 2020.

AZEVEDO, Gustavo Tranco de. **Mediação**: confidencialidade na mediação. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. 2. ed. Brasília: Editora Grupo de Pesquisa, 2003. Cap. 32, p. 512. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/confidencialidade-na-mediacao>. Acesso em: 06 nov. 2020.

BARROCAS, Carolina; FERREIRA, Daniel Brantes; PETERS-PANKO, Demi. **Solução de conflitos em tempos de pandemia**: ODR como experiência de sucesso para solução de conflitos diante do covid-19. **Direito, Compliance e Solução de Conflitos**: Content Team Direito Profissional- Ambra University, New York, p. 1-1.

19 mar. 2020. Disponível em: <https://www.direitoprofissional.com/odr-solucao-de-conflitos-covid-19/>. Acesso em: 13 out. 2020.

BORGES, Gustavo Silveira; AL, Mônica Abdel. A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA POR MEIO DA MEDIAÇÃO VITUAL DE CONFLITOS. **Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 39, n. 1, p. 115-129, 30 set. 2019. Semestral. ISSN 1807-3840. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/issue/view/Nomos%2039-1/Nomos%2039-1>. Acesso em: 05 nov. 2020.

BRAGA NETO, Adolfo; SALLES, Carlos Alberto de; ZAPPAROLLI, Célia Regina; GABBAY, Daniela Monteiro; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda; GUERRERO, Luis Fernando; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; PELAJO, Samantha. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. - Coordenação Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini, Paulo Eduardo Alves da Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda., Método:2020. 344 p.

BRASIL. Constituição 1998. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso: 21 abr. 2020.

BRASIL. Congresso. Senado. Câmara dos Deputados Federais. Constituição (2015). Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. Vigência Veto Parcial. **Lei**. Brasília, DF. Instituiu o Novo Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso: 10 set. 2020.

BRASIL. Congresso. Senado. Constituição (2020). **Decreto Legislativo nº 6**, de 20 de março de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, **a ocorrência do estado de calamidade pública**, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. **Lex**: Legislação. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. Congresso. Senado. Constituição (1992). **Decreto nº 678**, de 06 de novembro de 1992. **PROMULGA A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS** (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA), DE 27 DE NOVEMBRO DE 1969. **Lei**: Legislação Federal. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 27 set. 2020.

BRASIL. Constituição (2006). **Lei nº 11.419**, de 19 de dezembro de 2006. DISPÕE SOBRE **A INFORMATIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL**; ALTERA A LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973 - CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL; E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. Veto Parcial. **Lex**: Legislação. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. Congresso. Senado. Câmara dos Deputados Federais. Constituição (2015). **Lei nº 13.140**, de 26 de junho de 2015. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública**; ALTERA A LEI Nº 9.469, DE 10 DE JULHO DE 1997, E O DECRETO Nº 70.235, DE 6 DE MARÇO DE 1972; E REVOGA O § 2º DO ART. 6º DA LEI Nº 9.469, DE 10 DE JULHO DE 1997. Vigência. **Lei**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20media%C3%A7%C3%A3o%20entre,o%20%C2%A7%20%C2%BA%20do%20art. Acesso: 08 set. 2020.

BRASIL. Congresso. Senado. Constituição (2020). **Lei nº 13.979**, de 06 de fevereiro de 2020. **Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019**. **Lex**: Legislação. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. Resolução nº 125 de 29/11/2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Resolução Nº 125º de 29/11/2010**. Brasília, DF. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>. Acesso: 06 set. 2020.

BRASIL. Congresso. Senado. Constituição (2020). **Resolução nº 313**, de 19 de março de 2020. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial... **Lex**: Legislação. Brasília, DF, Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp->

[content/uploads/2020/03/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-313-5.pdf](https://www.conteudojuridico.com.br/content/uploads/2020/03/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-313-5.pdf). Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. Congresso. Senado. Constituição (2020). **Resolução nº 314**, de 20 de abril de 2020. Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências. **Lex**: Legislação. Brasília, DF, Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/04/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-314.pdf>. Acesso em: 12 out. 2020.

CASTRO, Maíra Lopes de. **Porque falar de mediação de conflitos em tempos de Covid-19? Jornal IBDFAM: Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte, p. 1-1. 17 abr. 2020. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1419/Porque+falar+de+media%C3%A7%C3%A3o+de+conflitos+em+tempos+de+Covid-19%3F>. Acesso em: 13 out. 2020.

CNJ. (BRASIL). Agência CNJ de Notícias. **Com mais de 366 mil videoconferências, Justiça eleva produtividade na pandemia**. Notícias CNJ. 2020. **CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**. Editor: Jeferson Melo. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/com-mais-de-366-mil-videoconferencias-justica-eleva-produtividade-na-pandemia/>. Acesso em: 09 nov. 2020.

COSTA, Ana Filipa Camacho da. **O Princípio da Confidencialidade na Mediação em Matéria Civil e Comercial**: caso português. 2014. 85 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2014. Cap. 4. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/16929/1/Costa_2014.pdf. Acesso em: 22 out. 2020.

COLOMBO, Silvana Raquel Brendler. O princípio da confidencialidade na mediação de conflitos ambientais. **Revista Catalana de Dret Ambiental**, Tarragona, v. 10, n. 1, p. 1-37, 16 jul. 2019. Semestral. Universitat Rovira I Virgili. <http://dx.doi.org/10.17345/rcda2530>. Disponível em: <https://revistes.urv.cat/index.php/rcda/article/view/2530>. Acesso em: 05 nov. 2020.

DOMINGUES, Paulo Sérgio. BALBANI, Arthur. LUTAIF, Michel. A responsabilidade do Poder Judiciário ante a crise sanitária da COVID-19. **Revista Consultor Jurídico**. 9 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-09/direito-pos-graduacao-responsabilidade-poder-judiciario-crise-covid-19>. Acesso em: 29 out. 2020.

FREITAS, Carolina Mota de; PELLEGRINI, Carolina Portella. O PAPEL DO MEDIADOR COMO EFETIVADOR DA JUSTIÇA SOCIAL: reflexões sobre diálogo, respeito e consenso. **XIII Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**: a IX mostra internacional de trabalhos científicos, Rio Grande, p. 1-17, 2016. Anual. ISSN 2358-3010.

GÓES, Flávia Mendes Mascarenhas. O princípio da confidencialidade no procedimento de mediação: reflexões sobre a aplicação do sigilo em harmonia com outros princípios que regem a mediação no direito brasileiro. **Portal Jus Brasil**, Pernambuco, v. 1, n. 1, p. 1-1, 2018. Periódico. Disponível em: <https://flaviafmm.jusbrasil.com.br/artigos/648661242/o-principio-da-confidencialidade-no-procedimento-de-mediacao>. Acesso em: 05 nov. 2020.

HECK, Tatiana de Marsillac Linn; BOMBINO, Luciana Marques. PRINCÍPIO DA CONFIDENCIALIDADE E PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE: incidência e limites sobre as tratativas conciliatórias na administração pública. **Revista da Esdm**, Porto Alegre, v. 4, n. 8, p. 125-143, 05 dez. 2018. Semestral. ISSN 2595-7589. Disponível em: <http://revista.esdm.com.br/index.php/esdm/article/view/84/78>. Acesso em: 30 out. 2020.

HOFFMANN, Fernando. Como se preparar para conduzir mediações por videoconferência. **Revista Consultor Jurídico**, Paraná, p. 1-6, 24 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-24/fernando-hoffmannmediacoes-videoconferencia>. Acesso em: 05 nov. 2020.

HOFFMANN, Fernando (Brasil). Tsc. **MEDIAÇÃO POR VIDEOCONFERÊNCIA-PARTE IV**: dez dicas para o mediador 'virtual'. **Tsc: Tudo Sobre Conflitos**. Paraná, p. 1-1. 13 maio 2020. Disponível em: <https://tudosobreconflitos.com.br/mediacao-por-videoconferencia-parte-iv-dez-dicas-para-o-mediador-virtual/>. Acesso em: 05 nov. 2020.

JESUS, Antônio Marcos da Silva de. A confidencialidade na mediação de conflitos coletivos no âmbito do Ministério Público: uma abordagem analítico-comportamental do Direito. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 57, n. 227, p. 105-130, jul./set. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/227/ril_v57_n227_p105. Acesso: 23 out. 2020.

LAGRASTA, Valeria Ferioli. **O desafio da mediação por videoconferência**: sessões de conciliação/mediação por videoconferência tendem a se tornar cada vez mais frequentes. Sessões de conciliação/mediação por videoconferência tendem a se tornar cada vez mais frequentes. 2020. Texto extraído do site JOTA INFO. Disponível

em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/innova-e-acao/o-desafio-da-mediacao-por-videoconferencia-30062020>. Acesso em: 21 out. 2020.

MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro. **Novo código de processo civil: anotado e comparado: lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**/Dario Ribeiro Machado Junior e outros; coordenação Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARETTI, Luis Marcello Bessa. Os Desafios no Século XXI para a Resolução de Conflitos e o Uso das Modalidades de Autocomposição como Meios Alternativos: inovação da justiça. **Revista Enajus**, Curitiba, p. 1-12, 2020. Semestral. Universidade Positivo. Disponível em: <http://www.enajus.org.br/assets/sexoes/sessao-11/2-os-desafios-no-se-culo-xxi-para-a-resoluc-a-o-de-conflitos-e-o-uso-das-modalidades-de-autocomposic-a-o-como-meios-alternativos.pdf>. Acesso em: 29 out. 2020.

OLIVEIRA, Thifani Ribeiro Vasconcelos de. **A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NA MEDIAÇÃO JUDICIAL À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. 2017. 169 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador, 2017. Cap. 6. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/22008/1/THIFANI%20RIBEIRO%20VASCONCELOS%20DE%20OLIVEIRA.pdf>. Acesso em: 25 out. 2020.

PAZ, Filipe. Os Princípios Exclusivos da Mediação: os princípios informadores do instituto da mediação. **Revista Jus Brasil**, Pernambuco, p. 1-1, 2017. Semestral. Direito Processual. Disponível em: <https://filipeadp.jusbrasil.com.br/artigos/574525145/os-principios-exclusivos-da-mediacao>. Acesso em: 05 nov. 2020.

PEIXOTO, Ravi. **Sobre o Princípio da Confidencialidade na Mediação e na Conciliação**. 2016. Fonte: Portal Processual – 09/03/2016. Disponível em: <http://www.adambrasil.com/sobre-o-principio-da-confidencialidade-na-mediacao-e-na-conciliacao/>. Acesso em: 20 out. 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. 1544 p.

_____. **Priorização do 1º Grau da Justiça**. Justiça em Números 2018: ano-base 2017/**Conselho Nacional de Justiça** - Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/priorizacao-do-1o-grau/dados-estatisticos-priorizacao/>. Acesso em: 22 out. 2020.

REALE, Miguel. **LIÇÕES PRELIMINARES DE DIREITO**. 25. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. 371 p. 22ª tiragem. Disponível em:

https://aprender.ead.unb.br/pluginfile.php/40071/mod_resource/content/1/Livro%20Miguel%20Reale. Acesso em: 05 nov. 2020.

SCALIANTE, Ana Lara Sardelari; PIMENTEL, Matheus Dalta; NOGUEIRA, Luis Fernando. ONLINE DISPUTE RESOLUTION: da vulnerabilidade ao acesso à justiça em tempos de pandemia. **Revista Intertemas, Presidente Prudente**, p. 1-13, 03 set. 2020. Semestral. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/download/8710/67650109>. Acesso em: 29 out. 2020.

SILVA, Leda Maria Messias da; TAKESHITA, Leticia Mayumi Almeida. A medida provisória 936/2020 e a mediação coletiva aos trabalhadores idosos aposentados. Revista UFG: **Dossiê: Enfrentamento da Pandemia COVID-19 e as Ações de Extensão e Cultura**, Belo Horizonte, v. 20, n. 26, p. 1-26, 01 out. 2020. Periódica. ISSN: 2179-2925. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revistaufg/article/view/64688/35448>. Acesso em: 09 out. 2020.

SOARES, Carlos Henrique; ALVES, Lucélia de Sena. Audiência Telepresencial e Devido Processo Constitucional. **Revista Virtuajus: Ética, Direitos e Novo Humanismo**, Belo Horizonte, v. 5, n. 8, p. 301-330, 14 set. 2020. Semestral. ISSN 1678-3425. Disponível em: <http://200.229.32.43/index.php/virtuajus/article/view/24455/17128>. Acesso em: 09 out. 2020.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 5. ed. São Paulo: Editora Forense: Método, 2019. 100 p.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Editora Forense Ltda., Método:2020. 537 p. Disponível em: <http://www.petropolis.rj.gov.br/petropolisdapaz/artigos/downloads/Mediacao-de-Conflitos-e-Praticas-Restaurativas.-Modelos-Processos-Etica-e-Applicacoes-Carlos-Eduardo-Vasconcelos.pdf>. Acesso em: 19 abr.2020.

i Lei que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências.

ii AgRg no Ag 1141283/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 10/09/200

FUNDAÇÃO DOM CABRAL



DESENVOLVIMENTO DE EXECUTIVOS E EMPRESAS

**FUNDAÇÃO DOM CABRAL
PROGRAMA DE ESPECIALIZAÇÃO EM GESTÃO**

**CONTRATO DE METAS: INSTRUMENTO DE MELHORIA DO
DESEMPENHO E DA MOTIVAÇÃO DOS
EMPREGADOS DO UNIBANCO?**

Carolina Silveira Reis
Daniela do Carmo Miranda
Daniela Peixoto Nogueira
Débora Bustamante van Wijk
Márcia Ferreira Sales

**Belo Horizonte
2010**

Carolina Silveira Reis
Daniela do Carmo Miranda
Daniela Peixoto Nogueira
Débora Bustamante Van Wijk
Márcia Ferreira Sales

**CONTRATO DE METAS: INSTRUMENTO DE MELHORIA DO
DESEMPENHO E DA MOTIVAÇÃO DOS
EMPREGADOS DO UNIBANCO?**

Projeto Aplicativo apresentado na conclusão do Programa de Especialização em Gestão com ênfase em Pessoas da Fundação Dom Cabral.

Orientadora: Amenilde Bandeira Reis

À Parex, pela oportunidade de ampliar minha formação profissional. A todos que me apoiaram durante esta jornada.

Carolina Silveira Reis

À minha mãe, eterna professora. Ao meu marido e meu filho, por entenderem minha ausência, pelo incentivo e apoio.

Daniela Miranda

Aos meus pais, pilares da minha vida.

Daniela Nogueira

Dedico esta vitória aos meus pais, irmãos e noivo, por me incentivarem sempre a dar o melhor de mim em tudo que faço.

Débora Bustamante van Wijk

Ao meu esposo Rodrigo Aquino, aos meus familiares e amigos, cúmplices deste importante momento da minha vida. Ao Hospital Mater Dei, pela oportunidade de realizar este trabalho.

Márcia Sales

Lembre-se: você ficará com um sentimento de vazio se chegar sozinho ao final. Quando você participa de uma corrida em equipe, entretanto, você descobrirá que muito da gratificação estará em chegar juntos. Você estará cercado não apenas pelos aplausos do público, mas por uma multidão de vencedores comemorando como se fossem um...

Howard Schultz

AGRADECIMENTOS

À Profa. Orientadora Amenilde Reis, pelos ensinamentos e orientações que tornaram possível a concretização deste trabalho.

À Profa. Ássima Maria Ferreira, que muito contribuiu com sua dedicação, disponibilidade e prontidão em ajudar.

À Coordenadora Aline Souki, por sua valiosa ajuda nos momentos de dúvida e pelas dicas.

Aos professores que aceitaram participar da banca e avaliar este trabalho.

A todos que, de alguma forma, contribuíram para o sucesso deste projeto, em especial aos empregados do Unibanco pela abertura e apoio dispensados na realização deste trabalho.

RESUMO

As crescentes exigências pela qualificação profissional e a demanda por profissionais de alto desempenho têm imposto às organizações formas inovadoras de práticas de gestão, assim como alternativas de melhoria do desempenho dos empregados objetivando garantir a manutenção no mercado globalizado e competitivo. Este projeto tem como objetivo central investigar a ferramenta Contrato de Metas do Unibanco e o seu impacto com relação ao desempenho diferenciado e à motivação dos empregados. Acredita-se que a ferramenta possa trazer diferenças para a empresa e para os empregados na superação de metas e objetivos. Para desenvolver a proposta, foi realizada pesquisa documental; realizou-se também levantamento de campo por meio de questionários e entrevistas. Procedeu-se aos fundamentos da literatura, observando-se as considerações relevantes sobre a avaliação de desempenho, dos métodos, tendências e das metodologias de medida de desempenho, assim como os estudos sobre motivação, histórico, conceitos e teorias motivacionais. Como resultado da pesquisa nota-se que na percepção dos empregados, o Contrato de Metas é uma ferramenta útil e presente no cotidiano das pessoas à medida que direciona a atuação profissional. A ferramenta também se mostrou capaz de aumentar a *performance* e a motivação dos empregados. Nessa perspectiva, após a fusão Itaú – Unibanco, sugere-se que o Contrato de Metas seja mantido com algumas modificações. Sugerem-se, ainda, reuniões como oportunidade de um espaço de escuta para os empregados manifestarem suas idéias, sugestões, visando assegurar o contínuo desenvolvimento das pessoas e da empresa.

Palavras-chave: Contrato de Metas. Avaliação de desempenho. Motivação. Indicadores de desempenho.

ABSTRACT

The growing demand for professional qualification and for high-performance professionals has led the organizations to face innovative management practices, as well as alternatives for improving the performance of employees aimed at guarantee the maintenance of the global and competitive market. The main point of this project is to investigate the central tool of Unibanco called *Contrato de Metas* and its multiple impacts related to differently performance and motivation of employees. It is believed that the tool can make the difference to the company and to the employees, because as they really know their job's focus, they can be recognized for exceeding goals and objectives. In this context, documentary research was conducted; it was also conducted a field survey, through questionnaires and interviews. In seeking a theoretical background, some literature studies were made in which the following was observed: the relevant topics about performance evaluation, methods, trends and methodologies for measuring performances; studies on motivation, historical, concepts and motivational theories. In summary, as a result of research, due to the employees' perception, the *Contrato de Metas* is considered to be useful and present in the daily life because it directs the professional performance. It was also able to increase the performance and the motivation of the employees. According to this perspective, after the process of fusion between the companies Itaú - Unibanco, is suggested that the *Contrato de Metas* should be maintained with some modifications. Therefore, meetings were suggested as an opportunity for a space where people could share their ideas, suggestions, aimed at ensuring the continuous development of the people and the company.

Keywords: *Contrato de Metas*. Performance's evaluation. Motivation. Performance's indicators.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Contrato de Metas – Descrição do Processo.....	24
Figura 2: Modelo gerenciamento por objetivos.....	39
Figura 3: Pirâmide das necessidades básicas de Maslow.....	46

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Distribuição da amostra por sexo.....	53
Gráfico 2: Distribuição da amostra por idade.....	54
Gráfico 3: Distribuição da amostra por nível de escolaridade.....	54
Gráfico 4: Distribuição da amostra por tempo de trabalho na Instituição.....	55
Gráfico 5: Questão 1.....	55
Gráfico 6: Questão 2.....	56
Gráfico 7: Questão 3.....	56
Gráfico 8: Questão 4.....	57
Gráfico 9: Questão 5.....	57
Gráfico 10: Questão 7.....	58
Gráfico 11: Questão 8.....	59
Gráfico 12: Questão 9.....	59
Gráfico 13: Questão 10.....	60
Gráfico 14: Questão 11.....	60
Gráfico 15: Questão 12.....	61
Gráfico 16: Questão 13.....	61
Gráfico 17: Questão 14.....	62
Gráfico 18: Questão 15.....	62
Gráfico 19: Questão 16.....	63

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Questão 6	58
---------------------------	----

LISTA DE SIGLAS

GG – Gerente Geral

GA – Gerente de Atendimento

GR – Gerente Residente

GEM – Gerente de Expansão de Mercado

GU – Gerente Uniclass

AA – Assistente de Atendimento

IPP – Índice de penetração por produto

RH – Recursos Humanos

PAB – Posto de Atendimento Bancário

PEC – Programa de Estímulo ao Conhecimento

RR – Remuneração por Resultados

RC – Resultado de Contribuição

BIB – Banco de Investimento do Brasil

UBB – União de Bancos Brasileiros S.A.

AIG – American International Group

NYSE – Bolsa de Valores de Nova York

ECC – Escalas de Classificação Comportamental

EOC – Escalas de Observação do Comportamento

BSC – Balanced Scorecard

APO – Administração por Objetivos

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	APRESENTAÇÃO DA EMPRESA	15
2.1	Histórico da empresa.....	15
2.2	A fusão.....	17
2.3	Ideologia Unibanco.....	19
2.4	Atitudes do Jeito Unibanco.....	20
2.5	Contrato de Metas.....	22
3	REFERENCIAL TEÓRICO	25
3.1	Avaliação de desempenho: considerações importantes.....	25
3.1.1	Métodos e ferramentas de avaliação de desempenho.....	28
3.1.2	O papel do avaliador.....	30
3.1.3	A importância do <i>feedback</i>	33
3.1.4	Tendências para os processos de avaliação de desempenho.....	36
3.2	Administração por objetivos ou gerenciamento por objetivos.....	37
3.3	Metodologias de medidas de desempenho.....	39
3.3.1	Indicadores de desempenho e medidas de produtividade.....	39
3.3.2	<i>Balanced Scorecard</i> (BSC).....	41
3.4	Motivação.....	42
3.4.1	A motivação no contexto atual das organizações.....	42
3.4.2	Conceitos de motivação.....	43
3.4.3	Histórico da motivação.....	44
3.4.4	Teoria de fixação de objetivos.....	45
3.4.5	Teoria do caminho-meta.....	45
3.4.6	Teoria da hierarquia das necessidades.....	46
3.4.7	Teoria da expectativa.....	47
3.4.8	Teoria do reforço.....	48
4	METODOLOGIA	51

5	APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS DADOS	53
5.1	Caracterização da amostra de pesquisa.....	53
5.2	Análise descritiva do questionário.....	55
5.3	Entrevistas.....	63
6	INTERPRETAÇÃO DOS RESULTADOS DA PESQUISA	66
7	CONCLUSÃO	72
	REFERÊNCIAS	74
	Anexo I.....	77
	Apêndice I.....	78
	Apêndice II.....	81

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, devido às crescentes exigências de qualificação e excelência nos serviços e produtos, as organizações enfrentam mudanças constantes de modo que, para garantir sua sobrevivência e seu sucesso, dependem do desempenho humano. Assim, as pessoas passam cada vez mais a representar a habilidade organizacional, o *know-how* tecnológico, o conhecimento do mercado e as competências práticas e teóricas indispensáveis à manutenção da capacidade competitiva.

Percebe-se uma constante busca por qualidade, redução de custos, superação de metas, aproveitamento do tempo, otimização da produtividade e excelência nos resultados. Para que assim seja, o capital intelectual não pode ser depreciado ou ficar obsoleto. É preciso sempre atentar para o desenvolvimento das habilidades e destrezas essenciais para o êxito do negócio das empresas.

Nesse cenário, as empresas, cada vez mais preocupadas com o seu capital humano, avaliam seus funcionários e buscam adequá-los às necessidades presentes e futuras. Para tanto, analisar as ferramentas de avaliação de desempenho é de extrema importância, uma vez que é essencial que as empresas invistam e reflitam sobre formas inovadoras de melhorar o desempenho das pessoas, que são a principal vantagem competitiva das organizações. Para Lucena (1992), a avaliação de desempenho tem sido considerada uma sistemática para a apreciação do desempenho do indivíduo no cargo que ocupa e de seu potencial de desenvolvimento.

Avaliar o desempenho possibilita fornecer às pessoas *feedback* sobre o seu trabalho, identificar os pontos fortes, bem como aqueles a serem desenvolvidos. Existem ganhos também para a empresa à medida que esta irá conhecer melhor seu capital humano para, então, subsidiar outros programas e processos de recursos humanos, tais como planos de incentivos e recompensas, programas de remuneração estratégica e benefícios e desenvolvimento de novos talentos.

O presente estudo visou investigar o Contrato de Metas da empresa Unibanco, ferramenta utilizada para avaliar o desempenho de seus empregados. Visou também analisar a relação existente entre a ferramenta e a melhoria do desempenho das pessoas no trabalho. Pretendeu, ainda, verificar a influência do

Contrato de Metas na motivação dos empregados.

O estudo foi realizado em duas agências localizadas na região metropolitana de Belo Horizonte - Minas Gerais.

A escolha pela pesquisa sobre o Contrato de Metas: instrumento de melhoria do desempenho e da motivação dos empregados do Unibanco? baseou-se na relevância da temática da avaliação de desempenho no trabalho e na ferramenta adotada pela organização estudada. Um estudo dessa natureza pode contribuir para a prática do banco no que diz respeito a área de avaliação de desempenho no trabalho, uma vez que existe grande preocupação das organizações com o desempenho de seus empregados e com a necessidade de aprimorar as ferramentas e os métodos avaliativos. Assim, estudar este instrumento e seus impactos torna-se relevante para a empresa tendo em vista o cenário atual no qual as pessoas são o diferencial competitivo da organização.

Primeiramente foram apresentados a empresa, os dados da sua história, a ideologia organizacional e a ferramenta Contrato de Metas.

Posteriormente, encontra-se o referencial teórico sobre desempenho no trabalho. Nessa parte foram abordados conceitos de avaliação de desempenho, dos métodos e ferramentas, do papel do avaliador, da importância do *feedback*, das principais tendências, dos indicadores de desempenho e da produtividade no trabalho, além de conceitos, evolução histórica e teorias de motivação.

Em seguida, no que tange à metodologia, foram destacados os passos seguidos para a realização da pesquisa e os dados sobre esta. Além disso, foram apresentados o questionário e o roteiro de entrevista, que constituem os instrumentos de coleta de dados utilizados neste trabalho.

Na sequência, foi apresentada a caracterização da amostra de pesquisa e realizadas a apresentação e a análise descritiva dos dados, a tabulação, os gráficos referentes à pesquisa e, em seguida, a interpretação dos resultados.

Por último, encontram-se as discussões e conclusões acerca do trabalho, além de sugestões sobre a aplicabilidade da ferramenta.

2 APRESENTAÇÃO DA EMPRESA

A empresa em que este estudo foi realizado é o Unibanco: União de Bancos Brasileiros que, atualmente, passa por um processo de fusão com o Banco Itaú. Desse processo está nascendo o Itaú Unibanco Banco Múltiplo S.A.

É necessário salientar que o presente trabalho se refere unicamente à empresa Unibanco, uma vez que o processo de fusão ainda é recente. Além disso, o Contrato de Metas foi elaborado pelo Unibanco em data anterior à fusão.

2.1 Histórico da empresa

- **Unibanco**

O dia 27 de setembro de 1924 marca o início da história do Unibanco. Nessa data, uma carta patente do governo federal autorizava o funcionamento da seção bancária da Casa Moreira Salles. Sete anos mais tarde, a seção bancária da Casa Moreira Salles se transformava numa instituição independente: a Casa Bancária Moreira Salles. Na década seguinte, começa o processo de expansão que dá origem ao Banco Moreira Salles.

São inauguradas as agências do Rio de Janeiro em 1941 e a de São Paulo em 1942. Em 1945, a instituição contava com uma rede de 34 unidades, entre matriz, sucursais e agências. Após dez anos de atividade, no final de 1950, esse número sobe para 63. O Banco Moreira Salles acompanha o processo de modernização, urbanização e industrialização do Brasil daquela época e, em 1964, já dispunha de 191 agências.

Em 1967, o Banco se funde com o Agrimer, Banco Agrícola Mercantil, e surge

a sua nova denominação: União de Bancos Brasileiros S.A. (UBB). A UBB nasceu com 8.570 funcionários, 333 agências (a maior rede do Brasil naquela época) e mais de 1 milhão de correntistas, em nove estados além do Distrito Federal. Dois anos depois, estava no segundo lugar no ranking de bancos comerciais privados do Brasil.

Em 1970, há a segunda grande incorporação com a absorção do Banco Predial do Estado do Rio de Janeiro. Com ela, um novo perfil institucional é instaurado: a popularização como banco de varejo. Para ilustrar essa integração e facilitar a visão de todas as empresas como um grupo, assim como a sua comunicação com o público, as quinze empresas passam a ter uma só denominação a partir de 1975: Unibanco.

Em 1983, uma associação muda o perfil do setor de seguros no Brasil: a Unibanco Seguradora junta-se à Sul América, líder do setor. Nasce a Sul América Unibanco Seguradora, contando com toda a rede do Unibanco para consolidar sua liderança. No mesmo ano, em Curitiba, as três primeiras unidades do Banco 24 Horas são abertas ao público. No Brasil, o 24 Horas Unibanco foi pioneiro em seu gênero.

Em 1991, nasce o Banco 30 Horas, marca do Unibanco. Hoje, o serviço conta com diversos canais alternativos, como internet, celular, fax, dentre outros. Nessa década, o Unibanco alcança o patamar de mais de 1,8 milhões de clientes.

Em 1993, inaugura-se um novo centro de processamento de dados, aumentando em 40% a capacidade de processamento do Unibanco. O investimento realizado pelo banco nessa ampliação já antevia o crescimento substancial que ocorreria em suas operações. Um dos fatores que contribuíram para tal crescimento foi a aquisição de parte dos ativos, em 1995, do Banco Nacional S.A., operação sem precedentes no mercado brasileiro. Com ela, o Unibanco passou a ter uma rede de 1.446 dependências no Brasil, cerca de 2,1 milhões de clientes e uma base de 1,4 milhão de portadores de cartão de crédito.

Em 1996, o Unibanco adquire 50% da Fininvest. No ano seguinte, dois outros movimentos importantes ocorrem: o Unibanco lança suas ações na Bolsa de Valores de Nova York (NYSE), tornando-se o primeiro banco brasileiro a negociar seus títulos na bolsa de Nova York e associa-se ao grupo financeiro American International Group (AIG).

Em 1999, foi o primeiro banco a oferecer internet banking. O ano de 2000 termina com marcas históricas para o Unibanco: 1.623 pontos de atendimento no Brasil, crescimento do lucro líquido de 25% e aumento de 50% na base de clientes. Isso se deve, em parte, ao crescimento orgânico, mas também é resultado da aquisição do controle integral da Fininvest, do Credibanco e do Banco Bandeirantes. Com a compra do Bandeirantes, o Unibanco passou a contar com um novo sócio estrangeiro: a Caixa Geral de Depósitos. O maior grupo financeiro de Portugal, que controlava o Bandeirantes, passou a deter 12,3% do capital total do Unibanco.

O novo milênio começou com parcerias com a Globex / Ponto Frio, por meio de seu banco InvestCred (atualmente PontoCred); com o Magazine Luiza, formando o LuizaCred. Nessas duas operações, no segmento de crédito direto ao consumidor, o Unibanco detém 50% de participação e a gestão dos negócios. O ano de 2004 começa com a compra do HiperCard, cartão de crédito *private label* e principal meio de pagamento das lojas Bompreço, aceito em mais de 70.000 estabelecimentos comerciais do Nordeste.

Em 2008, o Unibanco é o terceiro maior banco privado brasileiro. Possui mais de 1.500 agências, mais de 19 milhões de clientes, 16 mil pontos de atendimentos, mais de 7 mil caixas eletrônicos e cerca de 27 mil funcionários. O Unibanco é a nona marca mais valiosa da América Latina, avaliada em R\$ 4,77 bilhões pela Interbrand, com valorização de 640% nos últimos quatro anos, segundo critérios estabelecidos por essa empresa.

2.2 A fusão

Em 3 de novembro de 2008, Itaú e Unibanco, ambas instituições financeiras de capital brasileiro, anunciaram ao mercado a união de suas operações. Dessa associação nasce o Itaú Unibanco Banco Múltiplo S.A., o maior banco privado do hemisfério sul e um dos 20 maiores do mundo em valor de mercado. O novo banco soma a tradição e a respeitabilidade das marcas Itaú e Unibanco.

A dimensão da nova instituição, os ganhos de escala potenciais e as sinergias existentes entre suas atividades contribuem para a perenidade de seus negócios, aumentam sua capacidade de concessão de crédito a empresas e pessoas e

habilitam-nas a competir globalmente. O grande desafio é a integração total das operações do Itaú e do Unibanco, mantendo a qualidade dos serviços e a liderança do mercado nacional. Uma vez vencida essa etapa, o novo banco buscará sua expansão internacional, com ênfase nos mercados emergentes.

A partir da aprovação do Banco Central do Brasil, em 18 de fevereiro de 2009, os clientes do Itaú e do Unibanco passam a ter à sua disposição, de forma gradativa, a rede de atendimento de ambas as instituições, presentes em todas as regiões do Brasil, do Caribe, da Europa, da Ásia, nos Estados Unidos e em outros países da América Latina. As diretrizes da associação incluem a manutenção da rede de agências e o aproveitamento dos talentos dos dois bancos.

O ano de 2009 marcará o início da construção de uma nova cultura interna, que unirá características do Itaú e do Unibanco. A presidência do Conselho de Administração ficará a cargo de Pedro Moreira Salles (pelo Unibanco) e o Presidente Executivo será Roberto Egydio Setubal (pelo Itaú).

Com a fusão dos dois bancos, serão aproximadamente 4.800 agências e postos de atendimento (representando 18% da rede bancária) e 14,5 milhões de clientes de conta corrente (18% do mercado). Em volume de crédito, representará 19% do sistema brasileiro e o total de depósitos, fundos e carteiras administradas atingirão 21%. Conforme as duas instituições, as operações de cartões de crédito passam a contemplar as empresas Itaucard, Unicard, Hipercard e Redecard. Atualmente estima-se 27 milhões de clientes do Itaú, 30,5 milhões do Unibanco, 108 mil empregados, 4,6 mil agências e postos de atendimento bancário, 47 mil fornecedores e 12 países atendidos.

No mercado de seguros, o novo grupo nasce com uma participação de 17% e de 24% em previdência. As operações *corporate* (para empresas) vão somar mais de R\$ 65 bilhões, com atendimento a mais de 2.000 grupos econômicos no Brasil, conforme os dois bancos, que também informaram que o negócio de Private Bank (gestão de grandes fortunas) será o maior da América Latina, com aproximadamente R\$ 90 bilhões de ativos sob gestão.

2.3 Ideologia Unibanco

Será apresentada a seguir a ideologia da empresa, conforme descrita no site do Unibanco.¹

Valores

“O Unibanco é um banco diferente, um banco com atitude. Busca pessoas que querem soluções simples e descomplicadas e que procuram aquilo que existe de melhor em produtos e serviços financeiros. Um banco despojado e transparente, que conta tudo e entrega o que promete. Acreditamos que pessoas certas com atitudes certas podem muito mais do que gerar bons resultados: podem mudar o mundo. Queremos praticar e difundir as atitudes adequadas em todos os níveis da organização e para aqueles que são a nossa razão de ser: os clientes. Nosso Código de Conduta, nossas políticas e procedimentos e o Jeito Unibanco são as formas com que conseguimos materializar nossos valores”.

Missão

“Contribuir ativamente como instituição financeira para o desenvolvimento econômico do país, atendendo de forma equilibrada às expectativas, necessidades e interesses de clientes, funcionários e acionistas”.

Jeito Unibanco

“Em 2006, o Unibanco estabeleceu e difundiu entre seus colaboradores sua cultura interna, denominada Jeito Unibanco. Nela estão reunidas dez atitudes esperadas de cada colaborador. Para definir o Jeito Unibanco, cerca de 8.500 colaboradores de diferentes áreas, cargos e regiões do país participaram de pesquisas qualitativas e quantitativas. Os principais executivos do banco fizeram um grande esforço de divulgação e difusão do Jeito Unibanco. O presidente executivo, Pedro Moreira Salles, realizou apresentações em nove eventos, em oito cidades,

¹ As informações foram retiradas do site www.unibanco.com.br.

para cerca de dez mil pessoas, com o intuito de conquistar o comprometimento de todos. O Jeito Unibanco foi também amplamente divulgado nos canais de comunicação interna, treinamentos e processos de recrutamento e seleção. Todos os colaboradores assinaram uma cartilha com o termo de compromisso”.

“Hoje, cada vez mais, o Jeito Unibanco faz parte do dia-a-dia do conglomerado, das conversas e das atitudes dos colaboradores” (SALLES, 2009).

2.4 Atitudes do Jeito Unibanco

Abaixo estão descritas as atitudes do Jeito Unibanco, conforme a empresa divulga em seu site.²

- “Boa Ambição: pensamos grande, cultivamos a boa ambição, estabelecemos metas audaciosas e trabalhamos duro para atingi-las. A boa ambição é a ambição pela realização, e não pelos símbolos vazios de *status* ou poder. O importante é ocupar o tempo fechando negócios, desenvolvendo projetos e gerindo equipes.
- Meritocracia Inquestionável: cultivamos e acompanhamos a prática da meritocracia inquestionável em todos os níveis da organização. Somos justos e recompensamos os bons resultados. No Unibanco, o colaborador crescerá na velocidade dos seus resultados, talento e comprometimento. A pessoa mais agradável, mas que não proporciona resultados, não fará sucesso. Da mesma forma que não irá longe alguém com resultados extraordinários, porém com atitudes inapropriadas.
- Liderança Intelectual: entendemos que a liderança em resultados é consequência da liderança intelectual da categoria. Somos curiosos, criativos, descontraídos e não nos contentamos com a primeira resposta que encontramos para os problemas. Ao longo dos seus mais de 80 anos de história, o Unibanco guiou-se pela inovação. Não será possível atingirmos nossos objetivos sem estarmos sempre um passo adiante dos nossos competidores.

² As informações foram retiradas do site www.unibanco.com.br, link sustentabilidade.

- Diferente de Todos: questionamos as crenças e as convenções da categoria com a intenção de liderá-la rumo a um novo patamar de relacionamento com os clientes. Eles consideram que os bancos são burocráticos, pouco flexíveis, impessoais e ineficientes. Nosso compromisso é fazer do Unibanco uma instituição de alta qualidade em produtos, serviços e operações. Diferente de todas as outras.
- Descomplicado: não complicamos as coisas. Somos objetivos, combatemos a burocracia, a perda de tempo e a excessiva hierarquização. Lançamos produtos e serviços inovadores, fechamos operações diferenciadas e inventamos novas formas de fazer as coisas. Mas o limite dessa inovação é a objetividade. Os clientes sempre preferem as soluções mais simples e rápidas, mesmo que elas não gerem prêmios e troféus para os seus criadores.
- O Melhor, com os Melhores: queremos ter o melhor time para entregar sempre produtos e serviços de alta qualidade. Preocupamo-nos com os detalhes e não abrimos mão da formação e do aprimoramento constante de nossos talentos. Produtos são sempre copiáveis, taxas são sempre imitáveis, assim como processos, sistemas e controles. Mas serviços de alta qualidade, prestados por gente de alta qualificação, são coisas bem mais difíceis de copiar. Gente é a única e verdadeira vantagem competitiva do nosso negócio.
- O que vale é o placar: nosso negócio é ganhar dinheiro, objetivo que deve beneficiar nossos clientes, acionistas e funcionários. Perseguimos metas e controlamos custos com igual obstinação. Procuramos julgar a *performance* das nossas equipes com base em fatos e não em impressões. Nosso processo de avaliação de *performance* procura ser direto e objetivo.
- Sem Frescura: nosso ambiente de trabalho é descontraído e ao mesmo tempo respeitoso. Aceitamos críticas sem postura defensiva e criticamos construtivamente, entendendo que isso é fundamental para o nosso processo de aprendizagem.
- O time é tudo: acreditamos que só conseguiremos atingir os ambiciosos objetivos que estabelecemos por meio de trabalho em equipe e sinergia. Uma empresa com mais de 34 mil colaboradores não chegará a lugar algum sem valorizar o trabalho em equipe. O Unibanco valoriza as pessoas que buscam efetivamente colaborar entre si. Gente que entende a importância do conceito de

time e que não duvida de que os resultados do grupo sejam mais importantes que os interesses individuais das pessoas que o compõem.

- Cabeça nas Nuvens, Pés no Chão: apesar de sonharmos grande, jamais nos contentamos com os resultados obtidos, por melhores que sejam. Combatemos fortemente o "já ganhou". Sabemos ser possível obter melhores resultados, em menos tempo e com processos mais ajustados. Superação é a palavra-chave”.

2.5 Contrato de Metas

A seguir serão apresentadas algumas informações sobre a ferramenta que será abordada no Projeto Aplicativo: o Contrato de Metas (vide anexo I).

O Contrato de Metas é uma ferramenta de planejamento de trabalho e de avaliação de *performance* dos empregados do Unibanco. Está alinhado ao modelo de remuneração por resultado (RR) da rede de agências, ao posto de atendimento bancário (PABs) e às regras do programa de estímulo ao conhecimento (PEC).

O Contrato de Metas está dividido da seguinte forma:

- metas quantitativas, individuais ou da agência, representando 80% do total do contrato;
- metas de qualidade, representando 10% do total do contrato (com exceção do contrato do gerente de atendimento (GA) que tem metas de qualidade distribuídas pelo contrato);
- metas individuais de desenvolvimento, representadas pelas competências exigidas para cada cargo, que somam 10% do total do contrato.

O formato deste contrato foi definido para permitir uma avaliação objetiva das metas e do desenvolvimento das competências individuais dos empregados. Nesse sentido, inclui metas quantitativas cuja pontuação está atrelada ao desempenho no cargo, ao peso do objetivo e ao resultado da unidade. Abrange também metas de qualidade e metas de desenvolvimento individuais com enfoque de pontuação direcionado para a qualidade, para a participação como membro da equipe e para o domínio técnico e mercadológico, representados pelas competências exigidas para

cada cargo.

O sistema de avaliação no Unibanco incluiu contratação de metas, avaliação de desempenho e *feedbacks* periódicos e formais.

A cada início de semestre, o profissional e seu gestor direto, de posse do formulário específico para cada cargo, analisam as metas e objetivos que foram pré-definidos pelo banco para serem atingidas pelo empregado no período. Após o encerramento do semestre, o empregado realiza uma autoavaliação de entrega das metas e objetivos utilizando o formulário do Contrato de Metas e também realiza um plano de ação direcionado a seu autodesenvolvimento para o semestre seguinte. Em seguida, o empregado entrega estes documentos ao gestor que irá avaliá-los conforme planilha de desempenho da unidade, com pontuação específica de cada cargo, e, então, as notas são enviadas ao setor de RH.

Posteriormente, há um comitê de *performance* no qual se reúnem Gerente Geral, Diretor Regional e Consultora de Pessoas para realizar uma análise da atuação do profissional em relação às metas propostas. As notas são validadas por cargos e classificadas por conceitos A, B ou C. O indivíduo que obtiver o conceito A terá um bônus de 30% em sua RR semestral; o que obtiver B terá sua RR semestral inalterada, e o que obtiver conceito C terá uma redução de 30% em sua RR.

Conforme já mencionado, a análise de desempenho está atrelada à remuneração variável e à concessão de bolsas de estudos, entre outros benefícios. As melhores *performances* têm prioridade na remuneração variável.

Após a análise do comitê de *performance*, o empregado participa de uma reunião de *feedback* formal com o gestor. Em tal reunião o empregado recebe sua nota e o conceito validado pelo comitê de *performance* e há ainda discussão sobre possíveis divergências entre a avaliação do supervisor e a autoavaliação. A partir dos resultados da avaliação semestral são contratadas novas metas, garantindo, dessa forma, um alinhamento às estratégias da empresa.

A revisão do Contrato de Metas, então, ocorre a cada seis meses, quando o profissional tem seu desempenho novamente avaliado e passa pela reunião de *feedback* formal. Além deste *feedback* formal, é importante ressaltar que os gestores procuram ao longo do semestre acompanhar o cumprimento das metas e objetivos acordados com seus liderados. Dessa forma, cada gestor dá *feedbacks* periódicos aos seus liderados no dia-a-dia de trabalho.

A **FIG.1** ilustra o processo descrito acima.

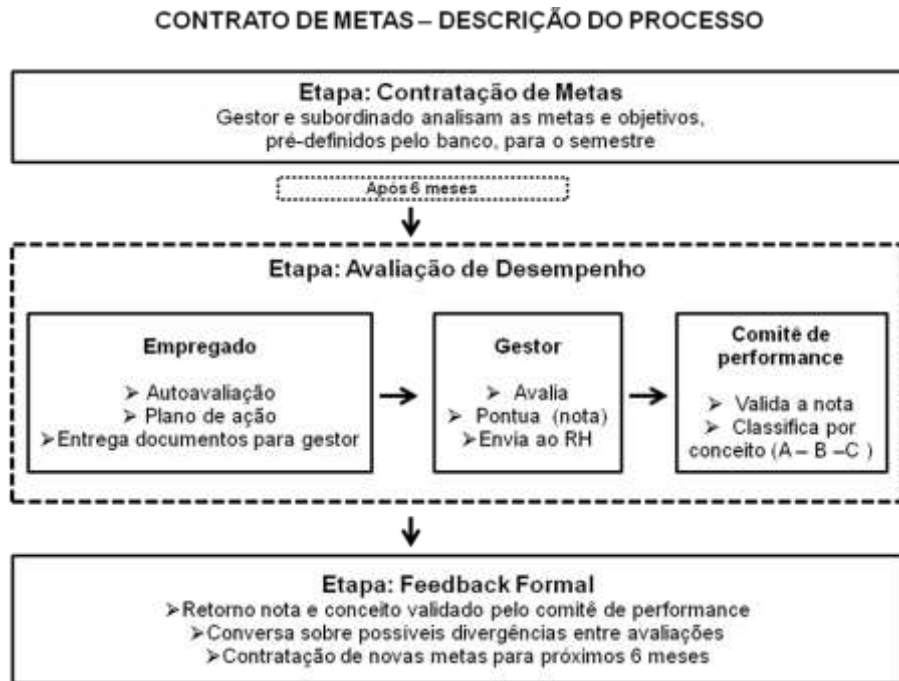


FIGURA 1: Contrato de Metas – Descrição do Processo

Fonte: figura elaborada pelo grupo, baseada na pesquisa documental sobre o Contrato de Metas.

O Contrato de Metas é fruto do cuidado e investimento do banco na área de Recursos Humanos e no processo de avaliação de desempenho.

Mais do que apostar em intercâmbios e bônus para segurar seus profissionais, o Unibanco decidiu reestruturar todo o setor de Recursos Humanos no início do ano 2000, de modo que o RH passou a contar com três áreas: serviço, consultoria e estratégia. O setor de serviço é encarregado das questões burocráticas relacionadas à gestão de pessoas. A área de consultoria é a responsável por selecionar e buscar talentos. Mas a grande mudança foi o aumento da transparência na definição de metas e estratégias para cada funcionário. Uma vez feito o planejamento estratégico, os gestores firmam um contrato de metas com seus subordinados. No contrato, estão definidos os objetivos da empresa, da área e os pessoais de cada funcionário (RUDGE in Portal Corporativo, 2008).

Além disso, existe na empresa, via portal corporativo e planilhas atualizadas diariamente, a divulgação interna da posição das agências em seu grupo de concorrência no PEC e em sua região. Tal divulgação tem como objetivo promover o acompanhamento, inclusive de todos os empregados das unidades. Cabe ao gestor a divulgação de pontuação e estratégias a serem seguidas, uma vez que as lideranças conhecem, pessoalmente, todos os empregados, suas qualificações e exigências de cada cargo.

3 REFERENCIAL TEÓRICO

3.1 Avaliação de desempenho: considerações importantes

Inicialmente é interessante ressaltar a diferença entre empenho e desempenho. Empenho está relacionado ao interesse de fazer algo, ao desejo, compromisso, enquanto o desempenho relaciona-se com a obrigação, recuperação do que estava empenhado, como a pessoa chegou àquele resultado. E faz-se necessário nos processos de avaliação considerar tanto o empenho quanto o desempenho.

A avaliação de desempenho é um instrumento que faz parte de um processo de gestão de pessoas denominado “Aplicar Pessoas” (CHIAVENATO, 2004). A lógica de tal processo relaciona-se à premissa de que os indivíduos precisam ter competências e habilidades adequadas para ocupar determinados cargos nas organizações. Por meio da “Aplicação de Pessoas”, torna-se possível a alocação e o posicionamento dos empregados em atividades compatíveis com suas características. Nesse contexto, a avaliação de desempenho exerce a função de verificar como se encontra a adaptação do profissional aos objetivos da organização e às exigências do trabalho. Constitui, assim, um meio eficaz de solucionar questões relativas ao desempenho e melhorar a qualidade dos resultados.

Chiavenato (2004) define a avaliação de desempenho como a análise sistemática do desempenho de cada empregado, considerando suas atividades, as metas acordadas com a empresa e o seu potencial de desenvolvimento. Os resultados apresentados por cada empregado serão avaliados considerando-se as possibilidades de mudança e o desenvolvimento do potencial humano da organização.

A avaliação de desempenho é processo que serve para julgar ou estimar o valor, a excelência e as qualidades de uma pessoa e, sobretudo, qual é a sua contribuição para o negócio da organização (CHIAVENATO, 2004).

Bergamini e Beraldo (1988) ressaltam que a avaliação de desempenho deve ser vista como um balizador que irá levantar itens e dados que estejam, em

determinado momento, dificultando e impedindo as organizações de aproveitarem e desenvolverem seu potencial humano. Os autores mencionam o instrumento como uma ferramenta de diagnóstico que, quando utilizada corretamente, representará medida útil e primordial.

Ainda para os referidos autores, a avaliação de desempenho deve atender expectativas da empresa, do avaliador e do avaliado. A organização, na medida em que passa a conhecer melhor seu capital humano, pode detectar possíveis problemas e investir para melhorar tanto a produtividade quanto os níveis de satisfação das pessoas. O avaliador terá a oportunidade de rever a validade de sua técnica de gestão, considerando que seu estilo de liderança influencia a conduta dos empregados. Já o avaliado terá a chance de saber como está sua atuação profissional, aproveitar melhor suas potencialidades e trabalhar para corrigir suas falhas, podendo, assim, contar com mais segurança e qualidade de vida no trabalho.

Para que seja efetivamente possível avaliar o desempenho das pessoas no trabalho, os autores lembram que é imprescindível conhecer a dinâmica comportamental de cada empregado, os detalhes do cargo e das tarefas a serem realizadas além das particularidades do ambiente organizacional. Muitas vezes a avaliação de desempenho pode ser vista como ameaçadora, um instrumento de punição que gera medo e insegurança. É necessário que essa ideia seja desmitificada e que seja possível mostrar às pessoas a avaliação de desempenho como valorizadora dos pontos fortes de cada um e da sinergia humana para o trabalho.

Pode-se caracterizar a Avaliação de Desempenho, em termos institucionais, como o processo que provê oportunidades mais definidas de entendimento entre as pessoas, propondo a revisão e a atualização mais permanente do seu próprio comportamento. Isso significa que o processo de Avaliação de Desempenho Humano nas organizações implica menos na criação de um instrumental técnico sofisticado e mais no desenvolvimento de uma atmosfera em que as pessoas possam relacionar-se umas com as outras de maneira espontânea, franca e confiante (BERGAMINI; BERALDO, 1988, p. 13).

Nessa direção, pode-se dizer que a avaliação de desempenho é um recurso abrangente que se propõe mais que isolar, observar, mensurar, formalizar e recompensar as pessoas pelos resultados atingidos ou comportamentos apropriados. Trata-se de um sistema que visa ao aprimoramento global do desempenho e produtividade das pessoas no trabalho (LATHAM; WEXLEY, 1994

apud HIPOLITO; REIS; 2002).

Complementando essas ideias, Lucena (1992) ressalta que a preocupação permanente com o desempenho humano e como torná-lo mais eficaz é o ponto de atenção máxima, uma vez que a qualidade e efetividade dos resultados organizacionais são consequências do desempenho das pessoas.

Lucena (1992, p. 77-78) descreve os principais conceitos relativos ao processo de avaliação de desempenho:

(1) a avaliação se constitui na verificação formal e permanente dos resultados alcançados comparados com os padrões de desempenho estabelecidos; (2) o desempenho compreende a atuação do empregado em seu posto de trabalho, traduzida em projetos, atividades ou tarefas que lhe foram atribuídas, assim como os resultados que dele se espera, definidos pelo padrão de desempenho; (3) os padrões de desempenho, enquanto especificações dos resultados esperados de cada projeto, atividade ou tarefa, são definidos em termos de qualidade, prazo e quantidade; (4) a qualidade é o padrão de desempenho relacionado com itens de difícil quantificação e que utiliza parâmetros extraídos de fontes tais como princípios científicos, especificações técnicas, legislação, normas, métodos de trabalho, índices de acertos. Um critério eficiente para identificar padrões de qualidade é pesquisar os aspectos que indicam a satisfação do cliente ou usuário, seja ele interno ou externo à organização; (5) o prazo configura um padrão de desempenho que define datas de início e de término para a execução das atividades; (6) a quantidade é o padrão de desempenho expresso em volume de produção, percentagens ou números; (7) o acompanhamento de desempenho compreende a verificação periódica de desempenho pelo gestor imediato, tendo em vista a análise dos trabalhos sob a responsabilidade do empregado. As reuniões periódicas de acompanhamento possibilitam ao gestor antecipar-se na ação para evitar e/ou corrigir causas de desvios de desempenho; (8) gerência participativa consiste na gestão com as pessoas buscando o comprometimento e a participação das equipes de trabalho na análise de problemas, nas decisões, no planejamento, na execução e na avaliação das situações surgidas. A postura gerencial preconizada apoia-se no diálogo, na liberdade de expressão, nos *feedbacks* de reorientação, no estímulo à manifestação de ideias inovadoras, na negociação e na transparência das ações a serem implementadas; (9) atividades, enquanto as atribuições definidas para o cargo que o empregado ocupa, direcionam o desempenho e os resultados esperados; (10) a negociação de desempenho consiste na capacidade de manter entendimento, de obter acordo e comprometimento na formulação de objetivos comuns para chegar a resultados que satisfaçam as partes envolvidas.

Bohlander (2005) atesta que os programas de avaliação de desempenho são ferramentas capazes de aumentar a produtividade no trabalho, além de auxiliar no cumprimento de metas organizacionais. Complementando essas ideias, Hipólito e Reis (2002) ressaltam que, para garantir a credibilidade do processo, a organização precisa atentar para a congruência entre o sistema de avaliação e suas práticas de gestão. Além disso, o real uso dos resultados obtidos e a transparência no processo

influenciarão na percepção que os empregados terão do processo avaliativo. Os autores destacam também a importância da atuação gerencial no sentido de esclarecer para sua equipe os objetivos, a relevância da avaliação e da contribuição na revisão da ferramenta e em sua adequação às necessidades da organização. Portanto, cabe aos gestores conduzir e acompanhar o processo por meio de negociações e de *feedbacks*.

Antes de iniciar um processo de avaliação de desempenho, é preciso coletar todas as informações necessárias, planejar e definir em quais padrões de desempenho a pessoa será avaliada. Definidos os padrões e colhidos os dados, procede-se à etapa de avaliação destes dados no contexto das necessidades da empresa e, por fim, na comunicação dos resultados aos empregados (BOHLANDER, 2005).

As informações recolhidas no processo de avaliação de desempenho de uma empresa fornecem aos seus gestores dados para melhor tomada de decisão e para identificação de desvios entre desempenho realizado e planejado. Ao mesmo tempo, é de suma importância a avaliação de desempenho dos gestores, uma vez que estes são responsáveis pelos resultados da empresa e por atingir os patamares desejados (NASCIMENTO; REGINATO; ALVES; LERNER, 2007).

3.1.1 Métodos e ferramentas de avaliação de desempenho

Hipólito e Reis (2002) apresentam quatro tipos de avaliação, a saber:

- Foco na aferição de potencial: utilizam-se simulações para analisar a adequação futura do profissional, e a base desta avaliação está na tentativa de prever o desempenho potencial de um empregado.
- Foco na análise comportamental: analisam-se os comportamentos observáveis no ambiente de trabalho, fornecendo *feedbacks* de desempenho ao profissional. Visa também melhorar o autoconhecimento do empregado.
- Foco no desenvolvimento profissional: o nível de desenvolvimento do profissional é, nesse tipo de avaliação, a base para atribuição de responsabilidades e definição do grau de complexidade do trabalho que lhe será delegado.

- Foco na realização de metas e resultados: mensuração do esforço do profissional realizada a partir da observação dos resultados obtidos. As metas e resultados esperados são previamente definidos e, então, sua realização é acompanhada. O resultado esperado deve ser desafiador, embora factível e adequado ao estágio de desenvolvimento do profissional envolvido. Além disso, os resultados e metas devem estar definidos de forma clara, possibilitando às pessoas uma visão de como direcionar seu esforço. Os fatores externos que impactam na realização da meta devem ser estabelecidos previamente, pois tais fatores podem fazer com que algumas metas tenham que ser revistas. Espera-se, desse tipo de avaliação, sincronizar as ações e comportamentos das pessoas com os resultados almejados pela empresa; identificar os obstáculos e as respectivas medidas para superá-los; definir as necessidades de qualificação da equipe e obter dados para subsidiar as políticas de remuneração.

Para Bohlander (2005), os métodos de avaliação de desempenho são classificados em três grandes grupos:

- Métodos de características de personalidade: são os mais usados apesar da subjetividade que lhes é inerente. Focam na medição de certas características do profissional consideradas importantes à organização. Escalas de classificação gráfica, escalas de padrão misto, método da escolha forçada e método do ensaio são alguns exemplos de ferramentas.
- Métodos comportamentais: são mais adequados para desenvolvimento por fornecer informações orientadas para ação. Utilizam descrições de comportamento que definem as ações a serem adotadas no ambiente de trabalho, associadas a uma escala. Como exemplo de ferramentas, podem ser citados o método do incidente crítico, o método da lista de verificação comportamental, as escalas de classificação comportamental (ECC) e as escalas de observação do comportamento (EOC).
- Métodos de avaliação de resultado: vêm ganhando popularidade por enfocarem contribuições mensuráveis e serem, portanto, mais objetivos. Trata-se da avaliação das realizações do profissional em detrimento de seus traços ou de seus comportamentos apresentados, como nos métodos anteriores. Medidas de produtividade e gerenciamento por objetivos são exemplos de ferramenta.

Os diversos métodos avaliativos são capazes de fornecer informações sobre o desempenho do empregado. Cada um deles enfoca um aspecto específico da dimensão do ser humano no trabalho, o que torna nítido, portanto, que algum outro aspecto receba atenção inferior. Assim, é importante ressaltar que existem aspectos positivos e limitações em cada um dos métodos citados.

A escolha do método deverá ser fundamentada pelos objetivos que a organização possui, cabendo aos gerentes avaliar a relação de custo-benefício do método a ser implantado (BOHLANDER, 2005).

O papel do avaliador é tão importante quanto os métodos de avaliação, como poderá ser visto a seguir.

3.1.2 O papel do avaliador

De acordo com Bergamini e Beraldo (1988), o fato de tradicionalmente o chefe avaliar o desempenho do subordinado, além de ser uma herança taylorista, relaciona-se com a ausência de reciprocidade nas relações interpessoais. Tal prática pode estar configurada para assegurar a manutenção do princípio da hierarquia. No entanto, seria interessante que todos os integrantes da organização pudessem se responsabilizar por este processo, pois a avaliação de desempenho também visa à criação de um clima de confiança que permita às pessoas relações francas e abertas.

Os referidos autores também discorrem sobre a importância de desenvolver a aptidão dos avaliadores por meio de programas de treinamento específicos, que envolvam ações contínuas capazes de capacitá-los para o exercício da avaliação. É fundamental que os avaliadores também busquem o autoconhecimento, a fim de que possam ter clareza sobre seu estilo pessoal de gestão, suas motivações e interesses. Ao serem preparados para avaliar o desempenho, eles devem estar cientes de que a descrição sobre a atuação dos empregados deve ser referente a um passado próximo e não levar em conta um passado distante ou um futuro incerto. “A avaliação é um retrato do momento e não uma projeção para o futuro” (BERGAMINI; BERALDO, 1988, p. 87). Cabe ainda evidenciar os possíveis erros que os avaliadores podem cometer, situando-os diante da responsabilidade que têm

no processo de avaliação.

Chiavenato (2004), ao considerar a questão de quem deve avaliar o desempenho, destaca diferentes possibilidades, que serão escolhidas de acordo com características e critérios da própria empresa. A seguir encontram-se algumas das opções ressaltadas pelo referido autor.

- Gerente: na maioria das organizações, o gerente é o responsável por avaliar o desempenho e comunicar os resultados, podendo contar com a assessoria da área de recursos humanos, que definirá os critérios.
- Indivíduo e gerente: nesses casos, o gerente irá direcionar e orientar, enquanto o empregado avaliará seu desempenho em função das informações que serão fornecidas pelo gerente. Há possibilidade de intercâmbio, quando cada um tem a chance de dar sua contribuição para a obtenção de resultados.
- Equipe de trabalho: a equipe, além de definir metas e objetivos a serem alcançados, é responsável por avaliar o desempenho de seus membros e por definir com cada um as providências necessárias para a melhoria da *performance*.
- Avaliação 360°: trata-se de uma avaliação circular, realizada por todos que mantêm interação com o avaliado (colegas, gestores, pares, subordinados, clientes internos e externos e fornecedores). É uma alternativa que oferece diferentes informações vindas de todos os lados, sendo por isso mais rica. Há possibilidade de ajustamento e adaptabilidade do empregado às diversas demandas do trabalho e dos parceiros. Todavia, o empregado pode ficar em uma situação delicada, de vulnerabilidade, se não houver abertura e receptividade para tal tipo de avaliação.
- Avaliação para cima: é uma opção que permite que a equipe avalie seu gerente. Possibilita a negociação e intercâmbios com o gerente, sugerindo novas abordagens que tornem as relações de trabalho mais livres e eficazes. Assim, torna-se viável a adoção de medidas corretivas quando houver necessidade de ajustes na gestão.
- Comissão de avaliação de desempenho: consiste em uma comissão designada para essa finalidade. É formada por um grupo de pessoas de diversos órgãos, constituída por membros permanentes e transitórios. É alvo de várias críticas devido a seu aspecto centralizador e pelo caráter de julgamento quanto ao

passado. Isso dificulta a manutenção do foco na orientação e na melhoria do desempenho. Além disso, é uma alternativa trabalhosa, onerosa e demorada, pois todos os empregados têm que passar pelo crivo da comissão.

- Área de Recursos Humanos: é comum em organizações mais conservadoras. A área de recursos humanos assume total responsabilidade pela avaliação de desempenho, o que tira a liberdade e a flexibilidade das pessoas envolvidas. O trabalho é feito com base no genérico e não no particular, e tal fato pode provocar tendência à padronização do desempenho, uma vez que se procura eliminar as diferenças individuais. Atualmente não é muito utilizada por ter caráter centralizador, monopolizador e burocrático.
- Autoavaliação: encontrada em organizações mais democráticas e abertas. O próprio indivíduo, com a ajuda de seu superior, é o responsável pela monitoração de seu desempenho. A pessoa se avalia quanto à sua *performance*, eficiência e eficácia, tendo em vista geralmente parâmetros fornecidos pelo gestor imediato. É uma alternativa que evita a subjetividade normalmente envolvida no processo de avaliação.

Por ser um processo realizado por pessoas, um dos problemas da avaliação de desempenho é a questão da subjetividade do(s) avaliador(es). Cada pessoa observa, percebe e interpreta fatos de forma peculiar. A subjetividade da percepção pode comprometer a precisão de uma avaliação e, portanto, para garantir eficácia e objetividade no processo, alguns cuidados devem ser tomados, tais como: utilizar critérios claros e pré-estabelecidos; comunicar os objetivos e etapas da avaliação, além dos impactos e benefícios do processo; capacitar e conscientizar os avaliadores e avaliados quanto às ferramentas adotadas; apresentar a avaliação enquanto instrumento de apoio e desmitificar sua utilização para fins punitivos; recolher informações de mais de uma fonte. Tais cuidados minimizam a subjetividade e a ansiedade características de qualquer processo avaliativo (HIPOLITO; REIS, 2002).

Newstrom (2008) ressalta que a avaliação de desempenho provoca um grande impacto no avaliador. Um sistema de avaliação bem construído pode fazer com que os gerentes se voltem mais para seus empregados, procurando identificar as capacidades, interesses e motivações de cada um deles. A partir disso, eles se tornam mais capazes de perceber que cada pessoa tem suas particularidades que a

tornam diferente das demais e, assim, passam a levar em consideração tais diferenças individuais no momento da avaliação.

Entretanto, é possível perceber que em alguns casos o gerente pode evitar oferecer *feedback* sobre a avaliação de desempenho por temer que o bom relacionamento com o empregado seja abalado pela possível elucidação de pontos negativos. Newstrom (2008) ainda revela que o papel do gerente exige uma postura mais crítica, ao passo que o desejo do empregado de manter as aparências pode acabar fazendo com que ele se mostre mais defensivo. As falhas nos processos de avaliação de desempenho podem ser originadas não só da relutância do gerente em abordar determinados pontos difíceis, mas também das dificuldades para envolver os empregados. E, ainda, depara-se com o ceticismo de alguns gerentes quanto à possibilidade de mudanças de comportamento por parte dos empregados.

É necessário, pois, que os avaliadores sejam preparados e treinados para que possam realmente avaliar o desempenho do empregado, no sentido de proporcionar crescimento e desenvolvimento. Outro fator relevante na avaliação do desempenho é o *feedback*, cuja importância será abordada no tópico a seguir.

3.1.3 A importância do *feedback*

Moscovici (2008) descreve o *feedback* atrelado ao desenvolvimento de competências interpessoais e, em tal contexto, constitui-se em um processo de ajuda para obter mudanças de comportamento. Trata-se da comunicação que visa fornecer informações a respeito da atuação de uma pessoa ou um grupo. O *feedback* eficaz pode auxiliar o indivíduo a melhorar seu desempenho e, assim, alcançar melhores resultados.

Contudo, é válido ressaltar que há diversas dificuldades relacionadas aos processos de dar e receber *feedback*, dadas as suas implicações sociais e emocionais. Moscovici (2008) afirma que aceitar as próprias falhas e reconhecer deficiências não é algo fácil para o ser humano. Mais complicado ainda é fazer isso diante de outra pessoa. Frequentemente, devido às resistências e constrangimentos que surgem nessas situações, os indivíduos reagem de forma defensiva e podem ter comportamentos como parar de ouvir, negar a validade do que está sendo dito,

atacar o avaliador, dentre outros. É comum, ainda, notar que alguns não estão psicologicamente preparados ou não sentem necessidade de receber *feedback*.

Por outro lado, ainda segundo Moscovici (2008), ao fornecer *feedback* é essencial tomar certos cuidados. Há que se ter total clareza acerca daquilo que está sendo falado e do objetivo que se pretende alcançar. O emissor deve ser imparcial e suas colocações devem estar isentas de juízos de valor. É necessário lembrar sempre que o que está sendo dito tem que ser útil para o receptor. Algo comumente percebido é o receio das reações do receptor, uma vez que alguns percebem o *feedback* como crítica e não estão abertos para aceitá-lo. É fundamental que haja confiança recíproca para atenuar as barreiras entre aquele que emite e aquele que recebe o *feedback*.

Todos nós precisamos de feedback – tanto do positivo, quanto do negativo. Necessitamos saber o que estamos fazendo de forma inadequada, como também o que conseguimos fazer com adequação, de modo a podermos corrigir as deficiências e mantermos os acertos (MOSCOVICI, 2008, p. 98).

Frequentemente muitas pessoas apresentam desempenho aquém do esperado e não compreendem de forma clara quais as expectativas em relação ao seu trabalho. O *feedback* é a forma de esclarecer para as pessoas as suas responsabilidades e os desvios entre o desempenho realizado e o esperado, com o objetivo de corrigir suas ações e aprimorar resultados. Um *feedback* deve ser imediato e específico a uma situação (BOHLANDER, 2005).

Newstrom (2008) considera que os sistemas de avaliação baseiam-se na hipótese de que os empregados necessitam receber *feedback* sobre seu desempenho. Isso porque, ao ter um retorno sobre sua *performance* no trabalho, os empregados poderão saber como estão cumprindo suas metas, além de identificar os pontos fortes e aqueles que necessitam ser desenvolvidos. Normalmente, se for bem administrado pelo gerente, o *feedback* de desempenho resulta em desempenho e atitudes melhores. Para que isso ocorra, o *feedback* deve focar comportamentos específicos no trabalho e estar pautado não em inferências ou opiniões pessoais, mas em dados objetivos. Além disso, deve ser checado para assegurar a compreensão do receptor e, se for desejado pelo empregado, há maiores possibilidades de resultar em uma mudança de comportamento.

Nessa direção, Bergamini e Beraldo (1988) ressaltam que muitas das

dificuldades relacionadas à avaliação de desempenho surgem no momento de informar seus resultados ao interessado. Embora o *feedback* de desempenho seja muito importante, Newstrom (2008) destaca que alguns gerentes não se preocupam em oferecê-lo de forma que possa ser útil ao receptor. As razões que levam a isso são diversas e dentre elas é possível citar: (1) o fato de que os gerentes podem pensar que os empregados já estão cientes de como estão se saindo no desempenho das suas tarefas; (2) os gerentes, algumas vezes, mostram resistência para abordar pontos negativos por receio de reações dos empregados ou até pela possibilidade de não existir quantidade suficiente de informações válidas para chegar a uma conclusão significativa. É necessário lembrar que, mesmo se o *feedback* for conduzido de modo eficaz, não há garantias de mudanças no desempenho.

Complementando essas ideias, Araújo (2002) afirma que o *feedback* deve ser prática comum nas empresas, servindo como instrumento para que os objetivos organizacionais sejam alcançados. O referido autor ressalta que a ausência de informações claras e diretas sobre o desempenho no trabalho gera ansiedade e insatisfação das pessoas.

Bohlander (2005) defende que a entrevista de avaliação é o momento do *feedback* e uma das mais importantes etapas de todo o processo. Isso porque a entrevista apresenta-se como uma oportunidade para o gestor discutir com cada empregado os dados levantados pela avaliação e identificar pontos de aprimoramento. Ao permitir o contato direto do gestor com seu subordinado, a entrevista de avaliação cria condições para a melhoria da comunicação, dos relacionamentos e do estabelecimento de metas futuras.

Dessa forma, sugere-se que a entrevista seja dividida em dois momentos: um para revisão do desempenho e outro para definição dos planos de aprimoramento para o profissional. Aconselha-se que as entrevistas sejam agendadas com antecedência para que entrevistador e entrevistado possam se preparar adequadamente. Além disso, cabe ao gestor responsável por conduzir a entrevista de avaliação: solicitar autoavaliação do empregado; estimular a participação; expressar reconhecimento e elogios; minimizar críticas; focar na mudança de comportamento/ação e não na mudança da pessoa/personalidade; focar na solução do problema e não na procura de culpados; adotar uma postura de apoio; estabelecer metas com o empregado (BOHLANDER, 2005).

3.1.4 Tendências para os processos de avaliação de desempenho

Na tentativa de aprofundar os estudos dos processos de avaliação de desempenho, cabe identificar as principais tendências descritas na literatura específica. Nesse sentido, apresentam-se, a seguir, alguns pontos relevantes que, segundo a percepção de Chiavenato (2004), são observados nos processos de avaliação do desempenho humano.

Atualmente verifica-se a necessidade de indicadores sistêmicos, que considerem a empresa de forma integrada. Tais indicadores devem derivar do planejamento estratégico, que definirá o que, como e quando medir. Os indicadores, quando definidos conjuntamente, contribuem para manter o alinhamento com outros critérios de avaliação. A avaliação de desempenho, ao ter como referência índices objetivos dentro de um contexto geral que inclui também o ambiente externo, poderá se evidenciar como um elemento integrador entre os diversos processos de recursos humanos (Chiavenato, 2004).

Nessa mesma direção, observa-se que a avaliação de desempenho também passa por uma reconfiguração, tornando-se mais desregulamentada e desburocratizada. Assim, busca-se um processo mais flexível, por meio de maior envolvimento e negociação direta entre gerentes e empregados em um acordo conjunto que resulta no crescimento profissional do empregado e em melhores resultados para a organização. Há ainda, segundo Chiavenato (2004), uma crescente valorização dos retornos proporcionados pela avaliação de desempenho, uma vez que assim as pessoas poderão ser orientadas e direcionadas a buscar meios de melhorar sua *performance*.

Outras interfaces da avaliação de desempenho podem ser visualizadas considerando que tal processo possui ampla aplicabilidade, quais sejam: embasar o planejamento de diversas atividades da área de recursos humanos; verificar o modo de integração e identificação das pessoas com seus cargos; subsidiar decisões referentes à concessão de recompensas (promoções e aumentos salariais) e aos processos de desligamentos; identificar pontos fortes e fracos de cada empregado, auxiliando no levantamento de necessidades de treinamento.

Tendo em vista os questionamentos e conflitos resultantes da subjetividade naturalmente implícita no processo de avaliação de desempenho, considerou-se a

possibilidade de focar os resultados em si e não na forma como eles são atingidos. Assim, Bergamini e Beraldo (1988) abordam a avaliação por objetivos, que é pautada por procedimentos específicos, mostrando-se capaz de atenuar o impacto negativo causado pelo subjetivismo. Esse modelo de gestão será aprofundado mais adiante neste trabalho.

Hipólito e Reis (2002) apresentam as seguintes tendências para os processos de avaliação de desempenho: (1) maior compromisso com a estratégia da empresa; (2) modelos de gestão por competências; (3) adoção de metas e indicadores de desempenho desdobrados da estratégia organizacional; (4) utilização de indicadores financeiros com indicadores de outra natureza; (5) utilização do *Balanced Scorecard* e outros instrumentos com maior ênfase na gestão de desempenhos futuros e de pessoas; (6) integração de metas corporativas, de grupos e individuais; (7) integração de modelos de avaliação com outras funções de gestão de pessoas; (8) avaliação como espaço de negociação e equilíbrio entre expectativas empresa-profissional; (9) papel do gerente como *coach* focando melhoria de desempenho e utilizando avaliação para subsidiar decisão gerencial; (9) etapa do processo para realização de *feedback*; (10) ideia da oportunidade de autoconhecimento; (11) utilização de mais de uma ferramenta, com papéis e focos definidos, além de múltiplas fontes de informação.

3.2 Administração por objetivos / Gerenciamento por objetivos

Fundamentada pela teoria da fixação de objetivos, a administração por objetivos é um modelo de gestão que enfatiza o estabelecimento de objetivos e metas para as pessoas com vistas à motivação, não focando formas de controle. Estas metas, além de específicas para cada unidade e para cada pessoa, devem ser estabelecidas a partir dos objetivos organizacionais, de 'cima para baixo', tangíveis, observáveis e mensuráveis (ROBBINS, 2004).

Daft (1999) define meta como o estado que a organização deseja alcançar no futuro. Para o referido autor, as metas organizacionais devem ser específicas e mensuráveis, desafiadoras e realistas, vinculadas a uma recompensa e com prazo estipulado para ser executadas.

As metas difíceis, por exigirem maior esforço das pessoas, são mais eficazes para a melhoria do desempenho do que metas fáceis ou mesmo a ausência de metas (ROBBINS, 2004). Bohlander (2005) afirma que o estabelecimento de metas melhora o desempenho das pessoas em 10% a 25% por ajudar o profissional a focar os seus esforços.

A avaliação por objetivos estabelece os objetivos e resultados esperados a partir de acordos recíprocos entre a organização e o indivíduo acerca do que deve ser feito, como deve ser feito e dos recursos necessários para tal. Dessa maneira, o conceito de avaliação de desempenho passa de um enfoque mais subjetivo para um mais objetivo, por meio da constatação do cumprimento ou não das metas definidas (BERGAMINI; BERALDO, 1988).

Robbins (2004) aponta quatro ingredientes comuns aos programas de administração por objetivos:

- **Especificidade:** trata-se da necessidade de estabelecer metas tangíveis e passíveis de serem mensuradas.
- **Decisão participativa:** as metas devem ser fixadas pelos gestores e subordinados, que entram em acordo sobre quais objetivos fixar e como mensurá-los.
- **Período determinado de tempo:** a meta precisa ter prazo para realização e conclusão.
- **Feedback do desempenho:** o progresso em relação ao cumprimento das metas deve ser acompanhado pelos gestores e continuamente comunicado a cada subordinado a fim de orientá-los sobre o caminho correto ou necessidades de redirecionamento.

Corroborando essas ideias, Hipólito e Reis (2002) afirmam que, na administração por objetivos, a avaliação de desempenho é a forma sistemática de realizar o acompanhamento dos resultados realizados e de identificar possíveis necessidades de adoção de ações corretivas, em casos de desvios em relação ao que foi planejado.

Já Bohlander (2005) nomeia tal modelo de gestão de gerenciamento por objetivos, no qual os objetivos definidos constituem a base para a avaliação do desempenho, em um ciclo que tem início e fim nas metas e objetivos da empresa. A

A **FIG.2** ilustra o ciclo abordado pelo referido autor.

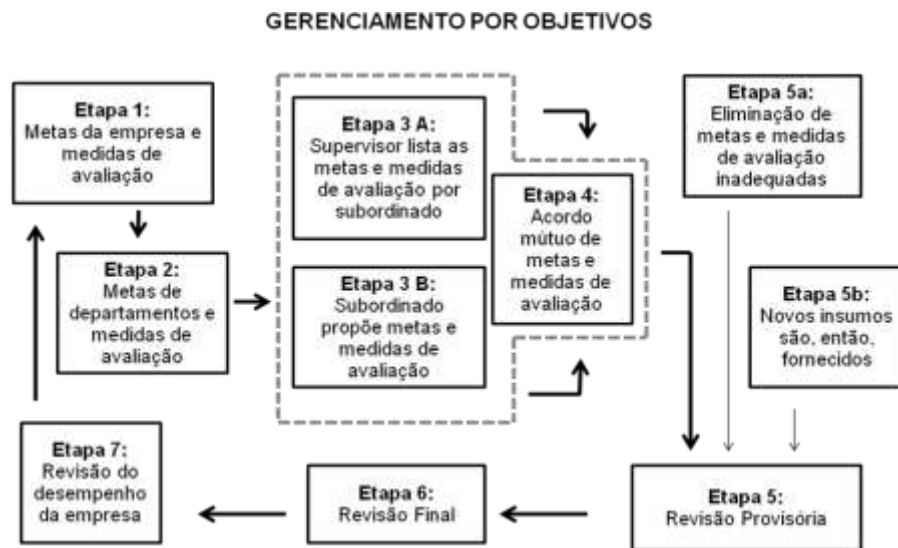


FIGURA 2: Modelo gerenciamento por objetivos
Fonte: Bohlander, 2005, p. 235.

O modelo de gerenciamento por objetivos de Bohlander (2005) corrobora as afirmações de Robbins (2004) sobre decisão participativa ao incluir o subordinado não só na proposição de metas e medidas de avaliação, como também no estabelecimento de um acordo com seu superior (etapas 3 e 4 da **FIG. 1**). As metas podem ser revistas durante o processo, à medida que novos dados são adicionados (etapa 5 da **FIG. 1**). A etapa final estabelece a ligação entre a análise do desempenho individual ao desempenho da empresa (BOHLANDER, 2005).

Nos itens a seguir, serão descritas as principais metodologias de mensuração do desempenho utilizadas nos processos de avaliação.

3.3 Metodologias de medidas de desempenho

3.3.1 Indicadores de desempenho e medidas de produtividade

A avaliação de desempenho, quando fundamentada por indicadores mensuráveis e objetivos, possibilita diversos ganhos para a organização. Takashina

e Flores (1996) defendem que o processo de medição é indispensável para qualquer organização de sucesso. Nesse processo, os indicadores da qualidade e desempenho são o alicerce para a gestão por fatos.

Dessa forma, depois de definidas as metas e os objetivos, faz-se necessário o acompanhamento das ações ao longo de um período de tempo pré-determinado por meio de indicadores de desempenho (NASCIMENTO *et al*, 2007). Um indicador de desempenho é uma “relação matemática que mede, numericamente, atributos de um processo ou de seus resultados” (FPNQ, 1994 *apud* NASCIMENTO *et al*, 2007, p. 6). Indicadores são, portanto, medidas quantificáveis e mensuráveis sobre um atributo ao longo de um prazo definido.

Bohlander (2005) afirma que toda medida está diretamente ligada ao que o empregado realiza e aos resultados da empresa, sendo mais eficazes as medidas quantitativas, simples e estruturadas. Cabe à organização definir as medidas de desempenho a serem adotadas e avaliar a extensão em que a pessoa envolvida pode influenciá-la. Isso porque as metas podem ser impactadas por fatores externos e, em determinados casos, fugir do controle do profissional responsável.

Bohlander (2005, p. 280) afirma que, “embora haja uma variedade de critérios de desempenho, a maioria focaliza a qualidade, o controle de custos ou a produtividade”. Para o referido autor, as medidas disponíveis para se avaliar desempenho e resultados são inúmeras, quais sejam: volume de vendas; número de peças produzidas; número de defeitos descartados; taxa de crescimento da empresa; medidas de satisfação do cliente ligadas às metas de atendimento do cliente, dentre outros.

Complementando essas ideias, Hipólito e Reis (2002) destacam que programas de avaliação focados em metas e resultados utilizam indicadores quantitativos, especialmente os financeiros. Os referidos autores alertam para o fato de que tais práticas estimulam ações com resultados observáveis a curto prazo, tendendo a desconsiderar aspectos relevantes para a sustentabilidade da organização tais como os indicadores de clientes, processos, inovação, pessoas. Na tentativa de minimizar esses riscos e considerando uma perspectiva de longo prazo, Hipólito e Reis (2002) propõem a metodologia do *Balanced Scorecard*.

3.3.2 *Balanced Scorecard (BSC)*

Diante da necessidade das organizações terem medidas que representem vários aspectos do ambiente e do desempenho organizacional, a metodologia do *Balanced Scorecard* (BSC) surgiu como uma possibilidade de método de mensuração de desempenho envolvendo tanto indicadores financeiros quanto não financeiros (KAPLAN; NORTON, 1997).

A ideia central do modelo é traduzir a visão estratégica empresarial em medidas e ações operacionais à estratégia empresarial de forma a obter o adequado alinhamento tanto das diversas áreas da organização quanto de seus profissionais.

Para Kaplan e Norton (1997), as medidas do BSC devem ser usadas para: (1) articular a estratégia empresarial; (2) comunicar a estratégia; (3) alinhar as iniciativas individuais ao direcionamento de uma meta comum. Os referidos autores não defendem a utilização do sistema como forma de controle, mas propõem que as empresas monitorem seu desempenho segundo quatro perspectivas: (1) finanças; (2) cliente; (3) processos internos; (4) aprendizagem e crescimento. Para cada uma, é preciso definir objetivos, indicadores, metas e iniciativas que estejam alinhadas à visão e à estratégia empresarial.

A perspectiva de aprendizagem e crescimento, mais diretamente relacionada aos conteúdos de avaliação do desempenho e motivação específicos do presente estudo, identifica como a empresa deve gerar crescimento e melhoria a longo prazo por meio da capacitação dos empregados, dos sistemas de informação de capacitações, da motivação e do empoderamento (KAPLAN E NORTON, 2001).

De forma geral, podem-se listar os principais indicadores de desempenho no BSC: receita, custos, ativos, participação no mercado, satisfação dos clientes, lucratividade, inovação, operações, qualidade, serviços de pós-venda, satisfação dos empregados, retenção dos empregados e produtividade dos funcionários (KAPLAN; NORTON, 2001).

Os autores acreditam que, a partir da estrutura do BSC, gestores e executivos poderão avaliar se estão gerando valor aos clientes e aprimorar investimentos em pessoas e processos, com foco no futuro. O BSC, além de constituir-se de um sistema de medidas, é uma estrutura que viabiliza a ação gerencial porque estabelece e traduz a estratégia, comunica e alinha objetivos, metas, medidas e

iniciativas à estratégia, aprimora os *feedbacks* e gera aprendizado organizacional.

Identificadas as metodologias de medidas de desempenho, discorre-se nos próximos tópicos sobre algumas das principais teorias de motivação.

3.4 Motivação

3.4.1 A motivação no contexto atual das organizações

O atual ambiente de negócios, caracterizado por rupturas tecnológicas e mercados competitivos, exige das organizações investimentos em políticas e práticas de gestão de pessoas. Incluem-se aqui os processos de seleção, capacitação, treinamento, avaliação de desempenho, motivação, recompensa e remuneração. Assume importância significativa a busca de novas formas de obter o engajamento das pessoas de maneira tal que estas, antes de se colocarem apenas como meras espectadoras, possam desenvolver o sentimento de pertença em relação à empresa, com contribuições significativas para os resultados organizacionais.

Estudar a temática da motivação humana quando se fala de desempenho no trabalho se torna essencial uma vez que o grau de motivação de uma pessoa em relação ao seu trabalho influencia diretamente em seu desempenho. Isso porque, ao considerar o impacto do fator motivacional na *performance* das equipes, as organizações passaram a buscar formas de manter seus empregados alcançando resultados com qualidade e otimização de custos. Dessa forma, quando se fala em contrato de metas e em processos de avaliação de desempenho, há que se ater para os motivos que irão gerar a ação das pessoas na direção dos resultados contratados. Inserem-se aqui as recompensas relacionadas à remuneração tais como distribuição de lucros, premiações por metas alcançadas e por melhores desempenhos, dentre outros.

Fleury (2002) menciona que a motivação é um tema bastante estudado em gestão de pessoas. Entretanto, parece que muito se fala que várias são as opções oferecidas para contribuir na motivação dos empregados, mas, na realidade, pouco

se pratica. Nesse sentido, a motivação, diretamente relacionada ao desempenho dos indivíduos, configura-se como um dos grandes desafios do século XXI.

3.4.2 Conceitos de motivação

Robbins (2004) percebe a motivação como a disposição do indivíduo para realizar algo, que estaria condicionada por quanto esse algo satisfaz a necessidade deste indivíduo. Uma necessidade gera um estado de tensão no sujeito, que gera uma vontade em satisfazer essa necessidade que, por sua vez, gera uma ação em prol deste objetivo que por fim satisfaz a necessidade e reduz a tensão. Dessa forma, uma pessoa é motivada quando está movida pelo desejo de atingir algo que reporta uma importância para ela.

Complementando essas ideias, Bergamini (2008) menciona que não se pode motivar ninguém, que a motivação está relacionada às necessidades existentes no interior de cada um. Cada pessoa tem interesses e motivos diferentes e também formas peculiares de satisfazer suas necessidades. Para a referida autora, carências interiores não atendidas podem ocasionar uma ameaça ao equilíbrio físico ou psíquico de cada um. Em contrapartida, a autora destaca que a motivação extrínseca tem representado o ponto de partida para compreender melhor o comportamento das pessoas. Estas recebem estímulos vindos do meio ambiente, podendo utilizar informações guardadas no consciente por impulso cujas origens são desconhecidas porque estão armazenadas no seu inconsciente.

Bergamini (2008) cita que a palavra motivação deriva da palavra latina *movere*, que significa mover, e que o conceito de motivação remete a várias ideias relevantes tais como comportamento, estímulo, produtividade, eficiência, eficácia, subjetividade, dentre outros. O nível de motivação é influenciado pela personalidade, pelas percepções sobre meio ambiente e pelas interações humanas que se estabelecem.

3.4.3 Histórico da motivação

Antes da Revolução Industrial, a principal maneira de motivar as pessoas era por meio de punições que geravam ambientes de hostilidade e medo. Mas, a partir de então, passa-se a exigir mais recompensas e os adeptos da Administração Científica de Taylor³ defendiam o uso do controle sobre os subordinados. No lugar da punição, o dinheiro era considerado a principal fonte de incentivo à motivação. Posteriormente, a Escola de Relações Humanas de Elton Mayo⁴ percebeu a importância de se considerar a pessoa em sua totalidade, incluindo aqui o reconhecimento e o valor do indivíduo no trabalho (BERGAMINI, 2008).

Complementando essas ideias e trazendo-as para o contexto do indivíduo na organização, Robbins (2002) afirma que a motivação é o processo responsável pela persistência dos esforços de uma pessoa para alcançar uma meta. O referido autor menciona alguns aspectos passíveis de motivar os empregados e, dentre eles, reconhecer as diferenças individuais, utilizar *feedback*, permitir sua participação nas decisões e vincular as recompensas ao desempenho.

No que tange a essa diversidade teórica, Buono (1992) ressalta a necessidade de se identificar quais conceitos e ideias são os mais adequados para uma determinada situação. Diante disso, o autor também sugere que o mais adequado, diante da complexidade das teorias motivacionais, seria considerá-las, não como regras universais e exclusivas, mas como complementares e inclusivas. As teorias motivacionais não devem ser vistas como ambiciosas ou abrangentes, mas sim como úteis para se considerar como motivar as pessoas, observando-se sua adequação às diferentes necessidades de cada situação.

Dentro dessa perspectiva, apresentam-se a seguir, dentre as várias teorias de motivação, os conteúdos específicos referentes às teorias anteriormente mencionadas.

³ Administração Científica tem origem com as experiências de Frederick W. Taylor (1856-1915) e entre os seus pressupostos estão o de assegurar o máximo de prosperidade ao patrão em termos de retornos financeiros e desenvolvimento do negócio, e, ao mesmo tempo, o máximo de prosperidade ao empregado por meio de salários mais altos.

⁴ As bases do movimento das relações humanas no trabalho foram dadas pelos estudos desenvolvidos pelo psicólogo americano Elton Mayo (1890-1949) e surgiu com a constatação da necessidade de considerar a relevância dos fatores psicológicos e sociais na produtividade.

3.4.4 Teoria de fixação de objetivos

De acordo com Fleury (2002), a teoria de fixação de objetivos foi apresentada no final dos anos 60 e evidencia as necessidades que as pessoas têm de vislumbrar objetivos claros e diretrizes bem definidas, o que contribuiria para a satisfação dos indivíduos. Cabe aos gestores a definição de metas claras e aos liderados o esforço na consecução de tais metas. Na perspectiva de Locke, citado por Fleury (2002), é importante estabelecer metas com razoável grau de dificuldade, ou seja, não muito fáceis, e definidas com a participação dos empregados, tornando-as, dessa forma, mais atraentes para os trabalhadores.

Complementando essa idéia, Robbins (2004) menciona a teoria de Fixação de Objetivos como uma das teorias contemporâneas de motivação. De acordo com o referido autor, a proposta dessa teoria “é de que as intenções – expressas como metas – podem ser fonte principal de motivação no trabalho” (ROBBINS, 2004, p. 52).

Retomando a visão de Fleury (2002), uma aplicação da teoria de Fixação de Objetivos pode ser encontrada no modelo de Administração por Objetivos (APO). Tal modelo, conforme citado anteriormente, reúne gestores e empregados em um processo participativo de estabelecimento de metas e avaliação de desempenho.

Pesquisas apontam que, para alcançar a tão almejada produtividade, as organizações necessitam de pessoas motivadas. “Assim, a competitividade organizacional passa obrigatoriamente pela qualidade de vida no trabalho” (CHIAVENATO, 2006, p. 365).

3.4.5 Teoria do caminho-meta

No que se refere à teoria do caminho-meta, Buono (1992) afirma que as pessoas serão motivadas a agir quando perceberem que suas atitudes levarão a um desempenho bem sucedido e à obtenção de recompensas. O desempenho parece ser melhor quando são estabelecidas metas difíceis, desde que possíveis de serem realizadas, do que quando são metas relativamente fáceis. Então, de acordo com a

teoria do caminho-meta, os gestores devem envolver os empregados no estabelecimento de metas claras e suficientemente difíceis para serem percebidas como desafiantes. O esforço dos gestores para motivar suas equipes parece relacionado ao esclarecimento do caminho a ser percorrido por cada empregado em direção a uma determinada meta.

3.4.6 Teoria da hierarquia das necessidades

Outro autor relevante na literatura é o psicólogo Abraham Maslow com sua teoria da hierarquia das necessidades. Ele defende que todo ser humano possui cinco necessidades básicas relacionadas hierarquicamente, que podem ser representadas em forma de uma pirâmide (**FIG. 3**). Para o referido pesquisador, a privação de certas necessidades move as pessoas em busca de sua satisfação. Ainda que as características de cada cultura específica possam influenciar na definição da quantidade e do tipo de satisfação, as necessidades básicas estão presentes em todas as pessoas (FADIMAN; FRAGER, 1986).



FIGURA 3: Pirâmide das necessidades básicas de Maslow

Fonte: figura elaborada pelo grupo, baseada em Fadiman; Frager (1986) e Robins (2004).

Maslow defende que existe uma hierarquia de necessidades na qual as primeiras são preponderantes e devem ser satisfeitas para que apareçam as necessidades posteriores. Quando uma necessidade é satisfeita, imediatamente emerge outra superior (FADIMAN; FRAGER, 1986).

Embora aborde a questão da privação como motivadora para ação, Maslow também defende que as pessoas buscam atividades que são desfrutadas pelo prazer e satisfação positiva delas próprias.

Quando um organismo não está com fome, dor ou medo, novas motivações emergem, tais como a curiosidade e a alegria. Sob estas condições, as atividades podem ser desfrutadas como fins em si mesmas, nem sempre buscadas apenas como meio de gratificação de necessidades (FADIMAN; FRAGER, 1986, p. 269).

Robbins (2004) aborda que a teoria da hierarquia das necessidades é a mais conhecida teoria sobre motivação, sendo os conceitos de Maslow muito reconhecidos e aceitos pelos executivos, o que talvez possa ser atribuído à facilidade de compreensão de seus pressupostos. Todavia, o referido autor afirma que as pesquisas não conseguiram validar a idéia de que no momento em que uma necessidade específica é substancialmente atendida, imediatamente acontece a emergência do próximo nível, tal como propôs Maslow.

3.4.7 Teoria da expectativa

No que tange à teoria da expectativa, segundo Filho; Araújo (2001), o modelo da expectativa foi divulgado por Victor Vroom e vem sendo aprimorado por Porter e Lawler. Na perspectiva de Vroom, a motivação é produzida e impactada por três componentes:

- valência: grau de atração, interesse, valor que o sujeito atribui em relação a um resultado;
- expectativas: percepção da pessoa quanto ao grau em que um determinado esforço conduzirá a um desempenho desejado;

- instrumentalidade/valor instrumental: percepção da pessoa quanto ao grau em que um desempenho, uma ação levará a um resultado desejado.

A teoria da expectativa aborda fortemente o impacto da percepção humana no processo motivacional. A percepção está presente na relação esforço-desempenho (expectativas) e na relação desempenho-resultado (instrumentalidade), além de permear o componente da valência, uma vez que o valor dado a um resultado depende da percepção da pessoa em relação a este resultado. Nesse sentido, é importante pontuar que, em Robbins (2004, p. 24), percepção é “o processo pelo qual os indivíduos organizam e interpretam suas impressões sensoriais com a finalidade de dar sentido ao ambiente em que vivem”.

3.4.8 Teoria do reforço

Fundamentada por Robbins (2004), a teoria do reforço é como uma contrapartida à teoria da fixação de objetivos a qual consiste em sugerir que os propósitos de uma pessoa orientem suas ações. A teoria do reforço é uma abordagem comportamental que condiciona o comportamento pelo reforço, ignorando o comportamento do indivíduo e concentrando apenas no que lhe acontece quando realiza uma ação qualquer, sendo o reforço uma forte influência do comportamento no trabalho.

O que os empregados fazem no trabalho e a quantidade de esforço que despendem em cada tarefa são afetados pelas consequências de comportamento que assumem (ROBBINS, 2004). Na prática, as organizações utilizam recursos para que os empregados alcancem resultados desejados, tais como treinamentos técnicos e comportamentais, ambiente agradável, tarefas significativas e segurança no trabalho.

Ao reconhecer a motivação como a disponibilidade de uma pessoa para fazer algo buscando atender a uma necessidade, ressalta-se que pessoas motivadas costumam ser mais esforçadas em seu desempenho do que aquelas que estão desmotivadas. Assim, os gestores que se preocupam em criar condições para que

seus empregados se sintam motivados devem reconhecer as diferenças individuais, adequando cada um deles ao posto de trabalho e individualizando as recompensas (ROBBINS, 2004).

Organizações acreditam que a utilização de recompensa e premiações promove menos agressões. Entretanto cria-se um círculo vicioso, pois a melhora da recompensa e do prêmio é sempre esperada, caso contrário o efeito é cessado, o que torna algo temporário. Mas as empresas buscam estratégias mais adequadas com a finalidade de gerar comportamentos permanentes com a motivação. Nesse caso, o objetivo só será alcançado se as pessoas buscarem valores internos, proporcionando uma real mudança de atitude, gerando a automotivação.

Buono e Bowditch (1992) afirmam que os nossos modelos e maneiras de examinar as pessoas e as organizações se tornaram mais complexos e dinâmicos, alterando o foco da atenção que antes enfatizava os fatores físicos e estruturais, passando para as relações e interações humanas.

Complementando as ideias anteriormente mencionadas, Bergamini (2008) acrescenta que a motivação é um tema diretamente relacionado à interação líder/seguidor. A eficácia e legitimidade de um líder estão relacionadas à forma pela qual o seguidor o considera. Assim, é importante que os líderes reconheçam quais as necessidades em questão e acompanhem seus seguidores como parceiros até os objetivos aos quais pretendem chegar.

No tocante à recompensa, na visão de Bergamini (2008), o que ocorre constantemente é que os líderes abandonam a perspectiva do comportamento motivado para a perspectiva do empregado condicionado por fatores extrínsecos, como é o caso, por exemplo, dos aumentos salariais. Para Bergamini (2008), tal atitude de reivindicar melhoria dos fatores extrínsecos às pessoas pode representar a incapacidade de os gestores gerirem sua equipe por meio de um enfoque motivacional.

Segundo Chiavenato (2006), as organizações estão passando por mudanças, tornando-se flexíveis e seus cargos estão sendo redefinidos continuamente. Com isso, a tradicional avaliação de cargos tende a desaparecer. Existe uma tendência no sentido de repensar como as pessoas são recompensadas. A nova proposta é preocupar-se com o valor que o empregado agrega à organização. Com a nova tendência, os sistemas de recompensas estão se movendo da abordagem tradicional, métodos fixos de remuneração, e incluindo planos de remuneração

flexível por meio do alcance de metas e objetivos estabelecidos consensualmente.

A abordagem tradicional de remuneração obedecia a padrões de avaliação de cargos e acreditava que as pessoas eram motivadas exclusivamente por incentivos salariais. Na abordagem atual, percebe-se que as pessoas são motivadas por vários incentivos que não só o salário, tais como metas, satisfação no cargo, possibilidade de autorealização, dentre outros. É fundamental projetar sistemas de recompensas que possam aumentar o comprometimento das pessoas com a organização e, dessa forma, a abordagem atual de remuneração mostra-se relevante à medida que procura adequar as diferenças individuais entre as pessoas e seus desempenhos (CHIAVENATO, 2004).

Complementando o exposto acima, Bergamini (2008) cita que é importante fazer aos outros aquilo que eles esperam que lhes seja feito e não aquilo que se espera ser feito para si mesmo. Dessa forma, a organização pode obter pessoas mais comprometidas, mais felizes, motivadas e orientadas para os resultados. A referida autora ressalta que empregado motivado é aquele que se mostra eficaz, gerador de energia, presente e feliz.

Diante do exposto, percebe-se que as organizações assumiram uma nova compreensão do papel desempenhado pelos indivíduos. Faz-se necessário compreender as necessidades de adaptação das pessoas às demandas dos atuais ambientes de negócio para que indivíduos e organizações alcancem resultados satisfatórios.

Em última análise, cabe enfatizar que o primordial nos processos de motivação e avaliação de desempenho é a consideração e o respeito pela dimensão humana e a singularidade de cada pessoa. E, ainda, a necessidade de que estejam alinhados os objetivos organizacionais aos pessoais para que, dessa forma, seja realmente possível um ambiente organizacional mais motivador, saudável e produtivo.

4 METODOLOGIA

Considerando que o objetivo deste trabalho é investigar a percepção dos empregados em relação à ferramenta Contrato de Metas e seu impacto na motivação e no desempenho das pessoas no trabalho optou-se por realizar uma pesquisa quantitativa e qualitativa.

Os meios de investigação foram inicialmente uma pesquisa bibliográfica acerca dos principais temas relacionados à avaliação de desempenho, indicadores de desempenho e motivação. Gil (2008) destaca que a pesquisa bibliográfica se desenvolve a partir de um material previamente elaborado, utilizando-se da contribuição de diversos autores sobre determinados assuntos. Tal pesquisa constitui o ponto de partida para a investigação dos temas pertinentes ao estudo. Além disso, ela tem como vantagem a possibilidade de abarcar os fenômenos de forma mais ampla do que uma pesquisa direta.

Em seguida, foi realizada a pesquisa documental a fim de coletar dados sobre o Contrato de Metas e sua implementação na empresa. Segundo Gil (2008), há diversas vantagens na utilização da pesquisa documental, tais como: documentos são fontes ricas e estáveis de dados, possuem custos baixos em relação às outras pesquisas por exigirem apenas a disponibilidade de tempo do pesquisador e não exigem contato direto com os sujeitos da pesquisa.

O meio utilizado para investigar a percepção dos empregados em relação à ferramenta Contrato de Metas foi o levantamento de campo. “As pesquisas deste tipo se caracterizam pela interrogação direta das pessoas cujo comportamento se deseja conhecer” (GIL, 2008, p. 55). O autor afirma que no levantamento de campo solicitam-se informações de um grupo de pessoas acerca de um determinado tema e, então, por meio de análise quantitativa, procura-se chegar às conclusões referentes aos dados coletados.

Tal levantamento foi realizado em duas agências bancárias da região metropolitana de Belo Horizonte. O motivo que determinou a escolha dessas agências foi o perfil dos empregados de uma delas, que foi vencedora do Programa de Estímulo ao Conhecimento (PEC) anual em 2008, cujo prêmio foi uma bolsa de estudos para cada empregado da unidade no valor de R\$ 20.000,00. No caso da

outra agência, a facilidade de acesso visto que uma integrante deste grupo atua na empresa. Houve interesse em identificar características inerentes ao desempenho e fatores de motivação para o trabalho dos empregados dessas agências. É interessante lembrar que a localização das agências e o perfil de clientes atendidos são diferentes.

Aplicou-se um questionário de pesquisa com perguntas relativas ao Contrato de Metas, sua importância, seus impactos no desempenho e na motivação, a percepção do *feedback* recebido, dentre outras. Este instrumento contém 16 questões com escala que varia conforme o conteúdo da questão. O modelo desse questionário pode ser encontrado no apêndice I.

Os questionários foram distribuídos para 6 empregados da agência vencedora do PEC em um universo de 12 pessoas. Já na outra agência, foram respondidos por 6 empregados em um universo de 8 pessoas. Dessa forma, o questionário foi respondido por 12 empregados das áreas comercial e operacional do banco.

O questionário é uma técnica de investigação composta por um número razoável de questões, com a finalidade de obter informações sobre comportamentos, interesses, crenças, sentimentos, aspirações e expectativas das pessoas. Apresenta como vantagens a flexibilidade de os indivíduos responderem em um momento que julgarem mais oportuno, além de preservar o anonimato destes (GIL, 2007).

Também foram realizadas entrevistas com dois gestores, sendo um de cada agência, com o objetivo de colher informações advindas de níveis estratégicos do banco sobre a ferramenta estudada. De acordo com Gil (2007), a entrevista por pautas se caracteriza por determinado grau de estruturação, em que o entrevistador faz poucas perguntas diretas, seguindo seu roteiro de forma não rígida para permitir ao entrevistado se expressar de forma mais livre. O roteiro de entrevista contém 12 questões e encontra-se no apêndice II.

Nos próximos capítulos, serão apresentadas a análise descritiva e a interpretação dos dados obtidos por meio dos questionários e das entrevistas, à luz do referencial teórico estudado.

5 APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS DADOS

A partir da aplicação dos instrumentos de pesquisa descritos no capítulo anterior, serão apresentados em uma análise descritiva os dados da amostra de pesquisa, dos questionários e das entrevistas. Foram aplicados 12 questionários e 2 entrevistas.

5.1 Caracterização da amostra de pesquisa

A amostra é composta de 14 pessoas em um universo de 20 empregados das duas agências estudadas. Por tratar-se de uma amostra abrangente, os dados apresentados podem representar a opinião das agências X e Y de forma estatisticamente significativa.

A seguir será apresentado o perfil da amostra em questão, cujos dados dos participantes foram coletados no cadastro de pessoal do banco.

Conforme o **GRAF. 1**, para o quesito sexo, verifica-se que 78,6% dos participantes da pesquisa são do sexo feminino, enquanto 21,4%, do sexo masculino.

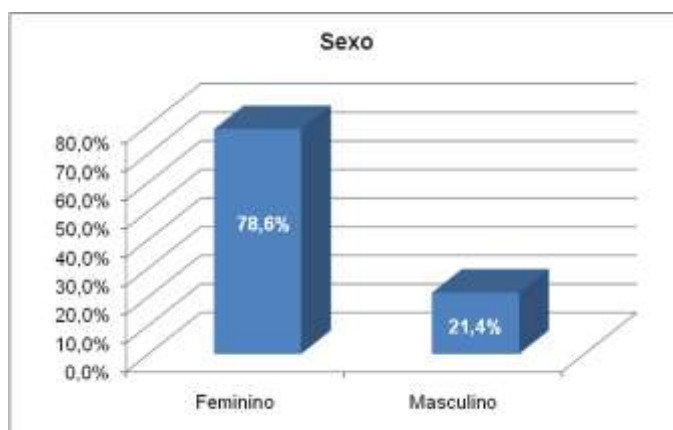


GRÁFICO 1: Distribuição da amostra por sexo
Fonte: Dados da pesquisa

No que se refere à faixa etária, o **GRAF. 2** demonstra a distribuição do grupo por idade. Foi calculada a média de idade da amostra e encontrou-se o seguinte dado: $M = 29,28$. Trata-se, portanto, de um grupo de profissionais jovens.

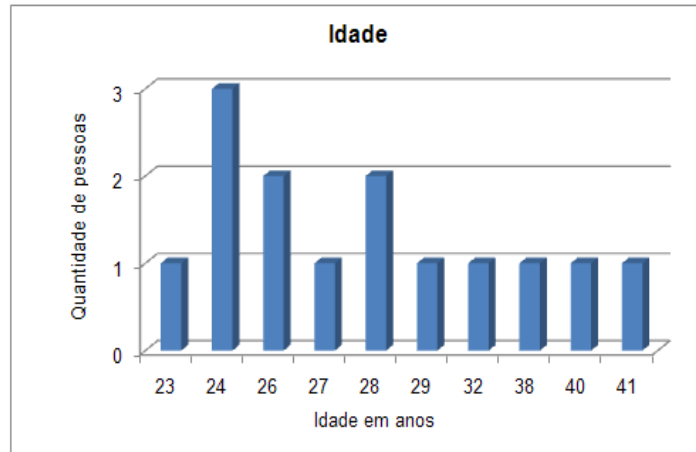


GRÁFICO 2: Distribuição da amostra por idade
Fonte: Dados da pesquisa

A análise do nível de escolaridade da amostra revela que 85,7% do grupo possuem curso superior completo e que 14,3% ainda estão cursando. Dos 85,7%, 42,9% estão cursando pós-graduação e 21,4% já concluíram. Esses indicadores sugerem um grupo de empregados com nível educacional elevado. Tais resultados podem ser observados no **GRAF. 3**.



GRÁFICO 3: Distribuição da amostra por nível de escolaridade
Fonte: Dados da pesquisa

Quanto ao tempo de trabalho, constatou-se que 64,3% do grupo têm até 4 anos de trabalho na instituição atual; 14,3% trabalham no banco de 4 a 8 anos e

21,4% dos participantes da pesquisa, há mais de 8 anos. O **GRAF. 4** demonstra estes dados.



GRÁFICO. 4: Distribuição da amostra por tempo de trabalho na instituição
Fonte: Dados da pesquisa

5.2 Análise descritiva do questionário

Conforme o **GRAF. 5**, todos os participantes da pesquisa afirmaram conhecer o instrumento estudado; 75% afirmaram conhecer o Contrato de Metas, enquanto 25% afirmaram conhecê-lo plenamente.

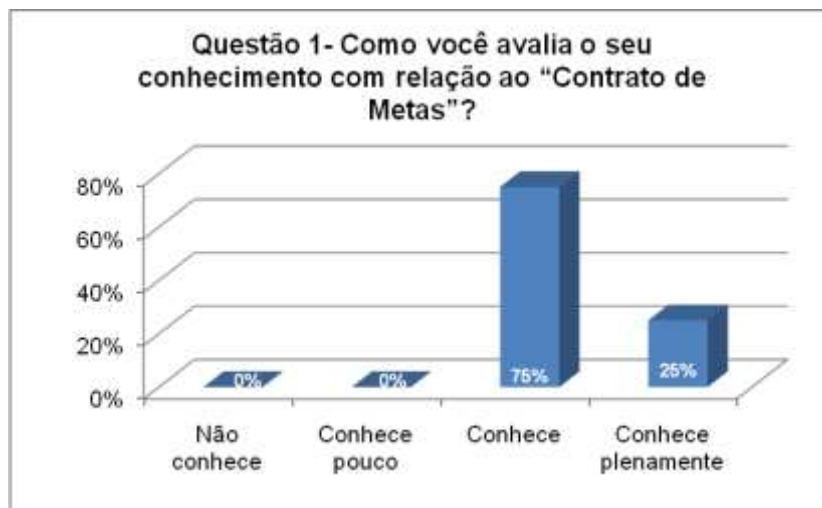


GRÁFICO 5: Questão 1
Fonte: Dados da pesquisa

O Contrato de Metas é percebido pelos empregados do banco como um instrumento importante. 58% da amostra avaliaram o instrumento como importante e 42%, como muito importante, como pode ser observado no **GRAF. 6** abaixo.

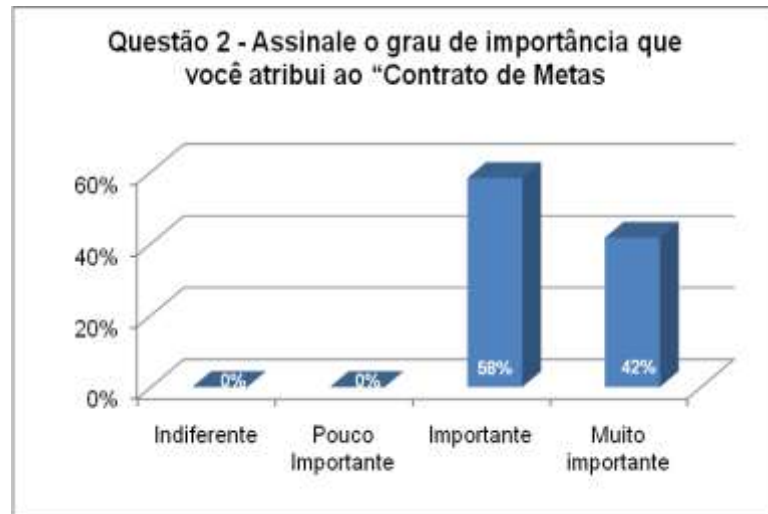


GRÁFICO 6: Questão 2
Fonte: Dados da pesquisa

Todos os empregados do banco acreditam que o Contrato de Metas interfere em seu cotidiano de trabalho, como demonstra o **GRAF. 7** abaixo.



GRÁFICO 7: Questão 3
Fonte: Dados da pesquisa

De acordo com o **GRAF. 8**, verifica-se que 58% da amostra acreditam que o instrumento estudado é embasado pela meritocracia, enquanto 42% afirmaram não acreditar que a meritocracia é base do Contrato de Metas.

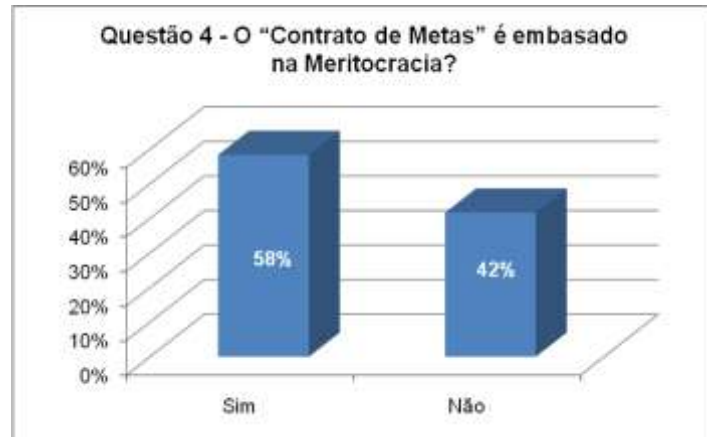


GRÁFICO 8: Questão 4
Fonte: Dados da pesquisa

O **GRAF. 9** mostra que o grupo divergiu com relação ao grau em que os resultados obtidos no instrumento avaliativo condizem com o real desempenho no trabalho. 50% dos respondentes avaliam que os resultados são condizentes, enquanto 50% avaliam o contrário.



GRÁFICO 9: Questão 5
Fonte: Dados da pesquisa

A questão 6 do questionário averiguou o impacto do instrumento em função do estabelecimento de metas. Ao respondente era permitido marcar quantas opções desejasse. Os dados encontrados podem ser observados na **TAB. 1** a seguir.

TABELA 1
Questão 6

Questão 6: Por estabelecer metas e objetivos, em que aspecto o “Contrato de Metas” o afeta? Marque quantas respostas desejar		
Opção	Concorda	Não Concorda
Aumenta meu desempenho no trabalho	83%	17%
Aumenta minha motivação no trabalho	58%	42%
Abaixa meu desempenho no trabalho	8%	92%
Abaixa minha motivação no trabalho	8%	92%
Não altera meu comportamento no trabalho	17%	83%

Fonte: Dados da pesquisa

Verificou-se que 66% da amostra afirmaram que gostariam de participar da elaboração do seu Contrato de Metas, enquanto 17% preferem manter a participação atual e 17% apontam que não gostariam de participar dessa etapa. Esses resultados estão demonstrados no **GRAF.10**.

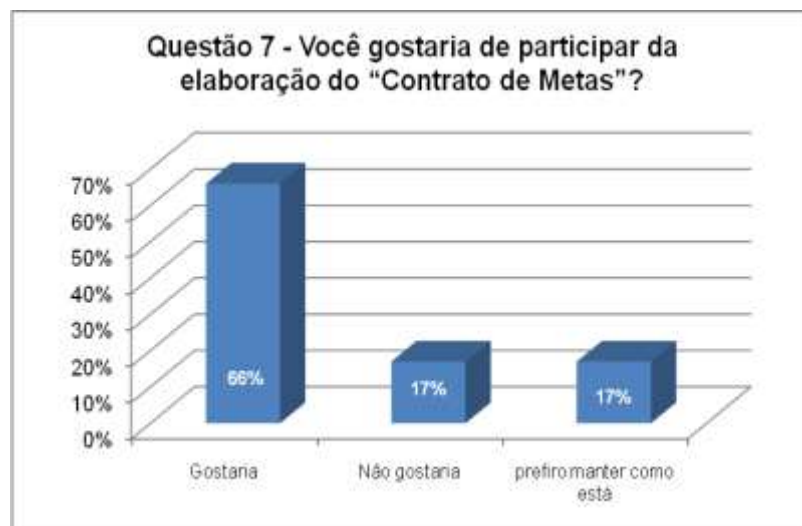


GRÁFICO10: Questão 7
Fonte: Dados da pesquisa

Observa-se no **GRAF. 11** que, com relação à satisfação com a clareza e objetividade das metas propostas pelo instrumento Contrato de Metas, 17% dos respondentes afirmaram que o contrato atende com ressalvas suas expectativas de clareza e objetividade, enquanto 83% responderam ter suas expectativas atendidas.



GRÁFICO. 11: Questão 8
Fonte: Dados da pesquisa

Conforme apresentado no **GRAF. 12**, nota-se que o Contrato de Metas é considerado um instrumento motivador, sendo que 92% da amostra se consideram motivados ou muito motivados pelo mesmo, enquanto apenas 8% se consideram pouco motivados.



GRÁFICO 12: Questão 9
Fonte: Dados da pesquisa

De acordo com o **GRAF. 13**, verifica-se que o Contrato de Metas é considerado um instrumento capaz de aumentar o desempenho no trabalho. 58% da amostra avaliam que seu desempenho é melhorado pelo instrumento, 34%

concordam parcialmente com a capacidade de o instrumento aumentar o desempenho no trabalho, enquanto apenas 8% não concordam com essa relação.



GRÁFICO. 13: Questão 10
Fonte: Dados da pesquisa

O **GRAF. 14** demonstra que 92% dos participantes apresentam boa produtividade no trabalho em função do Contrato de Metas. 84% destes se consideram produtivos, 8% se avaliam como muito produtivo e os outros 8% se consideram pouco produtivo em função do Contrato de Metas.



GRÁFICO 14: Questão 11
Fonte: Dados da pesquisa

É possível observar, no **GRAF. 15**, que, com relação à influência do Contrato de Metas na remuneração das pessoas, 42% avaliaram que não atende às suas

expectativas ou atende com ressalvas, enquanto 58% afirmaram que tal influência atende.



GRÁFICO 15: Questão 12
Fonte: Dados da pesquisa

Com relação ao processo de *feedback*, constatou-se que 92% dos respondentes avaliaram o *feedback* semestral sobre sua *performance* como satisfatório ou muito satisfatório. 8% da amostra consideraram o mesmo pouco satisfatório. Esses dados podem ser observados no **GRAF. 16**.



GRÁFICO 16: Questão 13
Fonte: Dados da pesquisa

Além disso, observa-se, no **GRAF.17**, que 50% dos empregados do banco sentem-se satisfeitos com relação ao recebimento de *feedback*, 42% sentem-se muito satisfeitos, enquanto 8% responderam ser indiferentes.



GRÁFICO 17: Questão 14
Fonte: Dados da pesquisa

Conforme ilustrado pelo **GRAF. 18**, constatou-se que 67% das pessoas avaliam a concordância entre autoavaliação e a avaliação do supervisor como suficiente. O restante do grupo (33%) identifica alta concordância entre essas avaliações.



GRÁFICO 18: Questão 15
Fonte: Dados da pesquisa

Por fim, a partir dos resultados apresentados no **GRAF.19**, nota-se que, em relação ao desejo de se manter a utilização do instrumento após o processo de fusão pelo qual vivencia a empresa, 67% dos respondentes desejam que seja mantido, embora avaliem que há necessidade de se realizar algumas alterações. 25% afirmaram que o instrumento deve ser mantido como está e 8% do grupo opinaram ser indiferentes em relação a essa questão.

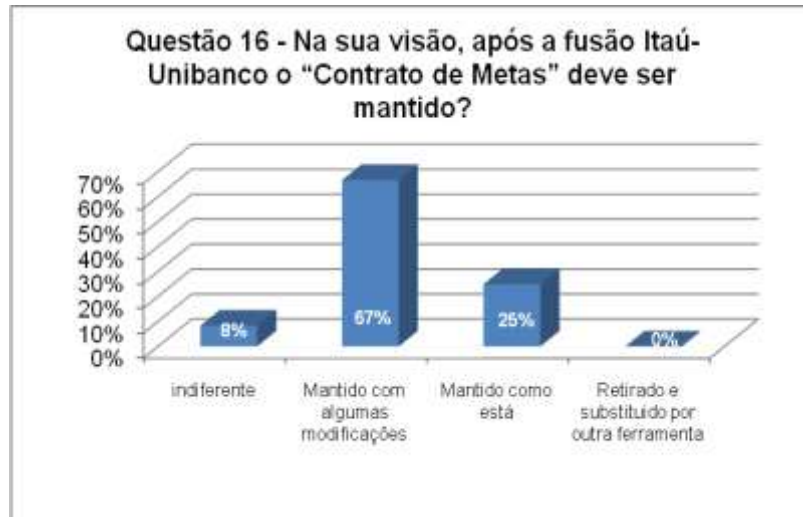


GRÁFICO 19: Questão 16
Fonte: Dados da pesquisa

5.3 Entrevistas

Conforme mencionado anteriormente, foram realizadas duas entrevistas com as gestoras das agências escolhidas. Utilizou-se um roteiro de perguntas elaborado para esse fim (Apêndice II). A seguir encontram-se a apresentação dos dados obtidos por meio dessas entrevistas.

Em relação à opinião das gestoras acerca do Contrato de Metas, ambas percebem que se trata de um excelente instrumento por possibilitar o planejamento e o direcionamento dos empregados para atingir os objetivos estratégicos da empresa. As gestoras também concordam que o Contrato de Metas motiva a equipe. A entrevistada n°.1 acredita que o fato de direcionar o empregado para o objetivo e metas a serem atingidas torna a ferramenta motivadora. A entrevistada n°.2 alega que o instrumento motiva por estar pautado em meritocracia, ser justo e transparente.

As duas entrevistadas consideram que o Contrato de Metas melhora o desempenho da equipe. A entrevistada n°.1 acrescenta que tal melhoria acontece para aquele empregado que realmente tiver interesse em crescer e acreditar na empresa e no seu trabalho.

Quanto aos possíveis pontos do Contrato de Metas que precisam ser aprimorados, observou-se que, na opinião da entrevistada n°.1: “deve haver maior

flexibilidade para o gestor em alguns itens” (sic). Já a entrevistada n°.2 acredita que o Contrato deveria avaliar apenas quantitativamente.

No que se refere ao entendimento do *feedback*, a entrevistada n°.1 considera-o como um retorno dado pelo gestor ao empregado acerca de suas atitudes e do trabalho realizado, além de ser uma oportunidade para salientar pontos a serem desenvolvidos. De forma semelhante, na percepção da entrevistada n°.2, é por meio do *feedback* que se torna possível detectar pontos positivos e pontos que devem ser melhorados. Ambas as gestoras afirmam que o *feedback* do gestor ao empregado proposto no Contrato de Metas é realizado semestralmente, quando finda o período do Contrato.

Em relação à importância do *feedback*, a entrevistada n°.1 diz que, por meio dele, o empregado tem ciência daquilo que deve realizar, do alcance dos seus resultados e de como está sendo visto pelo gestor. A entrevistada n°.2 alega que, quando bem planejado, o *feedback* é capaz de produzir mudanças significativas e positivas, uma vez que o empregado toma conhecimento de suas melhores práticas e entende os pontos que precisam ser melhorados.

Quanto aos sentimentos vivenciados pelas gestoras ao darem *feedback*, a entrevistada n°.1 fala a respeito de como o empregado pode ficar surpreso ao receber o *feedback*, quando percebe que o gestor não valoriza sua atuação da mesma maneira que ele, e seus resultados não são tão bons como pensava. A entrevistada n°.2 relata que tais sentimentos são alegria, surpresa, angústia, tristeza.

Foi possível notar que a percepção das gestoras é um pouco diferente em relação à visão de como os subordinados lidam com o *feedback*. A entrevistada n°.1 acredita que os empregados gostam e se sentem importantes e valorizados com o *feedback*, além de se desenvolverem depois dele. Já a entrevistada n°.2 afirma que, em um primeiro momento, os empregados podem ficar um pouco arredios. Entretanto, posteriormente eles se sentem incluídos no Contrato e nos processos da instituição.

No que se refere à importância do Contrato de Metas para a equipe, percebeu-se concordância entre as entrevistadas, uma vez que ambas abordam a relevância de um instrumento que direciona e norteia a equipe para a busca dos objetivos e resultados esperados. Tal concordância também foi constatada em relação à importância da ferramenta para os gestores. As entrevistadas mais uma

vez consideram o Contrato de Metas como um norteador para o trabalho. A entrevistada n°.1 acrescenta que o Contrato é o instrumento certo para a avaliação dos empregados.

Em relação a manter o Contrato de Metas após a fusão Itaú-Unibanco, a percepção das gestoras foi bastante semelhante. Ambas acreditam que o Contrato deve ser mantido por ser uma ótima ferramenta de gestão e de avaliação quantitativa e qualitativa. A entrevistada n°.1 fala também sobre a importância do instrumento direcionar os empregados e auxiliar os gestores em sua avaliação e nos processos de *feedback*.

As entrevistadas ainda ressaltaram que a empresa que dispõe de um processo de gestão de desempenho individual dos empregados, seja ele por meio de indicadores ou da avaliação individual do desempenho humano, é mais agressiva na entrega de objetivos e mais transparente com os profissionais. Afirmaram também que um dos próximos desafios da área de pessoas no novo banco será a permanência dessa ferramenta como avaliação de desempenho e de gestão após a fusão.

6 INTERPRETAÇÃO DOS RESULTADOS DA PESQUISA

No presente capítulo serão apresentadas as interpretações dos resultados desta pesquisa. Por meio dos dados coletados, torna-se possível identificar a percepção dos empregados do banco acerca do instrumento Contrato de Metas. Para essa interpretação, optou-se por agrupar questões do questionário que abordam a mesma temática, associadas a trechos da entrevista relacionados ao mesmo assunto.

Conforme apresentado no capítulo anterior, constata-se que todos os participantes da pesquisa conhecem o instrumento estudado, o que garante confiança em relação às opiniões apresentadas sobre a ferramenta. Observou-se que o Contrato de Metas é percebido pelos empregados do banco como um instrumento importante e que interfere consideravelmente no cotidiano do trabalho, conforme demonstrado na análise das questões 2 e 3.

A importância atribuída ao instrumento atesta a sua capacidade de nortear o trabalho, permitindo uma avaliação clara e quantificável. Além disso, evidencia a forma pela qual ele impacta na remuneração das pessoas, como será demonstrado posteriormente. Os fragmentos abaixo, retirados das questões abertas do questionário de pesquisa e das entrevistas, ilustram a opinião dos empregados com relação ao Contrato de Metas:

- "Porque através dele é que vou saber onde preciso chegar, e as metas que preciso alcançar". (respondente questionário nº 7)
- "É importante para ter um objetivo no trabalho, de forma clara e específica. Direciona os funcionários e as atividades a serem realizadas". (respondente questionário nº. 8)
- "Para direcionamento: onde e como buscar, com reflexo na PR". (respondente questionário nº. 10)
- "O Contrato de Metas é o resultado do trabalho de cada um. É o norte que o funcionário tem. (entrevistado nº. 1)

- “O Contrato de Metas é um excelente instrumento de gerenciamento, importância para o alcance de objetivos. Este direciona toda equipe para um mesmo objetivo. (entrevistado nº. 2)

Ainda sobre a afirmação de que a ferramenta interfere no cotidiano de trabalho, apresentada pela questão 3, destaca-se que a percepção do direcionamento para objetivos foi bastante relatada, além da necessidade de entrega e cumprimento do que é estabelecido pelo contrato. A seguir, encontram-se trechos que exemplificam tal percepção:

- "É através dele que o trabalho é direcionado". (respondente questionário nº. 8)
- "... eu preciso entregar o que está no Contrato de Metas". (respondente questionário nº 1)
- "Pois sabemos que temos uma meta a atingir, e é preciso trabalhar voltado para resultados". (respondente questionário nº 5)

Com relação à elaboração do Contrato de Metas, nota-se que há interesse em que essa etapa do processo envolva a pessoa que será avaliada (questão 7). Fundamentando a referida constatação com os estudos realizados sobre motivação, Fleury (2002) retoma a teoria de Fixação de Objetivos de Edwin Locke e acrescenta que a aplicação dessa teoria pode ser observada no modelo de Administração por Objetivos (APO). De acordo com esse modelo, gestores e empregados são reunidos em um processo participativo de estabelecimento de metas e avaliação de desempenho. O papel do gestor será o de definir metas para os seus empregados, o que fará com que esses empreguem esforços e se empenhem na sua consecução. Na perspectiva de Locke (1968), citado por Fleury (2002), é importante estabelecer metas com razoável grau de dificuldade e defini-las com a participação dos empregados, objetivando a produção de melhores resultados. Na concepção de Robbins (2004, p. 52), “[...] talvez a principal vantagem da participação seja a aceitação crescente do objetivo como meta desejável em prol da qual trabalhar”.

Do ponto de vista da gestão do instrumento, foi avaliada, nas questões 13 e 14, o processo de *feedback*. Percebe-se que, de forma geral, as pessoas estão satisfeitas não só com o *feedback* semestral realizado por seus supervisores, mas em relação a todo o processo.

Retomando o que foi estudado sobre *feedback*, é importante lembrar que deve ser prática usual nas organizações, uma vez que, conforme posicionamento de Newstrom (2008), é essencial ter um retorno sobre o trabalho que está sendo realizado, a fim de que seja possível identificar os pontos fortes bem como corrigir as falhas detectadas. Segundo Moscovici (2008), um *feedback* eficaz pode direcionar e contribuir para que as pessoas melhorem seu desempenho e alcancem resultados mais satisfatórios. Para tanto, deve ser dado em momento oportuno e focar dados objetivos e comportamentos específicos no trabalho.

No que se refere à motivação, os resultados apontam que o Contrato de Metas mantém relação direta com a motivação no trabalho, ou seja, a existência da ferramenta tende a motivar as pessoas. Além disso, a definição de metas e objetivos está relacionada ao aumento da motivação no trabalho (questões 6 e 9). Também nas entrevistas nota-se que o instrumento é motivador:

- “Motiva porque a equipe se organiza”. (entrevistado nº. 1)
- “Motiva muito por ser justo e transparente”. (entrevistado nº. 2)

A motivação tem sido considerada uma alternativa para melhoria do desempenho no que tange à produtividade e à satisfação dos empregados. Diante disso, recorrendo aos estudos desenvolvidos sobre motivação, Fleury (2002), ao mencionar a teoria de fixação de objetivos de Edwin Locke (1968), ressalta que metas claras e diretrizes bem definidas contribuem para a satisfação das necessidades dos indivíduos. A teoria reforça a ideia de que a intenção de lutar por um objetivo é uma grande fonte de motivação no trabalho e, sendo assim, parece ter implicações nos processos de avaliação de desempenho. De acordo com a teoria da motivação pelo caminho-meta, abordada por Buono (1992), os gestores devem envolver os empregados no estabelecimento de metas claras. O esforço dos gestores no sentido de motivar sua equipe deve estar relacionado ao esclarecimento do “caminho” de um liderado para uma meta ou objetivo desejados.

No que diz respeito à influência sobre a produtividade e o desempenho no trabalho, os resultados apontam que, na percepção das pessoas, a existência do Contrato de Metas tende a aumentar/melhorar o desempenho no trabalho, além de dar uma percepção de boa produtividade (questões 6 / 10 / 11). Na mesma direção

dos dados coletados pelo questionário, nas entrevistas, quando questionado se o Contrato de Metas melhora o desempenho da equipe a entrevistada nº 1 afirmou que: “Melhora para o funcionário que realmente tem interesse em crescer e acredita na empresa e em seu trabalho”.

Chiavenato (2004) ressalta que a avaliação de desempenho é um processo capaz de verificar a contribuição de cada empregado para o êxito da empresa. O autor aponta que os resultados apresentados são avaliados considerando-se as possibilidades de mudança e desenvolvimento do potencial humano da organização. Bergamini e Beraldo (1988) acrescentam que, por meio dos processos de avaliação de desempenho, os profissionais avaliados terão a oportunidade de receber um retorno sobre sua atuação profissional. Assim, norteados, poderão aprimorar cada vez mais suas potencialidades e trabalhar para sanar suas deficiências, o que contribui para aumentar a segurança e qualidade de vida no trabalho.

Enquanto o Contrato de Metas atende as expectativas dos empregados com relação à clareza e objetividade das metas (questão 8) e há percepção de concordância entre autoavaliação e avaliação do supervisor (questão 15), a percepção sobre justiça ficou próxima, notando-se que, ao serem questionados com relação à meritocracia, as opiniões do grupo não tiveram variação relevante (questão 4).

Aqueles que avaliam a meritocracia como base sustentadora do instrumento afirmam que esse é claro e recompensa aqueles que o seguem e o cumprem:

- "Porque quem cumpre é recompensado". (respondente questionário nº. 1)
- "Porque quem o conhece e o segue é bem recompensado". (respondente questionário nº. 4)
- "Conforme números estabelecidos e alcançados". (respondente questionário nº. 10)

Por outro lado, os que não percebem o Contrato de Metas embasado na meritocracia argumentam que o enfoque é apenas voltado para o resultado, que desconsidera outros aspectos, além de ser muito específico para cada cargo.

- "Porque a meritocracia envolve variáveis como empenho, parceria, resultado, etc., e esse contrato de meta avalia apenas uma variável, quer seja, resultado". (respondente questionário nº. 3)
- "Baseado em números".(respondente questionário nº. 6)
- "O contrato é específico para o cargo, independente do mérito do funcionário". (respondente questionário nº. 8).

Nos relatos acima citados, é interessante notar que o fato de o contrato quantificar o desempenho foi percebido ora como positivo (respondente questionário nº. 10), ora como negativo (respondente questionário nº. 6).

Em oposição às constatações anteriores, é interessante ressaltar que o instrumento Contrato de Metas não foi avaliado como um adequado indicador de desempenho. Conforme observado na análise da questão 5, o grupo dividiu opiniões em relação a esse aspecto. Aqueles que afirmaram que os resultados obtidos por meio do instrumento não condizem com o real desempenho pontuam principalmente que o aspecto de relacionamento com cliente não é levado em conta, embora tenha grande importância. Além disso, foi colocado que no cotidiano do trabalho realizam-se metas e outras atividades que o Contrato de Metas não abarca. Os trechos abaixo foram extraídos do questionário de pesquisa:

- "Porque possuo relacionamento com clientes de outras carteiras. Isso facilita a venda de produtos, mas não condiz com o desempenho sobre contrato. A produção não é listada por CIF, mas por carteira (respondente questionário nº. 3);
- "Porque desempenhamos funções além das contratadas no Contrato (respondente questionário nº. 7);
- "Pois são relacionados tópicos específicos no Contrato e o trabalho como gerente envolve muito mais funções e atuações" (respondente questionário nº. 8).

Em contrapartida, os que percebem relação entre o instrumento e o desempenho real apontam que o Contrato de Metas reflete bem o trabalho realizado

por cada pessoa e, de maneira geral, condiz com o que a própria pessoa pensa sobre seu trabalho/desempenho.

- "Porque refletem ofertas finalizadas ou não pelos funcionários" (respondente questionário nº. 2);
- "Porque condiz com a autoavaliação que faço do meu próprio desempenho" (respondente questionário nº. 9).

Com relação à utilização de indicadores para avaliar desempenho no trabalho, Bohlander (2005) afirma que uma medida está diretamente ligada ao que o empregado realiza e aos resultados da empresa, sendo mais eficazes as medidas quantitativas, simples e estruturadas. O autor afirma existir, contudo, a possibilidade de as metas serem impactadas por fatores externos que fujam do controle do profissional responsável. Nesse sentido, a percepção sem grande variação com relação ao embasamento da ferramenta pela meritocracia e a opinião de 50% da amostra sobre os resultados obtidos por meio do instrumento não condizerem com o real desempenho apresentado, podem ser fruto de uma possível constatação do profissional de que o não atendimento do desempenho esperado se deu em função de aspectos externos a ele, embora as metas fossem claras, objetivas e mensuráveis.

De forma geral, nota-se que os empregados do banco avaliam positivamente o instrumento estudado embora identifiquem necessidade de aprimoramento (questão 16). Nas entrevistas também foi observada a expectativa de manter o instrumento após a fusão, mas, assim como nos questionários, algumas modificações foram sugeridas:

- "maior flexibilidade para o gestor em alguns itens (entrevistado nº. 01)", e maior característica quantitativa que qualitativa;
- "Na minha visão, o contrato deveria ser 100% avaliação quantitativa" (entrevistado nº. 02).

7 CONCLUSÃO

O estudo dos processos de Avaliação de Desempenho no cenário atual faz-se relevante, uma vez que ele representa a apreciação do comportamento dos empregados nos seus cargos de atuação. Nessa perspectiva, assume importância significativa o estudo da temática motivação humana, considerando que o grau de motivação de uma pessoa em relação ao seu trabalho influencia diretamente o seu desempenho.

Tendo como referência o objetivo deste Projeto Aplicativo, que foi verificar se o Contrato de Metas do Unibanco contribui para a melhoria do desempenho e da motivação dos empregados, é possível concluir que, na percepção de considerável parte dos empregados, o instrumento mostra-se útil e adequado à realidade da empresa e às necessidades das pessoas. Isso porque, à medida que se especificam os objetivos e direcionam-se as ações dos profissionais no cotidiano do trabalho, definem-se os resultados a serem entregues por cada empregado, o que favorece o alcance de melhores resultados pela empresa e estes, por sua vez, sabem que a entrega de resultados atingidos e superados geram uma recompensa. A estrutura do Contrato de Metas permite que o empregado saiba onde seu esforço o levará.

De acordo com os estudos realizados neste projeto, foi possível perceber que nos atuais ambientes de negócio as pessoas não se motivam somente por remuneração, mas também por fatores tais como metas, reconhecimento profissional, *feedback*, dentre outros. Diante disso, observa-se que a existência de metas e objetivos claros e específicos em relação ao trabalho pode gerar maior comprometimento e motivação por parte dos indivíduos.

Nesse mesmo sentido, ao verificar a relação existente entre o Contrato de Metas, o desempenho no trabalho e sua influência na motivação dos empregados, verifica-se que, de forma geral, o instrumento mostra-se capaz de melhorar a *performance* e de aumentar a motivação das pessoas. Tal constatação vincula-se às demais percepções positivas dos empregados no que diz respeito às variáveis envolvidas na construção e aplicabilidade do Contrato de Metas. A possibilidade de situar os indivíduos em relação ao que é esperado de sua atuação profissional e de orientá-los quanto às atividades a serem desenvolvidas favorece a busca por

melhorias no desempenho, com impactos positivos na motivação.

Tudo isso, somado à constatação nesta pesquisa de que a maioria dos empregados deseja participar do planejamento e elaboração do Contrato de Metas, demonstra que o instrumento tem espaços para evoluir em sua estrutura. Dessa forma, cabe sugerir o investimento da empresa em ações de escuta dos empregados por meio de reuniões setoriais ou de grupos focais. Tal processo, ao criar condições para o envolvimento das pessoas, favorecerá o engajamento, a motivação, a melhoria do desempenho, contribuindo para que a empresa alcance melhores resultados com um modelo de gestão mais flexível por meio do qual o capital humano seja reconhecido e valorizado.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, E.L.P. Feedback na qualidade de vida no trabalho em organizações de saúde. In: *Encontro de Estudos Organizacionais*, 2, 2002, Recife. Anais... Recife: Observatório da Realidade Organizacional: PROPAD/UFPE: ANPAD, 2002. 1 CD.

BERGAMINI, C. W.; BERALDO, D. G. R. *Avaliação de desempenho humano na empresa*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1998.

BERGAMINI, Cecília. *Motivação nas organizações*. São Paulo: Atlas, 2008.

BOHLANDER, G.; SNELL, S.; SHERMAN, A. *Administração de Recursos Humanos*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

BUONO, Anthony e Bowditch. *Elementos do comportamento organizacional*. São Paulo: Pioneira, 1992.

CHIAVENATO, Idalberto. *Gestão de pessoas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Recursos Humanos*. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Gerenciando Pessoas: como transformar gerentes em gestores de pessoas*. 4. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

DAFT, R. L. *Administração*. Rio de Janeiro: LTC, 1999.

DUTRA, Joel Souza. *Gestão por competências*. São Paulo: Editora Gente, 2001.

ECHEVESTE, Simone *et al.* *Perfil do executivo no mercado globalizado*. Disponível em: <http://anpad.org.br>. Acesso em 21 jul. 2009.

FADIMAN, J.; FRAGER, R. *Teorias da personalidade*. São Paulo: Harbra, 1986.

FERREIRA, Ássima. *Comunidade do Conhecimento*. Belo Horizonte: Fundação Dom Cabral, 2009 (notas de aula).

FILHO, A. A.; ARAUJO, M. A. D. Um estudo da força motivacional dos funcionários do Banco do Brasil à luz da teoria da expectativa. In: *Caderno de Pesquisas em Administração*. São Paulo, v. 08, nº. 2. jun., 2001.

FLEURY, Maria Tereza *et al.* *As pessoas na organização*. São Paulo: Gente, 2002.

GIL, Antonio. *Gestão de pessoas*. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4 ed. São Paulo. Editora Atlas, 2007.

_____. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

HARVARD BUSINESS REVIEW. *Gestão de pessoas, não de pessoal: os melhores métodos de motivação e avaliação de desempenho*. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

HIPOLITO, J. A. M.; REIS, G. G. A avaliação como instrumento de gestão. In: *As pessoas na organização*. São Paulo: Editora Gente, 2002.

ITAU. Belo Horizonte, 2009. Disponível em <<http://www.itau.com.br>>. Acesso em: 15 jul.2009.

KAPLAN, R. S.; NORTON, D. P. *A estratégia em ação: balanced scorecard*. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

_____. *Organização orientada para a estratégia: como as empresas que adotam o balanced scorecard prosperam no novo ambiente de negócios*. Rio Janeiro: Campus, 2001.

LEVINSON, Harry. Atitudes tolas em relação à motivação. In: *Gestão de Pessoas, não de Pessoal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997.

LUCENA, Maria Diva da Salete. *Avaliação de desempenho*. São Paulo, Atlas, 1992.

MEGGINSON, L.C.; MOSLEY, D.C.; PIETRI, P.H.J. *Administração*. São Paulo: Harbra, 1998.

MORRIN, Estelle M; Aubé, Caroline. Tradução: Maria Helena C. V. *Psicologia e gestão*. São Paulo: Atlas, 2009.

MOSCOVICI, Fela. *Desenvolvimento Interpessoal: treinamento em grupo*. – 17 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2008.

NASCIMENTO, M. A.; REGINATO, L.; ALVES, T. W.; LERNER, D. F. *Um estudo sobre o efeito da avaliação de desempenho operacional e de gestores no resultado econômico da empresa*. ENANPAD, 2007.

NEWSTROM, John W. Tradução: Ivan Pedro Ferreira Santos. Revisão técnica: Carlos Tasso Eira de Aquino *Comportamento organizacional: o comportamento humano no trabalho*. São Paulo: McGraw – Hill, 2008.

ROBBINS, S. P. *Comportamento organizacional*. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

_____. *Fundamentos do comportamento organizacional*. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

RUDGE, José. Portal Corporativo Unibanco. Disponível em <<http://www.unibanco.com.br>>. Acesso em jul. 2009.

SALLES, Pedro Moreira. Portal Corporativo Unibanco. Disponível em <<http://www.unibanco.com.br>>. Acesso em 24.08.2009 (citação referente ao tópico Jeito Unibanco)

TAKASHINA, N.T.; FLORES, M.C.X. *Indicadores da qualidade e do desempenho*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1996.

UNIBANCO. Belo Horizonte, 2009. Disponível em <<http://www.unibanco.com.br>>. Acesso em: 15 jul.2009.

_____. Aba Integração. Item Fusão. Disponível em <<http://www.unibanco.com.br>>. Acesso em 20 jun. 09 e 15 jul. 09.

ANEXO I

APÊNDICE I

ESTUDO PILOTO

QUESTIONÁRIO DE PESQUISA

Este questionário faz parte de uma pesquisa piloto que visa identificar as percepções acerca do “Contrato de Metas” do Unibanco. Sua participação é muito importante para nos ajudar a compreender a Influência desta ferramenta no dia a dia das pessoas que trabalham no banco.

Informamos que o participante da pesquisa não precisa se identificar neste questionário. Pedimos que você não deixe nenhuma questão em branco, pois as suas respostas são de extrema importância para a nossa pesquisa.

Muito obrigada pela sua participação!

QUESTÃO 1: Como você avalia o seu conhecimento com relação ao “Contrato de Metas”?

() Não conhece () Conhece pouco () Conhece () Conhece plenamente

Descreva o que conhece.

QUESTÃO 2: Assinale o grau de importância que você atribui ao “Contrato de Metas”.

() Indiferente () Pouco importante () Importante () Muito importante

Por quê?

QUESTÃO 3: Você acredita que o “Contrato de Metas” Interfere no seu cotidiano de trabalho?

() Não () Sim

Por quê? _____

QUESTÃO 4: O “Contrato de Metas” é embasado na Meritocracia?

() Não () Sim

Por quê? _____

QUESTÃO 5: Na sua opinião, o(s) resultado(s) obtido(s) no “Contrato de Metas” condiz(em) com seu real desempenho no trabalho?

() Não () Sim

Por quê? _____

QUESTÃO 6: Por estabelecer metas e objetivos, em que aspecto o “Contrato de Metas” o afeta? **Marque quantas respostas desejar.**

- () aumenta meu desempenho no trabalho
- () aumenta minha motivação no trabalho
- () abaixa meu desempenho no trabalho
- () abaixa minha motivação no trabalho
- () não altera meu comportamento no trabalho.

QUESTÃO 7: Você gostaria de participar da elaboração do “Contrato de Metas”?

() Gostaria () Não gostaria () Prefiro manter como está

QUESTÃO 8: Qual o seu grau de satisfação em relação à clareza e objetividade das metas?

() não atende () atende com ressalva () atende às expectativas () supera as expectativas

QUESTÃO 9: De forma geral, você se considera motivado pelo “Contrato de Metas”?

Indiferente Pouco motivado Motivado Muito motivado

QUESTÃO 10: Você acredita que o “Contrato de Metas” melhora o seu desempenho no trabalho ?

Discordo totalmente Discordo Concordo parcialmente Concordo

QUESTÃO 11: Como você considera a sua produtividade em função do Contrato de Metas?

Indiferente Pouco produtivo Produtivo Muito produtivo

QUESTÃO 12: Quanto à Influência do “Contrato de Metas” em sua remuneração, você avalia que:

Não atende Atende com ressalva Atende às expectativas Supera as expectativas

QUESTÃO 13: Você considera o *feedback* semestral sobre sua *performance* como:

Indiferente Pouco satisfatório Satisfatório Muito satisfatório

QUESTÃO 14: Como você se sente com relação ao *feedback*?

Indiferente Pouco satisfeito Satisfeito Muito satisfeito

QUESTÃO 15: Na sua opinião, qual o grau de concordância entre sua autoavaliação e a avaliação do supervisor?

Nenhuma concordância Baixa concordância Concordância suficiente
(...) Alta concordância

QUESTÃO 16: Na sua visão, após a fusão Itaú - Unibanco o “Contrato de Metas” deve ser mantido?

Indiferente Mantido como algumas modificações Mantido como está
(...) Retirado e substituído por outra ferramenta

APÊNDICE II

ESTUDO PILOTO

ROTEIRO DE ENTREVISTA

- 1) O que você acha da ferramenta “Contrato de Metas” do banco?
- 2) Na sua visão, o “Contrato de Metas” motiva a equipe? Por quê?
- 3) Na sua visão, o “Contrato de Metas” melhora o desempenho da equipe? Por quê?
- 4) O “Contrato de Metas” possui algum ponto que precisa ser aprimorado? Qual? Como?
- 5) O que você entende por *feedback*?
- 6) O *feedback* proposto no “Contrato de Metas” é realizado? Quando? Como?
- 7) Qual a importância do *feedback*?
- 8) Que sentimentos você vivencia ao dar *feedback*?
- 9) Na sua visão, como seus subordinados lidam com o *feedback*?
- 10) Para você, qual a importância do “Contrato de Metas” para equipe?
- 11) E para sua você, e sua gestão?
- 12) Na sua visão, após a fusão Itaú - Unibanco o “Contrato de Metas” deve ser mantido? Por quê?